



Universidad de

los Andes

Facultad de

Derecho

Derecho Notarial y Registral

Contribuciones académicas para
su futura reforma

GIAN FRANCO ROSSO ELORRIAGA

MAITE AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN

MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ

IGNACIO VIDAL DOMÍNGUEZ

MARCO ANTONIO SEPÚLVEDA LARROUCAU

MAURICIO ASTUDILLO PIZARRO

SANTIAGO ZÁRATE GONZÁLEZ

GIAN FRANCO ROSSO ELORRIAGA

EDITOR



2018

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA 30



Universidad de
los Andes

Facultad de
Derecho

Derecho Notarial y Registral

Contribuciones académicas para su
futura reforma

Gian Franco Rosso Elorriaga
Maite Aguirrezabal Grünstein
Mauricio Tapia Rodríguez
Ignacio Vidal Domínguez
Marco Antonio Sepúlveda Larroucau
Mauricio Astudillo Pizarro
Santiago Zárate González

Gian Franco Rosso Elorriaga
Editor

Cuadernos de Extensión Jurídica 30 (2018)
Derecho Notarial y Registral.
Contribuciones académicas para su futura reforma

CIP - Universidad de los Andes. Facultad de Derecho

Derecho notarial y registral: contribuciones académicas para su
futura reforma / Gian Franco Rosso Elorriaga ... [et al.]

p. : cm. – (Cuaderno de extensión jurídica; 30)

Incluye notas bibliográficas.

1.- Derecho Notarial – Chile. 2.- Derecho Registral – Chile. I.- Rosso Elorriaga,
Gian Franco.

CDD 23
347.83016

2018

RCA2

Cuadernos de Extensión Jurídica. Publicación seriada de la Facultad de Derecho de la
Universidad de los Andes (Álvaro del Portillo 12455, Las Condes, Santiago de Chile).

Director: Alejandro Romero Seguel

Comité Editorial: Alejandro Romero, Enrique Brahm, María de los Ángeles Soza, Joaquín
García-Huidobro, José Ignacio Martínez, Alejandro Miranda, Sebastián Contreras.

ISSN: 0717-6449

ISBN: 978-956-389-008-2

Registro de Propiedad Intelectual Inscripción N° A-293378

No está permitida la reproducción parcial o total de esta publicación, o de alguna de sus
partes, formatos o portadas, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna
forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u
otros métodos, sin el permiso previo del titular de la propiedad intelectual.

© 2018 Universidad de los Andes

Impresión: Andros Impresores

Impreso en Santiago de Chile – Printed in Santiago of Chile

AUTORES

GIAN FRANCO ROSSO ELORRIAGA

*Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Adolfo Ibáñez
Doctor en Derecho y Magíster Università degli Studi di Roma Tor Vergata
Profesor de Derecho Civil y Derecho Romano
Universidad de los Andes, Chile*

MAITE AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN

*Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Valparaíso
Doctora en Derecho Universidad de Navarra
Profesora de Derecho Procesal
Universidad de los Andes, Chile*

MAURICIO TAPIA RODRÍGUEZ

*Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Chile
Máster en Derecho Privado Universidad de París XII
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Chile*

IGNACIO VIDAL DOMÍNGUEZ

*Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Pontificia Universidad
Católica de Chile
Notario Público de Talca
Profesor de Derecho Notarial
Universidad de Talca*

MARCO ANTONIO SEPÚLVEDA LARROUCAU

*Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Gabriela Mistral
Magíster en Economía y Gestión para Abogados Universidad Gabriela
Mistral
Profesor de Derecho Civil
Universidad Central de Chile*

MAURICIO ASTUDILLO PIZARRO

Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de Chile

Conservador de Bienes Raíces de Rancagua

*Director Asociación Nacional de Notarios, Conservadores y Archiveros
Judiciales*

SANTIAGO ZÁRATE GONZÁLEZ

*Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Pontificia Universidad
Católica de Chile*

Doctor en Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Profesor de Derecho Civil Universidad Central de Chile

PRESENTACIÓN	11
--------------	----

DERECHO NOTARIAL

REFORMA A LA INSTITUCIONALIDAD NOTARIAL: HACIA UNA NUEVA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LOS ESTABLECIMIENTOS NOTARIALES

Gian Franco Rosso Elorriaga

I. El contexto reformista	17
II. Despersonalización de la función notarial	19
III. Privatización del ejercicio de la función notarial	23
IV. El establecimiento notarial como empresa	29
V. Relevancia del fortalecimiento de la institucionalidad notarial como organización.....	32
1. Falta de notario	32
2. Continuidad de las actuaciones	34
3. Continuidad en los protocolos y documentos en custodia	36
4. Responsabilidad civil de los notarios	36
VI. Configuración de los establecimientos notariales como personas jurídicas	37

EL NOTARIO COMO AUXILIAR DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LA ADECUACIÓN DEL SISTEMA DE SANCIONES Y DE FISCALIZACIÓN EN EL PROYECTO QUE MODERNIZA Y FORTALECE EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA REGISTRAL Y NOTARIAL

Maite Aguirrezabal Grünstein

I. Introducción	45
II. Principios que regulan la actividad notarial	47
III. La responsabilidad del notario y el actual sistema de sanciones contemplado en el Código Orgánico de Tribunales.....	48
1. Actual sistema de responsabilidad previsto en el Código Orgánico de Tribunales.....	48

2. La responsabilidad disciplinaria.....	49
3. La responsabilidad penal.....	50
IV. Propuestas contenidas en el proyecto para mejorar el sistema de sanciones y de fiscalización del sistema notarial.....	51
1. Introducción	51
2. Sistematización de las sanciones.....	52
3. Mejoramiento de la fiscalización mediante la creación de un órgano desjudicializado.....	52
4. Otorgamiento de competencia a los JPL para conocer por medio de la Aplicación de la Ley N° 19.496 a algunos de los servicios prestados por los notarios.....	53
V. Conclusiones	57
VI. Bibliografía	57

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS NOTARIOS EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA

Mauricio Tapia R.

I. Introducción	59
II. Régimen de responsabilidad aplicable (contractual o extracontractual) y la opción de responsabilidad	62
III. Culpa por incumplimiento de deberes legales específicos (culpa infraccional).....	67
IV. Culpa conforme al deber general de diligencia (<i>lex artis</i> notarial).....	71
V. Responsabilidad civil del notario por el hecho ajeno	81
VI. Daños indemnizables en responsabilidad civil del notario.....	84
VII. Conclusiones	89

FE DE IDENTIFICACIÓN, FE DE IDENTIDAD, FE DE CONOCIMIENTO

Ignacio Vidal Domínguez

I. Sobre los términos Individualizar e Identificar..	91
II. Antecedentes históricos de la necesidad de identificación.....	98
III. Métodos de identificación.....	100
IV. El conocimiento personal	101
V. Un nuevo método de identificación.....	102
VI. Un caso de excepción a la acreditación de identidad	103

VII. Conclusión.....	103
VIII. Antecedentes complementarios epistolares.....	103
Cédulas de identidad vigentes. Mayores de 50 años. Una situación especial.....	103

DERECHO REGISTRAL

PANORAMA ACTUAL DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL EN CHILE

Marco Antonio Sepúlveda Larroucau

I. Consideraciones previas	109
II. Algunos aspectos del sistema registral chileno .	110
III. Notas sobre la calificación registral.....	113
IV. Principales problemas de la calificación registral en Chile.....	114
V. La calificación registral en el ámbito comercial	120
Bibliografía	123

EL SISTEMA REGISTRAL CHILENO. CAMINO DESDE LA POSESIÓN INSCRITA A UN REGISTRO DE DERECHOS

Mauricio Astudillo Pizarro

I. Introducción	125
II. El Sistema Registral de Bello	126
1. Aproximación histórica.....	126
2. El plan de Bello	129
3. La aplicación del Derecho Común al tráfico inmobiliario	130
4. Consecuencias de la aplicación de las reglas del Derecho Común	131
5. La originalidad de Bello: la inscripción, única forma de efectuar la tradición, como paliativo	133
a) Tradición de inmueble no inscrito. La inmatriculación	134
b) Tradición de inmueble inscrito. La inscripción como única forma de efectuar la tradición del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles	135
III. Críticas doctrinarias al mérito de la inscripción	137
IV. Perfeccionamiento del sistema traslativo inmobiliario.....	140
1. Derogación de la regla de <i>reivindicabilidad ilimitada</i>	141

2. Instauración de un Registro de Derechos. Elementos tipificantes del mismo	142
V. Conclusión.....	147

EL SISTEMA DE REGISTRO DE SOCIEDADES EN CHILE: ¿DOS CARAS
DE UNA MISMA MONEDA?

Santiago Zárate González

I. Introducción	150
II. Análisis de los sistemas imperantes en nuestra legislación positiva	154
III. Conclusiones	165
Bibliografía	167

PRESENTACIÓN

Tanto el Derecho Notarial como el Derecho Registral no se caracterizan en Chile por constituir disciplinas en donde abunden obras jurídicas. Particularmente, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho comparado, las publicaciones periódicas dedicadas a estas materias escasean y los esfuerzos por dar vida a revistas que comprendan las referidas ramas jurídicas tienden a no perdurar.

En este contexto, las reformas legislativas posteriores a la codificación civil y procesal decimonónica que afectaron la actividad notarial y registral, constituyeron siempre un buen aliciente para que profesores y profesionales vinculados a ella desarrollasen alguna literatura jurídica a su respecto, especialmente comentando los alcances de las modificaciones y de las nuevas disposiciones. Lo mismo ha ocurrido con los proyectos que han intentado introducir cambios en el sistema notarial y registral presentados a tramitación, ya sea por el Ejecutivo o por parlamentarios, aunque no lograsen alcanzar su aprobación.

Pues bien, la inusitada preocupación de los últimos gobiernos nacionales, incluyendo el actual, por provocar reformas importantes en el ámbito de los notarios y conservadores, ha generado una vez más la reacción de universidades, docentes y profesionales afines, lo que se ha traducido en la organización de diversas actividades académicas dirigidas fundamentalmente al análisis de los nuevos proyectos que han iniciado su tramitación legislativa en el Congreso Nacional. Algunas de ellas fueron promovidas con especial interés por la Asociación de Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales de Chile.

La importancia que tiene para la sociedad la actividad notarial y registral, y por lo mismo, la eventual modificación a su estatuto legal, exige que la academia contribuya documentadamente al desarrollo doctrinario de las temáticas abordadas en los proyectos ya impulsados o que impulsará el Ejecutivo. Igualmente, al de las materias consideradas relevantes pero que aún no han encontrado cabida en las iniciativas legales, pero que debieran tomarse en cuenta en el futuro.

La Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes asume la referida exigencia, dedicando el presente número de sus “Cuadernos de Extensión Jurídica” a algunas de dichas temáticas y materias. Así, en particular, se reunieron en esta obra las ponencias profundizadas y actualizadas realizadas por el Conservador de Bienes Raíces de Rancagua, Mauricio Astudillo Pizarro, así como por los profesores de Derecho Civil Mauricio Tapia Rodríguez y el suscrito, en el congreso internacional “Hacia una nueva institucionalidad notarial y registral”, organizado por la Asociación de Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales de Chile, junto con la Fundación Fernando Fueyo y la Universidad Diego Portales, el que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de esta última los días 24 y 25 de noviembre de 2016. A ellas se ha sumado el trabajo del profesor de Derecho Civil Marco Antonio Sepúlveda Larroucau, basado en la exposición que realizara en el seminario de Derecho Registral intitulado “Desafíos de un sistema registral modernos en los mercados inmobiliario e hipotecario actuales. Tópicos que debiera abordar la esperada reforma al sistema chileno”, también organizado por la citada Asociación, junto con la Universidad Central de Chile, llevado a cabo en el ex Congreso Nacional el 26 de agosto de 2016.

Esta publicación permitirá resguardar la debida memoria de las ponencias antes individualizadas, colocándolas a disposición de toda la comunidad académica. A ellas se han unido, enriqueciendo la obra, las inéditas contribuciones de la profesora Maite Aguirrezabal Grünstein y de los profesores Ignacio Vidal Domínguez y Santiago Zárate González.

En cuanto al contenido de la obra que les presento, los artículos que la conforman han sido reunidos en dos partes, de acuerdo con la naturaleza de las materias que tratan.

La primera parte, dedicada al Derecho Notarial, es iniciada con un trabajo del suscrito, en el que se da una mirada general a la institucionalidad actual y futura de los notarios. En particular, se describen los procesos de despersonalización y privatización que han tenido lugar respecto de la función notarial, lo que ha llevado a que esta más bien se organice como una empresa. Ello resulta importante para la configuración de la institucionalidad que se quisiera dar en el futuro a las notarías. Entre otras alternativas se propone estudiar la posibilidad de admitir o imponer que sean organizadas como personas jurídicas. Dicha configuración, y esta alternativa, incide en temas esenciales como son la falta de notarios, la continuidad en las actuaciones o la responsabilidad de los notarios.

Precisamente, y a continuación, la profesora Aguirrezabal se hace cargo de analizar críticamente tanto el actual sistema de responsabilidad disciplinaria y penal de los notarios que contempla el ordenamiento jurídico nacional como las propuestas y modificaciones tendientes al fortalecimiento y fiscalización de la actividad notarial y registral contenidas en el proyecto de Ley N° 9059-07. En especial comenta de manera negativa el sometimiento de los notarios al SERNAC y a la Ley N° 19.496.

Por su parte, y sin perjuicio que manifiesta su acuerdo con esta última propuesta, el profesor Tapia centra su atención en la responsabilidad civil de los notarios. Ante el silencio del legislador y el nulo avance en la tramitación de los proyectos, opta por profundizar la materia desde la perspectiva de la jurisprudencia, analizando cuestiones como el estatuto de responsabilidad aplicable a los notarios; la culpa infraccional que concurriría respecto de estos por incumplimiento de sus deberes profesionales; la forma de determinar la lex artis notarial y su alcance; la responsabilidad por el hecho ajeno, considerando la presencia en las notarías de notarios suplentes y reemplazantes; y los daños indemnizables en este ámbito, con especial referencia a la pérdida de una chance.

Entre los deberes legales profesionales fundamentales cuya infracción da lugar a la responsabilidad civil de los notarios, se encuentra el de corroborar la identidad de los comparecientes. Es el trabajo del notario y profesor Vidal el que se encarga en seguida de la profundización de este tópico, desarrollando la distinción entre identificación, identidad y conocimiento, sus alcances y la fe que a su respecto el notario otorga. En este contexto, coinciden los profesores Tapia y Vidal en que si hay algo que debe descartarse, es que el deber en cuestión consista en una actividad de investigación y control de carácter policial. Estamos entonces ante una temática relevante para la función notarial, no tratada habitualmente y que una futura reforma debiera aclarar de mejor forma.

La segunda parte de la publicación está dedicada al Derecho Registral, comenzando con las notas del profesor Sepúlveda acerca del actual panorama de la calificación registral. Un tema sin dudas fundamental para el sistema registral que una futura reforma tendría que abordar, pues dicho sistema se asienta y configura sobre ella. En el trabajo se tratan en general los principales problemas de la calificación registral en nuestro país y, en especial, aquellos que tienen lugar en el ámbito comercial, sobre todo respecto de la publicidad registral societaria.

Enseguida, el Conservador de Bienes Raíces de Rancagua, Mauricio Astudillo, destina su contribución a uno de los problemas registrales de la propiedad raíz clásicos, como es la discusión acerca del efecto de la inmatriculación e inscripción de los inmuebles en el Registro de Propiedad. Junto con expresar su oposición a quienes critican al sistema registral inmobiliario nacional por entender que solo acreditaría posesión y no dominio, basado en la efectiva seguridad que hoy otorga para los titulares de derechos reales y para el tráfico jurídico, plantea las intervenciones que requeriría el sistema para alcanzar un mayor perfeccionamiento. Estas modificaciones, afirma, debieran implicar la derogación de la regla de la reivindicabilidad ilimitada y la adopción de medidas que transformen el sistema registral en un verdadero registro de derechos.

Finalmente, el profesor Zárata centra su aporte académico en el funcionamiento de los dos sistemas de inmatriculación de sociedades comerciales existentes en Chile: uno, el establecido por mandato del artículo 21 del Código de Comercio, desarrollado en el Reglamento para el Registro de Comercio de 1866; y, el otro, el establecido por la Ley 20.359 de 2013 y su Reglamento. El autor se refiere a la coexistencia de estos regímenes y los diversos efectos que se producen a partir de sus características propias, entregando una visión crítica en este ámbito de las pretendidas reformas impulsadas por la “Comisión de Estudio Nueva Codificación Comercial” de la Universidad de Chile, comprendidas en el informe emitido por esta el 2017.

Esperamos que los trabajos presentados constituyan un aporte al lector y al proceso de reforma en que nos encontramos en la actualidad. Asimismo, que contribuyan a la expansión dogmática del Derecho Notarial y Registral que nuestro país requiere.

DERECHO NOTARIAL

REFORMA A LA INSTITUCIONALIDAD NOTARIAL: HACIA UNA NUEVA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LOS ESTABLECIMIENTOS NOTARIALES

GIAN FRANCO ROSSO ELORRIAGA

*Doctor en Derecho
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes*

I. EL CONTEXTO REFORMISTA

Históricamente se han elaborado diversos proyectos de reforma a la institucionalidad de los notarios (como asimismo de los conservadores), algunos doctrinarios, otros concretizados en proyectos de ley que han tenido algún avance en su tramitación legislativa, y unos pocos que se han convertido efectivamente en ley.

En la actualidad, sin embargo, nos enfrentamos a un particular impulso reformista del Ejecutivo, pues en los últimos 10 años los Presidentes de la República han enviado a la Cámara de Diputados, para su tramitación, tres proyectos de reforma en la materia: uno por Bachelet en su primer periodo presidencial¹ y, otros dos, por el presidente Piñera, también en la primera ocasión en que ejerció la más alta magistratura². Todo indica que, en el nuevo mandato ciudadano, perseverará el Ejecutivo en la tramitación de estos proyectos o bien en otro, elaborado a partir de los contenidos de los ya presentados³.

¹ Proyecto de ley que *reforma el sistema registral y notarial*, ingresado el 29 de abril de 2008 a la Cámara de Diputados, Boletín 5836-07.

² Proyecto de ley que *incorpora modificaciones al régimen de nombramiento y funciones del sistema notarial y registral*, ingresado el 6 de noviembre de 2012 a la Cámara de Diputados, Boletín 8673-07; y, proyecto de ley que *moderniza y fortalece el funcionamiento y la fiscalización del sistema registral y notarial*, ingresado el 6 de agosto de 2013 a la Cámara de Diputados, Boletín 9059-07.

³ Al menos, ya el Ministro de Justicia Larraín anunció intervenciones en el sistema notarial. Vid. <http://www.minjusticia.gob.cl/ministro-hernan-larrain-anuncia-que-se-reformulara-el-sistema-de-nombramiento-de-notarios-para-asegurar-transparencia-y-objetividad-en-designaciones/> (Consultado el 21 de marzo de 2018). Aunque el mismo interés manifestó el Ministerio de

En virtud del particular interés de los últimos gobiernos por reformar efectivamente el sistema notarial (así como el sistema registral conservatorio), cualquier comentario respecto de la reforma de la institucionalidad del notariado exige necesariamente referirse a estos proyectos. Desde luego, estos pretenden intervenciones de mayor o menor intensidad, en diversas cuestiones que afectan al ejercicio de la actividad notarial: nombramiento, funciones, supervigilancia, responsabilidad, etc. Debido a que resulta imposible abarcar todas las cuestiones tratadas en ellos, se impone la necesidad de seleccionar algunos de los temas que comprenden, así como una revisión parcial de los mismos, modo en el que procederemos en este trabajo.

Ahora bien, cuando se regula o reforma la institucionalidad de los notarios, se deben efectuar algunas definiciones a nivel de los principios que inspirarán su construcción. La importancia de tales definiciones, radica en que ellas sustentarán y determinarán la regulación detallada de la actividad. Por ejemplo, puede optarse por entender que la actividad notarial no es una función pública, razón por la que puede ser ejercida por libres profesionistas. O bien, entender que es una actividad constitutiva de una función pública, pero que puede ser ejercida por funcionarios públicos o por libres profesionistas⁴. Esta sola definición tendrá por consecuencia la construcción de una institucionalidad notarial bajo una orgánica estatal, o bien la regulación de la organización y actividad de los privados que la desarrollan. Es más, sabemos que la opción en uno u otro sentido no ha sido uniforme en el Derecho comparado, encontrándonos con institucionalidades en ambos sentidos en los distintos países. Asimismo, si se opta por una organización privada que ejerce una función pública, hay que definir si debe o no estar sujeta al control estatal. Si se estima que lo razonable es que exista tal control, habrá que definir en qué grado, en qué materias, mediante qué órganos estatales, etc. se concretará dicho control.

La tradición nacional ha sido inclinarse por entender la actividad notarial como una función pública notarial, procurando el legislador regular su organización y actividad, como asimismo el control sobre ella. Este último se plasma ya en el mismo nombramiento entregado al propio Presidente de la República, sin perjuicio de la supervigilancia permanente atribuida al poder judicial.

Las reformas referidas han mantenido esta definición, sin perjuicio de que algunas propuestas en ciertas materias del proyecto Bachelet, importan una estatización de la función notarial. Así, a propósito de la plataforma

Justicia anterior, sin concretar proyecto alguno. Durante todo el periodo el Ministerio de Justicia mantuvo el anuncio de que refundiría en un solo proyecto las tres iniciativas en tramitación, de manera de realizar una reforma armónica en este ámbito (el vínculo <http://www.minjusticia.gob.cl/reformas/sistema-notarial-y-registral/> hoy está fuera de servicio luego del cambio de Gobierno).

⁴ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Derecho notarial*, Porrúa, México D. F., 2009¹⁶, p. 165.

registral y notarial electrónica (o portal), establece que la propiedad de la información y de los registros sería del Estado (art. 177). Asimismo, el diseño, operación y administración del Portal se adjudicaría a un administrador mediante licitación pública convocada por la Superintendencia de Registros (art. 186). Por supuesto, sería esta la que tendría la supervigilancia, control y fiscalización del Administrador (art. 190). Se trata, evidentemente, de una vía indirecta para estatizar la función notarial (y registral), concretándola directamente en unos años más como una consecuencia natural del nuevo sistema introducido.

No creemos que la confusión entre función pública y servicio estatal mejore la calidad de la institucionalidad notarial para los usuarios. El descalabro de algunos servicios estatales de público conocimiento y las paralizaciones ilegales que deben soportar todos los años los ciudadanos, son una prueba patente que la estatización de la función pública notarial no es por sí misma la solución a las dificultades que presenta su institucionalidad.

Esta, bajo la modalidad de organización privada, en definitiva ha logrado satisfacer adecuadamente los intereses particulares y colectivos, sin perjuicio de que hay algunas dificultades evidentes que requieren intervenciones mayores, de manera de desterrar ciertos vicios que mellan, contradictoriamente, la confianza pública depositada en los notarios.

Establecida la mantención del ejercicio de la función pública respectiva mediante profesionales privados, se requiere la toma de decisiones en cuanto a la forma en que se organizará la actividad notarial para enfrentar los desafíos futuros.

II. DESPERSONALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

Desde la regulación de los notarios en la “Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Chile” de 1875 (arts. 361 y ss.), en adelante LOAT, la función pública notarial se ha centrado y organizado en torno al notario ministro de fe en cuanto persona natural. No en vano hasta hoy existe una exacta identificación entre el número de notarías creadas y notarios titulares que las sirven (art. 400 COT). De hecho, las notarías (al margen de su numeración correlativa) son individualizadas públicamente por el nombre del notario titular. Asimismo, es claro que las funciones notariales son asignadas por la ley al notario ministro de fe en cuanto persona natural⁵.

Consecuencialmente, la función notarial se caracterizaba por la necesaria intervención personal del notario en todas las actuaciones por este

⁵ Sin pretender una referencia exhaustiva, ejemplos evidentes son los arts. 401, 405, 406, 407, 411, 413, 414, 415, 417, 422, 423, 427, 429, 430, 431, 432, 433, 435, 440, 441, 442, 443, 445, etc., todos del COT.

practicadas, lo que importaba no solo su presencia personal, sino incluso la redacción por su persona de los instrumentos correspondientes, actividad que los hizo acreedores de la denominación histórica de “escribanos” y la moderna de “notarios” (pues precisamente redactaban los instrumentos que ante ellos se otorgaban a partir de las “notas” que tomaban de las expresiones que les formulaban los interesados).

La Ley N° 18.181 de 1982, que sustituyó el epígrafe 7 del título XI del COT referido a los notarios, modificó sustancialmente la forma en que estos auxiliares de la administración de justicia actúan como ministros de fe pública. Particularmente, eliminó la regla general de la exigencia legal de la “inmediación” entre las partes y el notario en las actuaciones solicitadas.

Así, en virtud de la citada ley, el art. 425 del COT vigente dispone que “los notarios podrán *autorizar las firmas* que se estampen en documentos privados, siempre que den fe del conocimiento o de la identidad de los firmantes y dejen constancia de la fecha en que se firman”, pudiendo exigir que los firmantes dejen su impresión digital. Para el otorgamiento de la fe en este caso, *no es necesaria la presencia del notario* al momento de estampar las firmas, si la autenticidad les consta (art. 401 del COT). El cambio legislativo no habría hecho más que sancionar una realidad notarial conocida, recibéndose la consagración legal con beneplácito por la doctrina por la utilidad práctica que ella significaba⁶. De manera que, respecto de los documentos privados, no hay dudas de que no existe obligación legal para los notarios de tomar personalmente las firmas de los comparecientes.

Respecto del otorgamiento de las escrituras públicas, ha existido alguna discusión acerca de la necesidad de la presencia o no del notario al momento en que son suscritas. El debate central ha girado en torno a la interpretación de las expresiones “otorgado *ante* escribano” del art. 1699 del CC y “deberán otorgarse *ante* notario” del art. 405 del COT. Ello porque el texto de este último fue sustituido por la reforma de 1982, eliminándose particularmente la constancia del notario de conocer a los otorgantes⁷.

En todo caso, ya antes de la reforma de 1982, era práctica extendida y muy antigua entre los notarios el delegar la verificación de la identidad de los comparecientes a funcionarios de la Notaría, omitiendo su presencia

⁶ CASARINO VITERBO, Mario, *Manual de derecho procesal (Derecho procesal orgánico)*, II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007⁶, N° 429, p. 109.

⁷ Decía el antiguo art. 405 del COT: “Toda escritura pública debe ser otorgada ante notario y dos testigos, vecinos del departamento, que sepan leer y escribir y capaces de darse cuenta del acto o contrato que se celebra./En ella el notario deberá dejar constancia de conocer a los otorgantes, o de habersele acreditado su identidad con la cédula personal respectiva, cuyos datos se insertarán en la escritura; o con la aserción firmada en el mismo registro, de dos testigos honorables, conocidos del notario, vecinos del departamento y hábiles para testificar”.

en la celebración del acto⁸. En este sentido, la reforma solo pretendía legitimar dicha práctica.

A pesar de la clara intención del legislador de eliminar la intermediación del notario en el otorgamiento de las escrituras públicas, la Corte de Apelaciones de Santiago, mediante Auto Acordado, instruyó el año 2000 a los notarios de su jurisdicción para que, en conformidad con lo dispuesto precisamente en el artículo 405 del COT, estuvieran efectiva y físicamente presentes al momento de suscribirse en su oficio una escritura pública, comprobando de manera personal la identidad de quienes aparezcan firmándola⁹. Incluso, el referido Auto Acordado sigue citándose en la actualidad en las ediciones del COT a propósito del art. 405¹⁰.

La doctrina ha sido crítica de la interpretación efectuada por la citada Corte. Romero y Martínez se pronunciaron sobre el particular en un estudio desarrollado a propósito del oficio N° 1030 del 7 de junio de 2000 del mismo Tribunal, el que tenía idéntico contenido al Auto Acordado que dictaría tres meses después. Afirman los autores en su trabajo que no es efectivo que el notario tenga la obligación legal de tomar personalmente las firmas de los comparecientes, y menos que ellas se estampen ante el notario. Tienen especialmente a la vista la historia fidedigna de la Ley N° 18.181 y la *ratio legis* de esta, concluyendo que “la reforma de 1982 buscaba adecuar el sistema notarial al desarrollo de la economía, para lo cual era indispensable adaptar el sistema de fe pública, liberándolo de trámites que se estimaba como innecesarios”¹¹.

Compartimos esta opinión, y creemos que el tiempo en definitiva les ha dado la razón. Desde luego, la instrucción de la Corte de Apelaciones de Santiago no ha sido replicada por la Corte Suprema ni por otras Cortes de Apelaciones. Asimismo, no obstante que algunos critican la pérdida de la intermediación de los notarios en materia de instrumentos privados, pues solo se debería a intereses económicos que exigen mayor rapidez

⁸ Vigente aún la regla de la Novísima Recopilación en la materia (ley 2°, tit., 23, Lib. X), según la cual el notario debe conocer a los otorgantes o bien deben comparecer dos testigos de conocimiento, ya decía a su respecto BAEZA BANDERAS, Enrique, *El notariado*, Santiago, Chile, 1924, p. 62, que “es sabido que entre nosotros esta importante disposición legal se cumple muy rara vez. La frase *a quien conozco* que se estampa mecánicamente en las escrituras es de estilo en la práctica notarial. En la mayoría de los casos, el notario que da fe de conocer a todo el mundo, sin que jamás necesite la intervención de testigos de conocimiento, ni si quiera se cuida de ver a los comparecientes, quienes se entienden por lo común, con un empleado más o menos rutinario, *que es en realidad el que hace las veces de notario*”.

⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, Auto Acordado S/N acerca de instrucciones específicas a los notarios de esta jurisdicción para el cumplimiento de los artículos 405 y 409 del Código Orgánico de Tribunales, de 7 de septiembre del 2000, publicado en el DO del 4 de octubre de 2000.

¹⁰ Vid. *Código Orgánico de Tribunales*, María Teresa Hoyos de la Barrera (ed.), Santiago, LegalPublishing, 2018¹⁸, edición actualizada al 4 de enero de 2018.

¹¹ ROMERO SEGUEL, Alejandro, y MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, “Sobre la pretendida obligación de firmar frente a los notarios los instrumentos públicos y privados”, en *Revista de la Asociación de Notarios y Conservadores de Chile*, 2° trim. 2005, p. 17.

en las transacciones¹², este argumento no hace más que reconocer que estas fueron precisamente las motivaciones del legislador en la reforma de 1982. Igualmente, y a pesar de la crítica, tampoco existe una afirmación categórica en sentido contrario, como sería señalar claramente la exigencia legal de la presencia del notario en el otorgamiento de escrituras públicas¹³.

Adicionalmente, los últimos proyectos presidenciales al parecer han acogido alguna de las críticas, estableciendo como un objetivo deseable el fortalecimiento de la intermediación, disponiendo que el notario debe realizar todas las actuaciones personalmente, pudiendo incluso ser denunciado y sancionado si no actúa de esta forma¹⁴. Si una futura reforma debe expresamente establecer la intervención personal del notario en todas las actuaciones que tienen lugar ante él, significa que ello hoy no es una obligación, incluyendo el otorgamiento de escrituras públicas.

Empero, al margen de las posibles discusiones acerca de si se mantiene o no la intermediación como deber respecto de las escrituras públicas lo cierto es que, de haberlo, en la práctica sería letra muerta. Antes de 1982 y sobre todo después, la práctica, como ya se ha dicho, es que los notarios no estén presentes en el acto de otorgamiento de las escrituras públicas. En este sentido, Romero y Martínez han sostenido con justa razón que la costumbre ha validado las prácticas consistentes en que sean los colaboradores del notario quienes verifiquen la identidad de los comparecientes y ante quienes estos firmen¹⁵. Por lo demás, agregan, esta “costumbre es de sentido común, y de absoluta racionalidad, pues de lo contrario se paralizaría el tráfico jurídico, generando una serie de problemas sociales de enorme magnitud”¹⁶. Este mismo sentido común y racionalidad son los elementos presentes en proyectos que han pretendido formalizar otras prácticas notariales, dando algún paso adicional en la materia¹⁷.

¹² VIDAL DOMÍNGUEZ, Ignacio, *Derecho notarial chileno*, Santiago, Legal Publishing, 2015², p. 66.

¹³ VIDAL, *Derecho notarial chileno*, cit., p. 155, señala que el requisito es que la escritura pública sea autorizada por un notario público competente, sin señalar que este debe estar presente en su otorgamiento. Tampoco VIDAL, *Derecho notarial chileno*, cit., p. 167, plantea que sea requisito legal suscribirla en presencia del notario.

¹⁴ En el primer proyecto de Piñera (Boletín 8673-07), se propone agregar un nuevo artículo 401 bis al COT del siguiente tenor: “*El notario deberá realizar personalmente aquellas funciones que la ley le encomienda, sin perjuicio de tener asistentes o asesores. El notario será responsable civil y disciplinariamente por infringir lo señalado en el inciso anterior, como asimismo de los actos que realicen las personas dependientes de su notaría*”. En el segundo proyecto de Piñera (9059-07) se complementa la disposición, agregando una letra f) al art. 440 del COT, de modo de sancionar al notario “Si incumpliere los horarios de apertura al público de su oficio, *el ejercicio personal de sus funciones* o los plazos establecidos en las leyes o reglamentos”.

¹⁵ De hecho, las costumbres, usos y prácticas son reconocidas expresamente como fuentes del Derecho Notarial por la doctrina. DÍAZ MIERES, Luis, *Derecho notarial chileno*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1983³, p. 9.

¹⁶ ROMERO y MARTÍNEZ, “Sobre la pretendida obligación de firmar”, cit., p. 21.

¹⁷ El Boletín 8351-07 da cuenta de una moción en trámite cuyo objetivo es elevar las exigencias de control de notarios en su función de Ministro de Fe. Mas, a propósito de la impresión digital, se propone modificar el art. 425 inc. 1°, de manera que permitir al notario “delegar este control, en un funcionario de su notaría”.

A lo expresado se debe añadir que las nuevas tecnologías y la integración de la información (particularmente con el Servicio de Registro Civil y de Identificación), han ampliado la despersonalización pero de un modo aún más seguro que la exigencia de la presencia del notario. Dispositivos lectores de la huella del índice del compareciente y lectores de los códigos de barra de las cédulas de identidad son parte de los recursos tecnológicos que se han ido incorporando en las notarías más avanzadas. De manera que proyectos que pretendan fortalecer la intermediación, van en un sentido absolutamente contrario a los tiempos. Más todavía si ello se pretende sin que se aumente el número de notarios o derechamente se libere el ejercicio de esta profesión. El insistir en la presencia del notario en todos los actos acarrearía problemas al tráfico jurídico y a los usuarios, en una magnitud no dimensionada. De hecho, no son pocas las notarías en que el número de actuaciones que en ellas tienen lugar sobrepasan humanamente la posibilidad de que el notario esté presente.

Pareciera deseable entonces avanzar más bien todo lo posible en la despersonalización de la función notarial en vez de proponer retrocesos, debiendo aceptarse que ella llegó para quedarse. Y tal despersonalización resulta relevante, pues la no intervención personal del notario ha significado y significará cambios importantes en la institucionalidad del notariado.

Todo lo dicho es sin perjuicio de aquellos casos en que todavía la ley dispone expresamente la presencia del notario, y mientras no se introduzcan modificaciones al respecto por considerarse aún indispensable su intervención para la seguridad de los derechos de las partes y de los terceros¹⁸.

III. PRIVATIZACIÓN DEL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN NOTARIAL

Los notarios y su personal han sido objeto de especial regulación por parte del legislador, abocándose a la fijación del estatuto que les rige por medio de sucesivas leyes. Si a alguna conclusión puede arribarse de la revisión de estas, es que la tendencia legislativa ha sido la “privatización” de la función notarial.

La antigua legislación española concentraba diversas funciones en los secretarios de tribunales, entre las cuales se contaban las de notario. Un Decreto Supremo de 3 de noviembre de 1866 comenzó a innovar en esta materia, al fijar las atribuciones propias de los notarios frente a las de los secretarios. Esta innovación se consagró expresamente en la LOAT, al proceder a su efectiva separación. No obstante ello, y como

¹⁸ Claro ejemplo son los testamentos abiertos y cerrados. No basta que (entre otros requisitos) se otorgue ante notario y tres testigos (art. 1014 del CC y 1021 del CC). La ley deja en claro que el escribano debe presenciar e intervenir en el acto de la manera que se establece (arts. 1015, 1017, 1018 y 1023).

resabio de la situación anterior, asimiló las notarías a las secretarías de un juzgado de letras (art. 364), sin perjuicio que los cargos de secretario y notario podían ser desempeñados por una misma persona cuando no fuere conveniente su ejercicio separado en algunos departamentos por lo exiguo de los emolumentos (art. 370). Así se explica que a los notarios les resultasen aplicables parte de las disposiciones regulatorias de la labor de los secretarios¹⁹. Entre estas, cabe especialmente mencionar su nombramiento (por el Presidente de la República), como asimismo el derecho a percibir los emolumentos fijados por arancel por las autorizaciones y diligencias propias del cargo, sin perjuicio del sueldo que leyes especiales les asignaran. No era de extrañar entonces que los notarios resultasen además dependientes de los Juzgados de Letras respectivos o del que estuviese de turno (art. 364).

Es más, en coherencia con lo expresado, los empleados de las notarías fueron tratados como “Oficiales Subalternos” de secretarías de tribunales, aplicándoseles en particular el art. 344. Según este, estaban sujetos a las Cortes de Apelaciones, las que otorgaban la admisión para servir en una notaría, como asimismo contaban con la facultad para ordenar su despido por consideraciones de prudencia, de moralidad o de buena disciplina²⁰.

Con lo dicho, es claro que el carácter de funcionarios judiciales fue un elemento reconocido y atribuido al notariado desde los albores de la estructuración del sistema nacional, integrando el poder judicial. Las notarías constituían entonces oficios públicos, a cargo de un *funcionario público* con subalternos bajo su dependencia de igual naturaleza²¹. Incluso, el número de notarías era fijado por el Presidente de la República conforme con “las necesidades del *servicio público*”.

El DL N° 407 de 1925 del Ministerio de Justicia pertinente a “Nombramiento, instalación, subrogación, atribuciones y obligaciones de los Notarios”, más conocido como “Código del Notariado” (en adelante CN), sustituyó la regulación de los notarios contenida en la LOAT. Luego, sus disposiciones fueron incorporadas en 1943 al Código Orgánico de Tribunales (Ley N° 7.421).

¹⁹ De acuerdo con el art. 363, eran aplicables los notarios los arts. 337, 338, 339, 342, 343 y 349, sobre Secretarios de Cortes y Juzgados.

²⁰ “Art. 344. En toda secretaría de Corte ó juzgado habrá el número de oficiales subalternos que el secretario conceptúe preciso para el pronto y expedito ejercicio de sus funciones y el buen régimen de su oficina./El secretario no podrá llevar ni admitir al servicio de su oficina ningún oficial subalterno sin haber antes obtenido para ello el permiso y aprobación de la respectiva Corte ó juzgado./La Corte ó juzgado, siempre que por consideraciones de prudencia, de moralidad ó de buena disciplina conceptuare conveniente hacer salir de la oficina algún oficial ó subalterno, podrá ordenar al secretario que le despida del servicio./ En todo lo demás los oficiales subalternos estarán sujetos a las instrucciones y ordenes que le” diere el respectivo secretario, quien distribuirá entre todos ellos el trabajo de su oficina en la forma que lo crea conveniente”.

²¹ En este sentido BAEZA, *El notariado*, cit., p. 18, señalaba que a pesar de que la definición de notario de la LOAT no dijera que era un funcionario público, “si se atiende a la naturaleza propia de su ministerio, *no hay duda que tal carácter no puede serle negado*”.

El nuevo estatuto dio un paso más en la separación entre el cargo de notario y el de Secretario de Juzgado. Si bien el nombramiento siguió en manos del Presidente de la República, la nueva legislación lo consideró como una facultad de aplicación directa a los notarios y no por asimilación a los secretarios (arts. 2° del CN y 400 del COT, 1943). Asimismo, quedó ratificada la idea de la independencia económica de los notarios respecto del Estado, pues, aunque fijados por ley, los notarios ya gozaban de los emolumentos que les correspondiesen por sus actuaciones conforme con el respectivo arancel (arts. 63 del CN y 492 del COT, 1943).

Sin embargo, la idea de que el notario es un *funcionario público* judicial y su notaría un oficio público de igual naturaleza, tendió a mantenerse inicialmente²², para luego comenzar a atenuarse por diversas vías.

En cuanto a lo primero, continuó entendiéndose el servicio notarial como un “servicio público” (arts. 2° del CN y 400 del COT, 1943); desde la entrada en vigencia del COT, a los notarios se les atribuyó expresamente la calidad de auxiliares de la administración de justicia y por tanto de funcionarios judiciales²³, categorizándoseles incluso en el Escalafón Secundario de estos funcionarios (art. 269 del COT, 1943); la inspección disciplinaria, correccional y económica de los notarios quedó radicada en las Cortes de Apelaciones, sin perjuicio de su delegación a los jueces de letras correspondientes, cuando el oficio no se halle en el mismo lugar del asiento de la Corte (arts. 53 del CN y 532 del COT, 1943); los dependientes del notario mantuvieron la calidad de oficiales subalternos que requerían el permiso y la aprobación de la Corte o juzgado respectivo; y, en especial, estos tribunales mantuvieron la facultad de ordenar su salida por consideraciones de prudencia, de moralidad o de buena disciplina (art. 504 del COT, 1943).

A mayor abundamiento, entre el CN y el COT, las Leyes N°s 5.948 de 1936 y 6.136 de 1937, incorporaron a los notarios y a los empleados de las notarías a los beneficios de la “Caja Nacional de Empleados Públicos y Periodistas” (CANAEMPU). La naturaleza pública del cargo de notario y la de sus dependientes parecía clara.

Sin embargo, la Ley N° 7.868 de 1944 sometió a los empleados que prestaren servicios en las oficinas de los notarios a las disposiciones del Código del Trabajo y demás leyes complementarias aplicables a los

²² Luego de criticar la idea de que el notario sea un profesional libre, y de afirmar la incompatibilidad entre la función del notario con la de un libre profesional, DEL SOLAR, René, *Comentarios al código del notariado*, Santiago, La Economía, 1930, p. 25, señala que “atendiendo a esta incompatibilidad, nuestra legislación notarial tomó al funcionario como un ministro de fe con esfera de atribuciones marcadas, y así evadió en la definición de notario dar opinión sobre los conceptos de profesional o funcionario público. Pero del contexto de las mismas disposiciones notariales se deriva claramente que lo toma en la calidad de *funcionario público*” (el destacado es nuestro).

²³ “Los auxiliares de la administración de justicia son aquellos funcionarios judiciales que cooperan con la labor de los tribunales”, LÓPEZ PESCIO, Edgardo, *Noiones generales de derecho procesal*, II, Valparaíso, Edeval, 1988, p. 136.

empleados particulares (DFL N° 254 de 1931), con algunas excepciones que generaron un cierto estatuto individual. Para estos efectos, a los notarios se le otorgó la calidad de “empleadores”. A este estatuto legal previsional se referían originalmente las remisiones de los arts. 492 y 505 del COT.

El cambio en la normativa aplicable a la relación laboral entre notarios y sus trabajadores dan testimonio acerca de que la tendencia a mitad del siglo pasado comenzó a ser la privatización de la actividad notarial, la que generaría, junto con otras intervenciones, un *estatuto mixto* tanto respecto de los notarios como de sus empleados. Mientras a los notarios podía considerárseles funcionarios públicos en virtud de la función pública delegada por el Estado y otras características ya destacadas presentes en la legislación, contradictoriamente no recibían remuneración del Estado y, adicionalmente, contrataban privadamente a su personal. A su vez, pese al carácter privado del vínculo laboral entre notario y su personal, ambos gozaban de los beneficios de los “empleados civiles” de la Administración Pública permitiéndoseles, entre otras cosas, imponer en la CANAEMPU²⁴.

La idea de un estatuto mixto sería ratificado por el Estatuto Administrativo de 1960 (DFL N° 338 del Ministerio de Hacienda). La inclusión de los notarios en este, dejaba entrever que aún se mantenía presente en el legislador el concepto de estar frente a las categorías de funcionario público, oficio público y subalternos de igual naturaleza. No obstante ello, su art. 389 mantuvo vigente el régimen legal previsional señalado, excluyendo a notarios y dependientes del régimen de los funcionarios públicos. Asimismo, dispuso la aplicación de los párrafos 18, 19 y 20 del Título II referido a la provisión de los empleos públicos, a los notarios y a sus empleados, pero en la práctica solo se trató de una normativa de aplicación subsidiaria²⁵.

Empero, como señalamos, la tendencia del legislador se inclinó hacia la privatización. Desde luego, el nuevo Estatuto Administrativo (Ley

²⁴ Entendían que de la definición del art. 399 del COT, 1943, se desprendía tanto el carácter de profesional del derecho como de funcionario público del notario, pero que esta última calidad se veía modificada por no recibir remuneración del Estado, VITTINI GONZÁLEZ, Iris y GUTIÉRREZ IHITZ, *El notariado chileno*, Santiago, Universitaria, 1955, p. 40. Expresamente en contra, SÁNCHEZ F., Roberto, *Estudio sobre el concepto y algunas de las funciones de los notarios en el derecho positivo chileno y en la jurisprudencia nacional*, Santiago, Universitaria, 1965, p. 14, quien rechaza el carácter profesional y acentúa que “los notarios son esencialmente funcionarios”. El mismo autor, sin embargo, reconoce en las páginas anteriores que son funcionarios con características especiales.

Por su parte, DEL REAL CORREA, Octavio, *Estatuto jurídico de los empleados de notarías, conservadores y archivos judiciales*, Santiago, Universitaria, 1962, p. 12, destacaba que los empleados de las notarías poseían características múltiples, tanto de empleados públicos, particulares como de auxiliares de la administración de justicia, pero no encasillables en ninguno de estos grupos.

²⁵ El Dictamen 1433/61 de Contraloría dispuso que el estatuto administrativo no se aplicaba al personal del poder judicial, el que estaba sujeto al COT y excepcionalmente al primero.

Nº 18.834 de 1989) omitió toda referencia a los notarios y a los trabajadores de las notarías, eliminado la suerte de homologación del servicio notarial a un servicio público del Estado. Ello ha sido refrendado por los cambios que paralelamente fue sufriendo el estatuto de los notarios y sus trabajadores.

En cuanto a los notarios, siguen teniendo hasta la fecha la supuesta calidad de funcionarios judiciales, pues el COT los mantiene como auxiliares de la administración de justicia, los califica dentro del escalafón de los funcionarios judiciales y los sujeta a la supervigilancia del poder judicial. Mas, la naturaleza de su función ha sido legalmente modificada. Por una parte, la Ley Nº 18.181 de 1982 modificó el art. 400 del COT, sustituyendo la expresión “habida consideración a las necesidades del servicio público”, por “habida consideración a las necesidades del servicio”, dejando así los notarios de cumplir con un “servicio público”. La Ley Nº 18.776 de 1989 saldó el tema definitivamente, eliminando del art. 400 toda referencia al servicio.

De manera que hoy puede reconocerse sin problemas que la función notarial es ejecutada por profesionales del derecho (abogados) privados, a quienes se les ha delegado la fe pública mediante el nombramiento respectivo regulado por la ley²⁶. Es este el concepto recogido expresamente en el primer proyecto Piñera²⁷. Por su parte, los propios notarios señalan que el ejercicio de dicha función pública y la forma de su nombramiento no los convierte en funcionarios públicos ni importa el ejercicio de algún cargo político o público²⁸. Se trata simplemente de una labor privada, que conlleva una función pública por delegación, como existen muchísimas otras actividades privadas orientadas a la satisfacción de un interés público.

Por otra parte, frente a la falta de toda referencia a los empleados de las notarías en la regulación respecto de contrato de trabajo y protección a los trabajadores introducida por el DL Nº 2.200 de 1978, y a la vigencia aún de la Ley Nº 7.868, el art. 3º de la Ley Nº 18.018 de 1981 ratificó que dichos trabajadores se regían por la ley laboral común mediante la introducción de una disposición explícita al art. 1º inciso final del citado

²⁶ Es la definición que los propios notarios se han dado por medio de la Unión Internacional del Notariado Latino (véase <http://www.uinl.org/principio-fundamentales>). También es la definición adoptada por la doctrina nacional y comparada. V. gr., VIDAL, *Derecho notarial chileno*, cit., p. 76; DÍAZ, *Derecho notarial chileno*, cit., p. 7; PÉREZ, *Derecho notarial*, cit., p. 171.

²⁷ El mensaje del proyecto contenido en el Boletín 8673-07, define precisamente al notario latino como “un profesional del derecho que realiza una función pública”.

²⁸ Así, el notario de Chillán, ÁLVAREZ DÍAZ, Luis Eduardo, “Extensión de las obligaciones emanadas de las instrucciones notariales y responsabilidad civil del notario por su incumplimiento”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, 25 (2015), p. 80; y el notario de Providencia y Presidente de la Asociación de Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales de Chile, MARTIN ILLANES, Alfredo, *Reforma al notariado*, Colegio de Abogados, Ciclos de Charlas Los Martes del Colegio, 12 de noviembre de 2013, p. 10.

DL, derogándose además el art. 1° de la Ley N° 7.868. Empero, agregó que ello se “entiende sin perjuicio de las facultades que en relación con estos trabajadores confiera el COT” (art. 504), con lo cual la intervención de 1981 mantuvo en cierta medida el carácter híbrido de la naturaleza de estos empleados. Su régimen laboral era el de todo trabajador particular, salvo por la circunstancia que requería para su ingreso al servicio notarial del permiso de la Corte de Apelaciones o Juzgado respectivo, pudiendo también ser removido por la primera.

El art. 1° del nuevo Código del Trabajo de 1987 (Ley N° 18.620, en adelante C del T) replicó en lo fundamental el art. 1° del DL 2200, pero omitiendo el inciso final insertado por la Ley N° 18.018 aludido en precedencia. La Ley N° 19.759 del 2001 salvó este olvido, reestableciendo la regla de que “los trabajadores que presten servicios en los oficios de notarías, archiveros o conservadores se regirán por este código”²⁹. No obstante esto último, no efectuó ninguna salvedad respecto de lo dispuesto en el art. 504 del COT. De hecho, en la discusión en el Senado se dejó constancia expresa que este se entendía vigente³⁰.

Sería la Ley N° 19.945 del 2004 la que resolvería finalmente esta dificultad, por la vía de la interpretación del inciso cuarto del artículo 1° del C del T³¹ y de la eliminación de los hasta entonces incisos 2° y 3° del art. 504 del COT (que establecían la admisibilidad por las Cortes de Apelaciones o Juzgado respectivo para servir en una notaría así como la facultad de ordenar el despido de los trabajadores de las notarías por consideraciones de prudencia, de moralidad o de buena disciplina).

De esta manera, los dependientes de los notarios fueron definitivamente desvinculados del poder judicial, existiendo respecto de estos únicamente una relación laboral de carácter privado, idéntica a la de cualquier trabajador con cualquier profesional liberal que contrata empleados para la prestación de los servicios profesionales correspondientes.

²⁹ Se introdujo al proyecto de modificación del Código del Trabajo por indicación del Ejecutivo, en el Segundo Trámite Constitucional en la Cámara de Diputados, Discusión en Sala, 4 de septiembre 2001, Diario de Sesión, en Sesión 33, Legislatura 344.

³⁰ El Senador Hamilton señaló que le parecía superflua o inadecuada la modificación pues la ley N° 18.018 ya había aclarado que los trabajadores de las notarías se regirán por la normativa laboral común, sin perjuicio de las facultades contempladas en el art. 504 del COT en favor de la Corte. La observación fue ratificada por el senador Zaldívar, dejándose constancia al aprobar la indicación del Ejecutivo de que dichos trabajadores continuaban sujetos al art. 504, pues este precepto no había sido derogado. Para excepcionarlos, debía existir una norma expresa en tal sentido. Tercer Trámite Constitucional en el Senado, Discusión en Sala, 11 de septiembre, 2001, Diario de Sesión, en Sesión 28, Legislatura 344.

³¹ El art. 2° de la Ley N° 19.945 dispuso: “Declárese interpretado el inciso cuarto del artículo 1° del Código del Trabajo en el siguiente sentido: El inciso cuarto del artículo 1° del Código del Trabajo en cuanto señala que “Los trabajadores que presten servicios en los oficios de notarías, archiveros o conservadores se regirán por las normas de este Código.”, debe interpretarse y aplicarse de forma tal que la totalidad del estatuto laboral, en todas sus manifestaciones y expresiones, que emana del Código del Trabajo y leyes complementarias, resulte aplicable a los trabajadores que laboran en los oficios de notarías, archiveros o conservadores”.

IV. EL ESTABLECIMIENTO NOTARIAL COMO EMPRESA

No cabe dudas que la función pública que desempeñan los notarios, por delegación estatal, consiste en dar fe pública respecto del otorgamiento de actos y sus intervinientes, de circunstancias relacionadas con actuaciones ejecutadas por los interesados o terceros, o bien de hechos en los que intervienen a solicitud de parte³². Sin embargo, esta función no es desempeñada por una persona física única y determinada.

En efecto, hoy la función notarial es ejecutada a través de una estructura conformada por un conjunto de recursos humanos y materiales, a la que denominamos “Notaría”³³. La interacción de todos estos recursos permite el cumplimiento concreto y efectivo de la función de garantizar la fe pública. Desde luego, es esencial que dentro de los recursos humanos concurren personas calificadas que actúen en calidad de notarios, designadas como tales de acuerdo con las formalidades legales. Por el contrario, no es de la esencia de la actividad notarial que en una notaría actúe siempre como tal un mismo individuo, ni menos que efectivamente este coincida con el nombre de aquella. Esto se debe a que el notario que concurre como ministro de fe en una precisa y determinada actuación, puede hacerlo en calidad de notario titular, de notario suplente, de notario interino o de notario reemplazante.

Los usuarios que requieren de servicios notariales (al menos en las comunas con más habitantes) habitualmente acuden precisa y simplemente a una notaría, y no al, o ante el notario de tal o cual nombre. Tampoco resulta de interés para los usuarios que el día y a la hora en que se presentan en una notaría a realizar alguna actuación se encuentre ejerciendo las labores de notario quien goza de la titularidad, o bien su reemplazante, su suplente o un interino. Por el contrario, los usuarios asumen que, cualquiera sea la notaría a la que acudan, habrá un profesional del derecho autorizado por el Estado que puede dar fe pública respecto del acto o hechos que son de su interés.

Entonces, la existencia de un notario es un elemento subjetivo esencial en la institucionalidad notarial, qué duda cabe, pero que forma parte modernamente de un conjunto de otros elementos humanos y materiales vinculados armónicamente, de manera de orientarlos a un fin común, como es la dación de fe pública. De ahí que en la actualidad sea posible reconocer a las notarías como verdaderos “establecimientos notariales”.

³² En uno de los pocos y antiguos trabajos acerca del particular, DÍAZ SANGUESA, Alfonso, *La fe pública y el derecho notarial*, Universitaria, Santiago de Chile, 1957, p. 15, afirma que “la fe pública viene a ser, entonces, la garantía que da el Estado de que determinados hechos que interesan al Derecho, son ciertos”. En el mismo sentido, VIDAL, *Derecho notarial chileno*, cit., pp. 60 y 64.

³³ ROMERO y MARTÍNEZ, “Sobre la pretendida obligación de firmar”, cit., p. 19.

La despersonalización y la privatización de la actividad, sumada al ejercicio de la función notarial por medio de estos establecimientos antes que por personas naturales concretas, ha permitido la multiplicación de las operaciones notariales y cada día con mayor eficiencia, lo que ha redundado en una facilitación del tráfico jurídico. El resultado es en principio ganancia para todos: usuarios y notarios.

Ninguna sorpresa entonces pudo ni puede causar el que a propósito del problema de la continuidad laboral de los trabajadores de las notarías (al igual que los Conservadores y Archiveros) se haya discutido a nivel de tribunales si estas son o no una *empresa* en los términos del art. 3° del C del T. En caso afirmativo, correspondía la aplicación del art. 4° del C del T³⁴, de modo que, cuando tuviera lugar un cambio de notario, el nuevo asumiera el cumplimiento de todas las obligaciones laborales y sociales para con los trabajadores de la notaría, contratados por su o sus antecesores.

Si bien el estatuto laboral de los trabajadores de las notarías había quedado supuestamente aclarado con la dictación de la Ley N° 19.945 ya referida³⁵, de manera que la continuidad laboral les era aplicable, surgieron algunas dudas respecto del alcance de la misma. Específicamente si dicha continuidad era total en caso de cambio de notario por tener la notaría el carácter de empresa, o bien solo para el caso que el vínculo laboral se terminara por despido del nuevo notario. Diversos dictámenes de la Dirección del Trabajo han declarado que las notarías son constitutivas de empresa³⁶. También algunos fallos de los tribunales se manifestaron en el mismo sentido³⁷, sin perjuicio de otros muy discutibles de la Corte Suprema en sentido contrario³⁸.

³⁴ Art. 4° inc. 2° del C del T: “Las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alterarán los derechos y obligaciones de los trabajadores emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con el o los nuevos empleadores”.

³⁵ Vid. *supra* 31.

³⁶ V. gr., Dictámenes Nrs. 0849/28 de 28.02.2005 y 2736/049 de 08.7.11. El primero expresamente señaló que “el trabajador se encuentra adscrito a una organización que es responsable del cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato de trabajo”, agregando que “el nuevo empleador tiene la obligación de asumir la responsabilidad que es propia de la *empresa* de la que es actual titular”.

³⁷ CS, Sentencia de fecha 13 de octubre de 1994, Rol N° 8895-1994, LegalPublishing, CL/JUR/1614/1994; C de Stgo., Sentencia de fecha 21 de junio de 2004, Rol N° 4.599-2003, LegalPublishing, CL/JUR/4969/2004.

³⁸ CS, sentencia de fecha 11 de diciembre de 2012, Rol N° 12707-2011, LegalPublishing, CL/JUR/2809/2012. Pueden verse otras sentencias y su crítica en MOLINA OLGUÍN, Valeska, “Trabajadores de notarías, conservadores y archiveros: análisis crítico de la interpretación judicial sobre el artículo 1° inciso 4° del código del trabajo”, Estudios Laborales de Sociedad Chilena del Derecho del Trabajo, N° 11, Año 2015, pp. 85 y ss. Asimismo, LegalPublishing, CL/DOC/976/2015. La autora concluye “que las N-CBR-A son empresas, pues concurren respecto de ellas todos los requisitos señalados en el artículo 3° del CdT y, por ende, la variación de titularidad de las mismas no es una exigencia para su conceptualización, por lo que si aseveramos que como estos oficios no son susceptibles de ser transferidos estamos agregando una condición que la ley laboral no contempló”. Finaliza proponiendo que los

Y si bien la Ley N° 20.510 de 2011 habría acabado expresamente con el problema de fondo mediante la agregación de un inciso al art. 4° del C del T, declarando inalterables los derechos y obligaciones de los trabajadores en el caso de cambio de la titularidad en la notaría³⁹, la discusión permitió en lo sustancial la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de la idea que la notaría es una *empresa*. Es decir, una organización de medios personales, materiales e inmateriales dirigidos a dar fe pública, ordenados bajo la dirección de un notario, para el logro de fines económicos intrínsecos a la función notarial reconocidos por ley, dotada de una individualidad legal determinada.

La doctrina notarial ha pretendido limitar el carácter empresarial de las notarías solo al ámbito laboral⁴⁰. Sin embargo, la realidad actual del servicio notarial, incluyendo el legítimo lucro que es reconocido a los notarios, así como la complejidad que ha ido asumiendo la función, sobre todo desde la perspectiva de las inversiones tecnológicas, deja en evidencia que estamos frente a empresas profesionales en todo sentido y no solo para algunos efectos determinados.

Incluso, la propia Corte Suprema, que había emitido sentencias en sentido contrario⁴¹, acordó solicitar al Poder Ejecutivo y Legislativo que dispongan las medidas necesarias para excluir de la vigilancia y corrección del Poder Judicial la conducta de los notarios, conservadores y archiveros como auxiliares de la administración de justicia, “toda vez que su estructura y funcionamiento, propias de un *ente rentable-empresa*, no coinciden con las características de un órgano perteneciente a la administración de justicia”⁴². Esta opinión del máximo tribunal ha tenido eco en el Poder Legislativo⁴³.

oficios en cuestión “sean calificados de empresa por la ley, como única forma de garantizar los derechos irrenunciables de los trabajadores de N-CBR-A al momento de la terminación de los contratos de trabajo una vez que sus empleadores cesan en sus cargos”.

³⁹ Art. 4° inc. final del C del T: “De igual forma, en el caso de los trabajadores mencionados en el inciso final del artículo 1°, no se alterarán los derechos y obligaciones emanados de sus contratos individuales o de los instrumentos colectivos de trabajo, en el caso de cambio de la titularidad en la respectiva notaría, archivo y conservador”.

Aunque la cuestión ya se encuentra legalmente resuelta, el art. 5° del proyecto Bachelet se hace cargo de la cuestión, reiterando la continuidad laboral de los trabajadores, no obstante los cambios en la persona del notario.

⁴⁰ VIDAL, *Derecho notarial chileno*, cit., p. 70.

⁴¹ Vid. *supra* 38.

⁴² Acuerdo AD-2044-2015, de fecha 20 de noviembre de 2015, <http://www.pjud.cl/documents/396729/0/ACUERDO+EXCLUSION+NOTARIOS+Y+CONSERVADORES.pdf/27da5dc1-9525-41fe-a5c8-b03ee5ed4da> (Consultado el 2 de marzo de 2018).

⁴³ Según el senador Pedro Araya, en relación con el oficio de la Corte Suprema que envió en virtud del citado acuerdo, “lo que plantea la Corte Suprema es del todo razonable [...] toda vez que como lo señala el oficio que envió la Corte Suprema, hoy se asimilan más bien a instituciones de *empresas* que llevan registro y control de determinados actos que no necesariamente pueden ser fiscalizados por la Corte Suprema”. Véase en http://www.senado.cl/corte-suprema-plantea-pertinencia-de-excluir-a-conservadores-y-notarios/prontus_senado/2016-01-26/130129.html (Consultado el 2 de marzo de 2018).

En todo caso, esta realidad empresarial de la función notarial no nos parece criticable y, por el contrario, debiera simplemente fortalecerse y regularse de mejor manera. Es claro que se ha producido una dicotomía entre notario y notaría, asumiendo el rol preponderante esta última en desmedro del primero. En la práctica, como ya se advirtió, la notaría para los interesados no es el oficio de un determinado notario, en que este ejerce su función notarial, sino una organización que cumple la función notarial, de la que el notario es parte. Por ello es que, si bien en el COT se encuentran referencias a la notaría en contraposición al notario (v. gr., arts. 400, 436, 437, 504 y 532), esta regulación no es suficiente, pues se tratan evidentemente de alusiones al oficio del notario como persona natural. Falta entonces la asunción efectiva de la nueva realidad de la institucionalidad notarial en una futura reforma, con el fin de permitir un verdadero desarrollo de esta actividad en nuestro país.

V. RELEVANCIA DEL FORTALECIMIENTO DE LA INSTITUCIONALIDAD NOTARIAL COMO ORGANIZACIÓN

De acuerdo con lo dicho, las próximas modificaciones a la institucionalidad notarial deberían construirse a partir de la existencia de establecimientos notariales y no desde el presupuesto de la existencia de un notario persona natural titular. La necesidad de ello se advierte en variados aspectos del ejercicio de la función, algunos de los cuales tratamos a continuación a modo ejemplar.

1. FALTA DE NOTARIO

Un sistema que organiza la función notarial a partir de un notario persona natural como titular identificado con la notaría debe contener también una regulación que permita solucionar todos los inconvenientes que significan la falta de dicha persona natural, temporal o definitivamente. Así, en la actualidad, son los jueces de letras respectivos de turno o el presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente, según sea el caso, quienes se encargan de efectuar las nominaciones provisorias del cargo.

Ahora bien, ante ausencias del titular hasta por un año, se requiere de un notario que lo supla, lo que ha derivado en la creación y regulación de la discutida figura del notario suplente (arts. 402 inc. 2° y 478 del COT). Asimismo, si la falta de notario se debe a la inhabilidad temporal del titular o a la cesación definitiva de este en el cargo (vacancia), ha sido necesaria también la regulación de las figuras del notario “reemplazante”⁴⁴ y del notario “interino”, respectivamente (arts. 244 y 402 del COT).

⁴⁴ Denominación dada por VIDAL, *Derecho notarial chileno*, cit., p. 157 a partir del texto del art. 402 de COT.

Si la institucionalidad notarial sigue centrada en la existencia de un notario por cada notaría, es evidente que se debe insistir en una regulación que permita contar con un notario y lograr mantener el servicio notarial cuando el titular se ausente. En este sentido, el proyecto de Bachelet dispuso para las ausencias temporales la figura del notario “subrogante”, que puede ser propuesto por el titular, haciéndolos solidariamente responsables por los perjuicios causados durante los períodos de subrogación (art. 127). En cambio, en los periodos de concursos para la provisión del cargo declarados desiertos; o cuando el notario que oficiaba en el cargo haya sido destituido; o cuando haya cesado en sus funciones antes de la expiración de su período, propuso la figura del notario “suplente” (Art. 275).

De igual manera, el primer proyecto de Piñera también debió hacerse cargo de la cuestión, contemplando solo la figura del notario “suplente” (sustituyendo el texto actual del art. 402 del COT). Para estos efectos, el titular debería también proponer, aunque anualmente, dos abogados que hubieren aprobado el examen de conocimientos para que, investidos en tal calidad de notarios suplentes, lo replacen en caso de ausencia o inhabilidad. El suplente actuaría bajo la responsabilidad del notario que hubiere propuesto su designación.

No obstante lo expresado, ni la regulación actual y la propuesta en los citados proyectos, satisface efectivamente el interés de los usuarios. Como ya señalamos, estos acuden a una notaría en busca de los servicios de fe pública que requieren, con la seguridad de que en el establecimiento hay un notario. No les importa en qué calidad se encuentra el notario, ni quién es la persona natural que actúa en la ocasión como notario ni por cuanto tiempo permanecerá en el local ejerciendo el cargo.

Sí en cambio a los interesados les resulta relevante que, con todas las garantías que le fe pública exige, reciban pronta y oportuna atención, que dispongan de los instrumentos otorgados u autorizados de inmediato para las finalidades que les han exigido la actuación notarial y que, de ser necesario, haya un notario disponible para actuaciones y certificaciones que requieren de la presencia de este, dentro o fuera del oficio. Entre estas últimas están la asistencia a juntas de accionistas cuya presencia se solicita voluntariamente o porque así lo exige la ley (art. 57, Ley N° 18.046); las ofertas de pago por consignación (art. 1600, regla 3ª del CC); y el levantamiento de actas notariales que se les requiere con las más diversas finalidades. De hecho, es tal la importancia que estas han alcanzado, que incluso el primer proyecto de Piñera contempla un nuevo art. 439 bis que las regula expresamente.

En virtud de las referidas actuaciones y de la necesidad de contar con un notario disponible, una moción parlamentaria del 2003 intentó generalizar en Chile la figura del notario “alterno o adjunto”, por medio de la incorporación de un art. 402 bis al COT. Sin perjuicio de la presencia de esta figura en el derecho comparado, el proyecto tuvo a la

vista la existencia excepcional en nuestro país del notario adjunto en el art. 177 de la ley de votaciones populares y escrutinios (Ley N° 18.700). Conforme con el proyecto, el notario adjunto podía actuar simultánea, separada e indistintamente con el notario titular, en su mismo oficio y bajo la responsabilidad de este⁴⁵.

Sin dudas para los usuarios, especialmente de las comunas más pobladas, con el solo hecho de contar con dos o más notarios en cada notaría se facilitaría y aceleraría la ejecución de las actuaciones que son de su interés. Y en ejercicio de la función notarial como una empresa, no existen razones dogmáticas para su rechazo.

2. CONTINUIDAD DE LAS ACTUACIONES

Debido a que la función notarial no está radicada en una persona natural concreta y determinada, pudiéndola ejercer un notario titular, suplente, reemplazante o interino, surge el problema de la continuidad de las actuaciones. Esto porque no todas las intervenciones notariales ni los encargos solicitados por los interesados a los notarios se inician y terminan el mismo día y por tanto con idéntico notario. La dificultad se extiende entonces adicionalmente a los casos en que cambia el titular de una notaría.

La cuestión es resuelta por el legislador actualmente en el art. 402 del COT, permitiendo que el reemplazante pueda autorizar las escrituras públicas y dar término a aquellas actuaciones iniciadas por el titular que quedaron pendientes y, al revés, que el titular pueda autorizar las escrituras públicas y dar término a aquellas actuaciones iniciadas por el reemplazante. El art. 127 inciso final del proyecto Bachelet reitera simplemente esta disposición.

Dentro de las actuaciones en que la problemática puede tener lugar, y que más importancia práctica tienen hoy, se encuentran las Instrucciones Notariales. Tanto es así que el nuevo art. 439 ter del COT del primer proyecto de Piñera las regula expresamente, lo que constituye una de las novedades relevantes en la iniciativa.

La norma propuesta califica a las instrucciones notariales de “contrato” entre “los instructores” (art. 439 ter inc. 3°). Si bien la calificación contractual es adecuada, el contrato en realidad se celebra entre los instructores y el notario instruido. Cosa distinta es que la figura tenga la particularidad de que la parte instructora en muchas ocasiones está integrada por dos o más personas con intereses contrapuestos (por ejemplo, comprador y

⁴⁵ “Moción de los honorables senadores señores Aburto, Chadwick, Espina, Moreno y Silva, por medio de la cual inician un proyecto de ley que modifica el código orgánico de tribunales en lo relativo a designación de notario alterno o adjunto”, Boletín N° 3259-07, presentada el 11 de junio de 2003.

vendedor, los que instruyen al notario). El mismo art. 439 ter implícitamente reconoce que es el notario quien hace las veces de contraparte, pues debe expresar su voluntad en orden a aceptar o no las instrucciones (incisos 1º, 4º y 5º).

Ahora bien, según el art. 439 ter propuesto, las instrucciones se dan “a un notario” el que, de aceptarlas, queda “obligado” (inciso 1º). Sin embargo, el notario que acepta las instrucciones no es necesariamente el notario que tendrá que cumplirlas. De hecho, en la práctica es habitual que las reciba el titular y las deba cumplir el suplente, o viceversa. El punto deja en evidencia que las instrucciones notariales no pueden ser un contrato *intuitu personae*, y que hay dificultades respecto de las cuales el referido proyecto no se pronuncia.

Lo que sí es claro es que, cumplidos los requisitos fijados por el o los instructores, el notario que esté presente en la notaría a la que se le entregaron instrucciones, tendrá que ejecutarlas, aunque no las haya recibido. Surge entonces la pregunta respecto de las razones jurídicas que fundamentarían esta obligación. Por nuestra parte, hemos respondido que ello se debe a que las instrucciones notariales son un contrato por cuenta de quien corresponda; es decir, se contrata para quien ejerza la función notarial en el momento que las mismas sean exigibles⁴⁶. El notario Álvarez, en un artículo publicado el año pasado, contradice mi postura, y prefiere fundamentar los efectos de las instrucciones notariales en el art. 402 del COT⁴⁷.

Pero las discusiones jurídicas que pueden darse en torno a las instrucciones notariales no les interesan ni las entienden los usuarios. En la realidad, estos creen más bien que han contratado con la notaría en vez de que con un notario determinado. Es más, a los instructores no les interesa qué notario en concreto las recibió y qué notario en concreto las cumpliría. Su entendimiento es que se han vinculado con una organización, habiendo sido atendidos por su personal. De modo que sería más transparente y claro, y se superarían fácilmente las dificultades, salvando la continuidad en el cumplimiento de las instrucciones notariales, si se estableciera derechamente que se contrata con el establecimiento notarial, asumiendo este la responsabilidad a su respecto; o sea, los problemas se presentan jurídicamente porque hasta el momento a la organización no se le reconoce personalidad jurídica.

⁴⁶ ROSSO ELORRIAGA, Gian Franco, “Instrucciones notariales’ como comisiones de confianza. Corte de Apelaciones de Santiago, 26 de septiembre de 1988, Rol N° 207-88”, en Ian HENRÍQUEZ HERRERA (Coord.), *El Mandato. Ensayos doctrinarios y comentarios de jurisprudencia*, Santiago, LegalPublishing, 2013, p. 90.

⁴⁷ ÁLVAREZ, “Extensión de las obligaciones”, cit., p. 86.

3. CONTINUIDAD EN LOS PROTOCOLOS Y DOCUMENTOS EN CUSTODIA

Por más que la función notarial la ejerza un notario persona natural, los protocolos y documentos referidos a las actuaciones notariales pertenecen a la notaría (art. 436 del COT). De manera que en caso de pérdida, robo o inutilización de los mismos, cualquiera que sea el notario que esté ejerciendo las funciones de tal, deberá dar cuenta inmediatamente al ministerio público.

Asimismo, los documentos que tiene o se le entregan al notario para su custodia, en realidad han sido entregados a la notaría y no a la persona del notario como tal. Por ello deben permanecer en su oficio, incluso con medidas de seguridad, como bóvedas contra incendio (arts. 434 y 435 del COT). No podría un notario determinado entender que son de su propiedad, pues a él se los confiaron, y proceder a guardarlos donde le plazca.

Desde luego, en caso de cambio de notario titular, y de que el nuevo notario decida establecer su oficio en otro inmueble, deberá llevarse los protocolos y documentos que correspondan a la respectiva notaría.

Nuevamente, la continuidad en la materia resulta más clara y segura cuando se visualiza al establecimiento notarial como receptor y guardián de los protocolos y documentos, como titular y responsables de los mismos, que sobrevive a las personas naturales, en vez de la situación actual.

4. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS NOTARIOS

La configuración actual de la institucionalidad notarial exige la regulación de la responsabilidad de los notarios reemplazantes propuestos por el titular por sus actuaciones, atribuyéndosela el art. 402 del COT a este último. Lo mismo se establece en el art. 478 del COT respecto de los notarios suplentes. El proyecto de Bachelet introduce una modificación en la materia, estableciendo la responsabilidad solidaria del notario titular con los subrogantes (art. 127).

Respecto del particular, es posible comentar que la responsabilidad civil de los notarios se colocó especialmente en el tapete en virtud del caso “Pesce c/ Rivera y otra” fallado por la Corte Suprema, en el que se condenó solidariamente a los notarios titular y suplente al pago de la respectiva indemnización de perjuicios⁴⁸. Si bien son criticables las exigencias de diligencia impuestas a los notarios en esta causa, lo relevante es que el notario titular fue en definitiva condenado por una responsabilidad derivada del incumplimiento de la función notarial por parte de la organización y no por una responsabilidad nacida de su actuación individual como persona natural.

⁴⁸ CS, sentencia de fecha 24 de octubre de 2016, Rol N° 14317-2016, LegalPublishing, CL/JUR/7236/2016.

En efecto, la culpa, a decir de la Corte de Apelaciones de Valparaíso y de la Corte Suprema, se produjo por el hecho que el notario suplente recibió una denuncia escrita que la perjudicada dirigía a la notario titular y conservadora, en orden a que un señor estaba tratando de vender fraudulentamente dos sitios de su propiedad ubicados en la Laguna de Zapallar, que no estaban a la venta y respecto de los cuales no se había entregado poder alguno. Igualmente, con anterioridad, se habían contactado telefónicamente con una funcionaria, quien al ser puesta en conocimiento de la situación, verificó que hasta ese momento no existía transferencia de los sitios, aunque confirmó que constaba requerimiento de copia de documentos por parte de quien finalmente había terminado consumando el fraude. No obstante estos antecedentes, no se habrían tomado las medidas de seguridad tendientes a evitarlo.

Así como los antecedentes del posible fraude fueron recibidos por miembros de la organización, solo por la reacción de sus distintos integrantes, en virtud de diversos procedimientos internos que pudieron existir, de su coordinación y de la canalización de la información, podrían haber evitado el perjuicio a la víctima. Es decir, fue la organización la que recepcionó los antecedentes, era la organización la que pudo impedir el daño y fue por la falta de diligencia de la organización que se condenó a los notarios. En el caso, poco se aprecia de la responsabilidad de un notario persona natural.

Por lo mismo, la insistencia de regular la responsabilidad civil personal de los notarios guarda poca relación con la situación de la actividad notarial actual. La nueva normativa debe apuntar a la responsabilidad civil del establecimiento más que a la de alguno de los notarios que haya participado en el hecho que la generó. En este sentido, no nos parece adecuado ni acorde con los tiempos establecer que los notarios responderán por los perjuicios que dolosa o culposamente causen en el desempeño de sus funciones pero no por los actos de aquellos que le hubieren precedido “en el oficio”; o bien que los notarios responden por las faltas, defectos o deterioros de los registros mientras los conserve en su poder, como lo hace el proyecto de Bachelet (arts. 117 y 141).

Estas responsabilidades personales del notario no están conformes con lo que hoy es la institución notarial; con la circunstancia que los usuarios operan con una notaría y no con un notario; y con las exigencias de la necesaria continuidad del servicio.

VI. CONFIGURACIÓN DE LOS ESTABLECIMIENTOS NOTARIALES COMO PERSONAS JURÍDICAS

El reconocimiento de la actual situación de la función notarial, la superación de dificultades prácticas y de reglamentación como las señaladas en precedencia, así como muchas otras del actual sistema, exigen dar un

paso adelante en la institucionalidad notarial, estableciendo una nueva organización jurídica privada que deje atrás la histórica identificación legal entre el número de notarios y de notarías; supere la pretendida identificación entre notarios y notarías; y regule la necesidad de profundizar la separación entre las calidades de notario y las notarías que en la práctica tiene lugar en varias situaciones.

Al respecto, nos parece que se debe avanzar distinguiendo, por una parte, entre los requisitos y procedimientos para el nombramiento de quienes tendrán la calidad de notarios; y, por otra, la organización en la que los notarios designados actuarán.

En cuanto a lo primero, es un hecho que una futura reforma al notariado deberá contemplar un nuevo sistema de nombramiento de notarios. En este sentido, se tendría que establecer un proceso de calificación de sus antecedentes, que incluirá o no exámenes de conocimientos (aunque parece deseable que sí se exijan) y un órgano o autoridad que lleve adelante el proceso que culmine con los respectivos nombramientos (que podrán o no seguir siendo los tribunales de justicia junto con el Presidente de la República o bien, otro organismo, como el Ministerio de Justicia, un servicio existente distinto a este, un nuevo órgano que se cree para tales efectos, etc.). Lo relevante es que a los notarios designados se les reconozca institucionalmente la calidad de tales, que esta calidad sea certificada y que dicha información se conserve y publicite a través de un registro público de personas habilitadas para ejercer el cargo de notario.

Sin embargo, no resulta necesario ni conveniente para el interés social que las personas que obtienen la habilitación para desempeñar la profesión de notario deban ser asignadas obligatoria e inmediatamente a una notaría en calidad de titulares, como hoy ocurre. En este sentido, quienes alcanzan la cualificación notarial perfectamente pueden mantenerse en el registro a la espera de ser llamados a ejercer en el futuro como notarios. En otras palabras, el ejercicio de la labor notarial de los profesionales calificados para ella debiera quedar condicionado a los requerimientos de la población y del tráfico jurídico en los territorios jurisdiccionales respectivos.

De esta manera, si surge la necesidad de aumentar el número de notarías, podrían asignarse como titulares, y conforme con un sistema de asignación objetivo preestablecido por la ley, a algunos de los notarios previamente habilitados para ejercer como tales. Lo mismo para el caso de que se generara una vacancia en la titularidad de una notaría. Igualmente, las nominaciones para ejercer como notario suplente, reemplazante, interino o adjunto, recaerían en abogados habilitados y registrados como notarios, de acuerdo con las circunstancias previstas por el legislador para cada caso (esto, ciertamente, si se mantuvieran estas categorías de notarios en una futura reforma).

En síntesis, el país contaría con un contingente permanente de profesionales calificados para el ejercicio de la actividad notarial, que le

permitiría cubrir permanente, oportuna y eficazmente las necesidades y urgencias que surjan respecto del servicio notarial en alguno de los territorios jurisdiccionales que se contemplen.

Cabe advertir en todo caso que lo expresado no constituye ninguna novedad ni menos una rareza, pues se trata por ejemplo del sistema que opera en Francia, el que, si bien es conocido en Chile⁴⁹, no se le ha prestado la debida atención al momento de pensar en una reforma al sistema notarial.

En efecto, en el país galo se distingue efectivamente entre los “Oficios de Notarios” (notarías) y los notarios propiamente tales. Los Oficios son fijados por el Ministerio de Justicia según las específicas necesidades de cada territorio, de manera que existe variabilidad en su número, ya sea aumentando o bien disminuyendo. Respecto de los notarios, si bien el mismo Ministerio se encarga de su nombramiento, este no conlleva el derecho a ser designado como titular de un Oficio⁵⁰. Consiguientemente, existen notarios “titulares de notarías” y notarios que no tienen esta calidad. Estos últimos se desempeñan entonces como “colaboradores” de otros notarios; como socios de un titular; por medio de una sociedad titular de la que son socios; o bien quedan a la espera de poder ejercer por una de estas vías⁵¹.

⁴⁹ La Asociación de Notarios y Conservadores de Chile se ha preocupado de dar a conocer el sistema francés en nuestro país. Por ejemplo, el notario François Trémosa, representante de Toulouse, expuso en una actividad organizada por dicha Asociación. <http://www.notariosyconservadores.cl/contenidos/noticias/destacado-notario-frances-expone-en-importante-jornada-academica> (Consultado, 2 de marzo de 2018). Queinnec, María Luisa, “El notariado francés y la historia”, en *Revista de la Asociación de Notarios y Conservadores de Chile*, 2001, N° 10, pp. 39-42.

⁵⁰ Según “Le Conseil supérieur du notariat”, al 30 de noviembre de 2017 existían 5.411 Oficios, sin perjuicio de 1.356 sucursales. En cambio, los notarios designados ascendían a 11.630, de estos, 7.308 ejercían como socios en alguna de las 3.292 sociedades notariales. Vid. <https://www.notaires.fr/fr/le-notariat-en-chiffres> (Consultado el 2 de marzo de 2018).

⁵¹ En Francia, al igual que en Chile, la tradición había sido que un notario, persona natural, fuese titular de una notaría. La Ley 66-879 de 1966 cambió tal tradición, pues permitió que los notarios ejercieran sus funciones mediante sociedades constituidas para estos efectos. La Ley 90-1258 de 1990 acerca de nuevas formas de ejercicio de las profesiones liberales, profundizó aún más el nuevo sistema notarial, ya que sus disposiciones son igualmente aplicables a los notarios.

En este nuevo contexto, conviven distintas situaciones que en la práctica tienen o pueden llegar a tener lugar respecto del ejercicio de la actividad notarial.

Así, nos encontramos por una parte con notarías en que el titular del Oficio es un notario persona natural, que puede ejercer su actividad en forma individual, conforme con la tradición, o bien junto con otros notarios a los que contrata. Asimismo, Notarías que si bien tienen por titular a un notario persona natural, ejerce su profesión por medio de una sociedad constituida con otros notarios.

Por otra parte, encontramos notarías en que la titularidad del Oficio es entregada directamente a una sociedad constituida por notarios, y no a uno de ellos como persona natural. Esta situación tiene a su vez variantes.

Es posible que la sociedad de notarios (que no son titulares de ninguna notaría), sea nombrada en reemplazo del titular de un Oficio ya existente; o bien, que sea nombrada como titular de un nuevo Oficio que se crea; o por último, como titular de un Oficio que está vacante. Es posible señalar que en todas estas variantes, en virtud de que la sociedad es constituida

En todo caso, la idea no es desconocida en Chile. El proyecto de Bachelet contempló un intento por distinguir más claramente a los notarios de las notarías, aunque no suficientemente en nuestro concepto. Según la referida iniciativa, se crearía un “Registro Único de Notarios y Conservadores” llevado por una nueva Superintendencia, el que comprendería a las personas que hayan aprobado el examen de conocimientos dispuesto por el citado organismo (art. 279). Si bien mantenía la facultad el Presidente de la República de nombrar a los notarios, la designación la realizaría en base a una terna preparada por el Consejo Asesor de la Superintendencia conforme con los resultados de concursos públicos llevados adelante para la provisión del cargo de notario (arts. 120 y 274). No existiendo oferentes de series inferiores de notarios, podrían participar quienes, cumpliendo los demás requisitos, estuviesen inscritos en el Registro (art. 122). Asimismo, se consideraba expresamente que los notarios suplentes fueran nombrados entre los inscritos en él (art. 275). Luego, adquirir la calidad de notario y estar registrado como tal no significaba la concesión inmediata de la titularidad de una notaría. Incluso, teóricamente, ello jamás podría haber tenido lugar, si quien alcanzó la calidad de notario, no lograba posteriormente llegar a la terna formada tras un concurso público con tal finalidad.

En cuanto a la organización a través de la cuales se ejerce la función notarial, debiera considerarse seriamente en nuestro concepto la eliminación, del hasta ahora dogma, que prescribe que debe existir identificación entre un notario y una notaría. Sobre la mantención de esta regla, pueden invocarse infinidad de razones, pero ninguna fundada en el interés social y las necesidades de los usuarios. Estos, especialmente en las zonas urbanas más densamente pobladas, requieren servicios más eficientes y expeditos. La introducción de modernas tecnologías y de la firma electrónica han

antes del otorgamiento de la titularidad de un Oficio, dicha constitución queda sujeta a la condición suspensiva de ser aceptada y nombrada como notario por la Cancillería.

En todo caso, cabe la posibilidad de que un notario persona natural que ya es titular de un Oficio, constituya una sociedad notarial, de modo que la titularidad sea ejercida por esta. En este caso, si bien la titularidad con que contaba el socio es suprimida, se entiende aportada a la sociedad. Empero, no es obligatorio que la sociedad que forma el notario sea designada como titular del mismo Oficio del que era titular. Perfectamente podría ser nombrada titular en otro Oficio, del mismo territorio jurisdiccional o de otro distinto. Si así ocurriera, la titularidad que existía para el socio resulta suprimida. Se trata eso sí de un caso de poca ocurrencia, pues el asiento del Oficio puede ser transferido dentro del departamento respectivo, de manera que es una variante de poco interés.

Finalmente, la sociedad puede ser constituida por varios notarios personas naturales que ya gozan de la titularidad en sus propios Oficios. Si así procedieran los notarios, normalmente la sociedad será designada como titular de uno de los Oficios en que tenía tal calidad uno de los socios, suprimiéndose los otros (aunque se ha reconocido la facultad al Consejo de Estado de rechazar esta supresión). Nada impide en todo caso que la titularidad se conceda respecto de un nuevo Oficio. Lo dicho es igualmente aplicable al caso en que varias sociedades, ya titulares en sus Oficios correspondientes, constituyan una nueva sociedad. En este caso, desde el punto de vista societario, tendrá lugar una fusión de ellas.

permitido indudablemente avances en la materia⁵². Pero esto no basta. Se requieren más notarías, más notarios o ambas cosas según la ciudad de que se trate.

En este contexto, resulta necesario explorar otras alternativas a la configuración actual de la institucional notarial, particularmente respecto de su orgánica. Una de las posibilidades más interesantes a nuestro juicio es que la ley permita (e incluso imponga en ciertos territorios jurisdiccionales) que los titulares de establecimientos notariales sean sociedades de notarios (y por esta razón, personas jurídicas), con el fin de mantener efectivamente, en todo sentido y en todo momento, la continuidad de la función notarial⁵³. Como ocurre con otras actividades en Chile donde participan profesionales que certifican y dan fe de ciertos hechos o acontecimientos, el Estado otorgaría un licenciamiento a las respectivas sociedades para que ejerzan la labor notarial. Estas serían por tanto los sujetos delegatarios de la fe pública (pilar fundamental del emprendimiento notarial), y no los notarios, en cuanto socios o dependientes de la respectiva notaría. Esto último en caso alguno implica alterar la responsabilidad individual penal, la que debería seguir recayendo en el profesional persona natural que participó en la respectiva actuación.

El proyecto Bachelet incursionó tímidamente en esta línea, al establecer en su art. 119 que los notarios podrían actuar como EIRL, de conformidad con la Ley N° 19.857. La idea no tenía mayores pretensiones, pues solo perseguía permitir a los notarios aprovechar algunas ventajas asociadas a las empresas constituidas como personas jurídicas, entre las cuales destacaba la posibilidad de capacitar a sus trabajadores con los beneficios tributarios del SENCE. En todo caso, la propuesta no modificaba la responsabilidad patrimonial de los notarios, pues igualmente estos quedaban sujetos sin limitación alguna a la obligación resarcitoria derivada de actos u omisiones dolosas o culposas ejecutados en el ejercicio de su función notarial.

La admisión de notarías como personas jurídicas no constituiría un cambio radical respecto de la actual realidad, en especial aquella que tiene lugar en las comunas más pobladas del país. Como se ha dicho, los usuarios en la práctica ya efectúan tratativas y se relacionan con el establecimiento notarial y no con el notario presente. En este sentido, la institucionalidad notarial estaría más acorde con el carácter de empresa que hoy se les asigna a los notarios. Pero además, y es lo relevante, una configuración tal permitiría satisfacer efectivamente los requerimientos

⁵² Mediante Auto Acordado de la Corte Suprema, AD 415-2008, de fecha 17 de septiembre de 2008, se otorgó la autorización a notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales para que comenzaran formalmente las operaciones con firma electrónica avanzada, conforme con lo previsto en el Auto Acordado acta 163-2006 del mismo tribunal respecto de uso de documentos y firma electrónica por dichos auxiliares de la administración de justicia.

⁵³ Así como tiene lugar en Francia. Vid. *supra* 51.

de servicio de los interesados, así como la necesidad de una continuidad jurídica en el servicio notarial.

En efecto, la titularidad de personas jurídicas de los establecimientos notariales permitiría transparentar el trabajo de dos o más notarios en ellos. El notario constituido como EIRL podría contratar otros notarios calificados y registrados en calidad de dependientes para que le colaboren en el ejercicio de la función notarial (incluso temporalmente). Si en cambio se tratase de una sociedad, dicha función sería ejercida por dos o más socios (sin perjuicios de contratar además otros notarios colaboradores).

La ampliación del número de notarios por la vía antes señalada llevaría desde luego a la agilización de los trámites en cada notaría; permitiría que se entregaran más funciones a los notarios; e incluso, hasta podría mejorar la inmediación con las partes, si se deseara insistir en esta característica que tradicionalmente se les reconoció a los notarios. Pero en lo fundamental aseguraría la presencia de notarios en el establecimiento, ya sea por la ausencia de alguno de ellos por su concurrencia a lugares ubicados fuera del oficio (por asistencia a juntas de accionistas, por levantamiento de actas notariales u otras funciones de la profesión); o bien debido a enfermedades, descansos, vacaciones, inhabilidades y otras causas. De paso, el problema de la suplencia, reemplazo, subrogación o interinato se acaba, pues estas figuras no serían necesarias.

Sin perjuicio de la responsabilidad penal individual, la responsabilidad civil que pudiere surgir de las actuaciones de los notarios empresarios, socios o colaboradores dependientes, debiera ser asumida por la persona jurídica respectiva, según ya se adelantó. La admisión a la constitución de personas jurídicas que asuman la titularidad de un establecimiento notarial debiera conllevar la exigencia de un capital que permita la ejecución en él de acciones de reparación o, con el mismo objeto, de provisiones mensuales que permitan reunir un fondo de garantía. Alternativamente, siempre existe la posibilidad de introducir seguros de responsabilidad civil obligatorios estandarizados.

Desde luego, respecto de estas personas jurídicas tendrían que establecerse restricciones acordes a la naturaleza de la función. Así, a modo de ilustración, solo podrían ser constituidas estas personas jurídicas por notarios calificados y registrados, o sus derechos o acciones transferidos a personas que gocen de idéntica calificación. Igualmente, a la muerte de uno de los socios, los derechos o acciones no podrían ser ejercidos por los herederos, debiendo imponerse a estos la obligación de venta de los mismos, sea a los socios supérstites, sea a terceros. En esta línea, si se permitiera que los notarios se constituyeran como EIRL, a efectos de resguardar la continuidad del servicio, no debiera aplicárseles como causal de disolución la muerte del notario (art. 15, e., Ley N° 19.857). Asimismo, por la misma razón, tendría que imponérseles la contratación de notarios dependientes que le colaboren al notario empresario.

Finalmente, alternativamente o bien como complemento de la admisión de las personas jurídicas como titulares de establecimientos notariales, existe la posibilidad de acoger en nuestro país la figura de las sociedades profesionales de notarios. Es decir, sociedades entre notarios (o sociedades) titulares de notarías.

Se trata de una figura admitida en Europa, que también podría dar nuevos impulsos a la actividad notarial en Chile. Es evidente que dos o más notarios asociados pueden realizar esfuerzos económicos superiores a las posibilidades individuales. De la misma forma, adquisiciones de equipamiento, insumos o servicios por volúmenes, así como compras o arriendos de inmuebles y asunción de los gastos respectivos de un modo asociado, pueden permitir ahorros relevantes, todo en vistas de lograr servicios de mayor calidad para los usuarios. El “Sistema de Información Registral Interconectada” (SIRI) de propiedad de la Corporación de Conservadores de Chile y el “Sistema Informático Gestión Notarial” de la Asociación de Notarios y Conservadores de Chile, constituyen buenos ejemplos de los frutos que el trabajo asociativo puede alcanzar en favor del desarrollo de la propia actividad. Sin embargo, las Sociedades de Profesionales no solo facilitarían las inversiones, sino que también permitirían compartir las utilidades de la sociedad entre los socios. Ello importa un incentivo interesante que podría significar cambios y modernizaciones relevantes en la actividad, todo una vez más en favor de los usuarios de los servicios notariales.

**EL NOTARIO COMO AUXILIAR DE LA
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LA
ADECUACIÓN DEL SISTEMA DE SANCIONES
Y DE FISCALIZACIÓN EN EL PROYECTO QUE
MODERNIZA Y FORTALECE EL FUNCIONAMIENTO
DEL SISTEMA REGISTRAL Y NOTARIAL**

MAITE AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN

*Doctora en Derecho
Profesora de Derecho Procesal
Universidad de los Andes*

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 399 de nuestro Código Orgánico de Tribunales define a los notarios como los “ministros de fe pública encargados de autorizar y guardar en su archivo los instrumentos que ante ellos se otorgaren, de dar a las partes interesadas los testimonios que pidieren, y de practicar las demás diligencias que la ley les encomiende”.

En nuestra legislación la figura se encuentra regulada como un auxiliar de la administración de justicia, lo que remarca en la función que cumple como coadyuvante en el desarrollo de la función jurisdiccional.

La labor de los notarios se encuentra supervigilada por las Cortes de Apelaciones y su fuente legal principal sigue encontrándose en el Código Orgánico de Tribunales que regula materias como el mecanismo para su nombramiento, sus funciones, organización e inhabilidades.

En lo que respecta a la naturaleza de su función, “si bien es un funcionario público algo extravagante, en el sentido que no es remunerado por el Estado sino por sus clientes, queda supeditado al control disciplinario de las respectivas Cortes de Apelaciones”¹, agregando Peña y Velozo que “no son formalmente funcionarios de la administración del Estado, pero

¹ PIZARRO, Carlos, “La responsabilidad civil de los notarios en Chile”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 18 (2011), 2, p. 140.

están afectos a un régimen disciplinario y sujetos al sistema de calificaciones del Poder Judicial”².

El sistema chileno se enmarca dentro de lo que se conoce como un notariado de corte latino³, en que se dota al notario “de un especial estatuto jurídico y se le encomiendan unas específicas funciones en el tráfico jurídico, de tal modo que el notario sobrepasa el concepto de función para convertirse en una institución”⁴.

Así, nos encontramos ante un funcionario público⁵, profesional del derecho, dedicado al ejercicio de la fe pública en las relaciones de derecho privado que los particulares traten de establecer.

En lo que respecta a sus funciones y en sentido amplio, señala Figueroa, los notarios “cumplen diversos roles: dan validez y registran actos jurídicos de relevancia para la sociedad; actúan como representantes de la fe pública respecto de determinadas transacciones y, en ocasiones, cooperan con la función jurisdiccional de los tribunales”⁶, agregando que varias de estas acciones buscan entregar certidumbre a las relaciones jurídicas y a los derechos de propiedad.

A lo anterior agrega Peña y Velozo que “la demanda por servicios notariales nace, la mayor parte de las veces, por requerimientos legales”⁷, porque cumplen una función para la que existe una demanda garantizada por ley.

Ratifica este criterio Casarino, cuando señala que “las funciones esenciales de los notarios consisten en intervenir en el otorgamiento de las escrituras públicas y en la expedición de las copias respectivas”⁸.

La doctrina más actual ha querido darle también un rol preponderante en el sentido que el adecuado cumplimiento de sus funciones permitiría descongestionar el sistema judicial, o incluso asumir funciones que hoy se encuentran radicadas en sede jurisdiccional.

² PEÑA, Julio y VELOZO, Javier, “Auxiliares de la administración de justicia: ¿monopolios de privilegio?”, en *Observatorio económico de la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad Alberto Hurtado*, N° 7 (2007), p. 2.

³ En que el notario cumple una función pública de ofrecer garantías jurídicas. Se contraponen al sistema anglosajón, en que el notario no necesariamente es abogado, por cuanto no posee la función ya señalada, sino que muchas veces se limitan a la certificación de firmas.

⁴ JIMÉNEZ CLAR, Antonio, *Temas de derecho notarial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 21.

⁵ Con las particularidades ya señaladas.

⁶ PEÑA, Julio y VELOZO, Javier, “Auxiliares de la administración...” cit., p. 1. Agregan los autores que la labor de los notarios ha contribuido a que Chile destaque por los niveles de certeza jurídica alcanzados pero que en la actualidad se trata de un sistema que ha perdido transparencia en la información que llega al público. Así también lo refrenda la Constitución Política Española cuando en su artículo 9.3 establece que “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

⁷ PEÑA, Julio y VELOZO, Javier, “Auxiliares de la administración...”, cit. p. 2.

⁸ CASARINO, Mario, *Manual de Derecho Procesal*, Santiago, Editorial Jurídica, 2015, p. 106.

Así por ejemplo ha sucedido en legislaciones comparadas, en donde los notarios han ido adquiriendo competencias en materias de jurisdicción no contenciosa⁹.

II. PRINCIPIOS QUE REGULAN LA ACTIVIDAD NOTARIAL

Entendemos que la sistematización que el proyecto propone en cuanto a la fiscalización y sanciones responde a una mejor explicación de los principios básicos que regulan la actividad del notario, a saber, el principio de veracidad, el principio de legalidad y el principio de profesionalidad, de donde también deriva el catálogo de responsabilidades que los regula.

En lo que respecta al primero, señala Rodríguez que constituye el principal efecto de la función notarial, esto es, la fe pública, y que implica “que lo que el notario plasma en el documento es verdad (exactitud) y toda la verdad (integridad) en relación con el negocio jurídico que se recoge, para lo cual previamente ha de indagar la voluntad de los otorgantes y emplear su experiencia, sus conocimientos jurídicos y su autoridad moral”¹⁰.

En cuanto a la legalidad que debe regir la función notarial, señala el autor antes citado que sería complementario del principio anterior, porque “de nada serviría que el ordenamiento reconociera la veracidad de lo que se ha otorgado en presencia de un notario, si este no hubiera realizado una actuación más, consistente en adecuar el negocio a lo querido por el ordenamiento jurídico”¹¹.

En lo que respecta al principio de profesionalidad¹², señala Rodríguez que se refiere ya a un aspecto privado del ejercicio de la función pública de notario pero no por ello menos necesario, porque la función se ajusta, como ya se señaló, al principio de la legalidad.

⁹ Un caso emblemático es la legislación notarial española, que mediante la Ley N° 15/2015 procedió a modificar varios diversos artículos de la ley del Notariado, otorgando la competencia exclusiva a los notarios para conocer de los denominados expedientes marítimos de jurisdicción voluntaria, en asuntos como la consignación, gastos ocasionados con el transporte o equipaje, protestas por incidencias por viaje, liquidación de la avería gruesa y las averías en los efectos que carga un buque.

¹⁰ RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “El principio de legalidad”, en *El Notario del Siglo XXI*, N° 15, (2007) septiembre-octubre, disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-15/2289-el-principio-de-legalidad-0-7787505917053209> (consultado el 30 de septiembre de 2017).

¹¹ RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “El principio de legalidad”, en *El Notario del Siglo XXI*, N° 15, (2007) septiembre-octubre, disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-15/2289-el-principio-de-legalidad-0-7787505917053209> (consultado el 30 de septiembre de 2017).

¹² RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “El principio de profesionalidad”, en *El Notario del Siglo XXI*, N° 16, (2007), noviembre-diciembre, disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-16/2176-el-principio-de-profesionalidad-0-6963758186403437> (consultado el 30 de septiembre de 2017).

A este principio se adscribe también, en palabras de este autor, el respeto por la libre elección¹³ en el acceso de los usuarios al servicio notarial, porque ello garantizaría la imparcialidad del notario como ministro de fe.

Agrega Rodríguez que “es precisamente este principio el que diferencia al notario de otras profesiones liberales, fundamentalmente abogados y asesores, porque, a diferencia de estos, el notario no tiene clientes en sentido estricto o, mejor dicho, todos los otorgantes de un documento son sus clientes, porque todos son usuarios del servicio público notarial”¹⁴.

III. LA RESPONSABILIDAD DEL NOTARIO Y EL ACTUAL SISTEMA DE SANCIONES CONTEMPLADO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE TRIBUNALES

Como profesional del Derecho, el notario actúa con total sujeción a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Debe interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactar los instrumentos adecuadamente, y conservar los originales, dar fe y garantizar la certeza y seguridad de las relaciones jurídicas¹⁵.

La función notarial, por tanto, está enmarcada por un sistema complejo de responsabilidad, y los notarios responden por todas las faltas, ya sea de hecho o de derecho.

1. ACTUAL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PREVISTO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE TRIBUNALES

Nuestro actual sistema no posee una adecuada sistematización de las conductas que infringen la labor notarial y sus respectivas sanciones, situación que el proyecto en comento trata de resolver categorizando dichas sanciones de modo funcional.

Comentario aparte merece el tratamiento de la responsabilidad civil del notario, ya que esta no posee regulación normativa alguna en nuestra legislación, lo que ha llevado a autores como Pizarro a señalar que en nuestro país “la responsabilidad civil de los notarios es un misterio. No

¹³ RODRÍGUEZ ADRADOS A., “El principio de libre elección”, en *El Notario del Siglo XXI*, N° 18 (2008), marzo-abril, disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-18/2074-el-principio-de-libre-eleccion-0-9360306746661948> (consultado el 30 de septiembre de 2017).

¹⁴ RODRÍGUEZ ADRADOS A., “El principio de imparcialidad”, en *El Notario del Siglo XXI*, N° 18 (2008), mayo-junio, disponible en <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-19/2006-la-imparcialidad-del-notario-atributo-inescindible-de-su-funcion-0-30086506372398236> (consultado el 30 de septiembre de 2017). Con ello también se lograría una adecuada imparcialidad del notario, por cuanto debe intentar un adecuado equilibrio entre todos los intervinientes.

¹⁵ Cfr. ABELLA, Adriana, *Derecho Notarial. Derecho documental. Responsabilidad notarial*, Buenos Aires, Zavalía, 2005, p. 119.

hay doctrina disponible que se ocupe del asunto, ni tampoco se ha presentado en la práctica jurisprudencial una inquietud al respecto. Como es evidente, no existe ninguna legislación particular sobre la materia”¹⁶.

2. LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

Los notarios son susceptibles de ser sancionados mediante la aplicación de las medidas disciplinarias que rigen para todos los auxiliares de la administración de justicia¹⁷, pero también cuentan con un catálogo propio de infracciones y sanciones, contemplado en el artículo 440 del COT.

Así, las conductas previstas en esa norma admiten sanciones de distinta graduación, así como la amonestación, la censura o la suspensión, correspondiendo la competencia para su aplicación a la Corte de Apelaciones del respectivo territorio jurisdiccional donde los notarios ejerzan sus funciones.

Excepcionalmente, el Código Orgánico de Tribunales ha previsto la exoneración de su cargo si el notario en un período de dos años reincide en alguna de las siguientes conductas: insertar en el protocolo escrituras o instrumentos sin haber dado cumplimiento a las exigencias contenidas en los artículos 405 y 430 del COT¹⁸; si una escritura pública deja de tener dicha calidad por negligencia o culpa del notario en virtud de cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 426

¹⁶ PIZARRO, C., “*La responsabilidad civil...*”, cit. pp. 137-138.

¹⁷ Lo que haría aplicable la norma contenida en el artículo 496 inciso 1° del COT, en lo relativo a las causas de suspensión de sus funciones y agregando el inciso 2° de dicho artículo que en el caso de los notarios también podrá ser suspendido de sus funciones por sentencia judicial que imponga la pena de suspensión, y en los casos de remoción o expiración en el cargo, en este último caso, por incurrir en alguna de las incapacidades establecidas por la ley, en los casos del artículo 332 N° 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 11, cuando resulten aplicables, en el caso de aceptación de otro cargo o empleo remunerado con fondos fiscales y por inhabilidad sobreviniente en los 4 primeros casos del artículo 256, según lo dispone el artículo 494 inciso 1° COT).

¹⁸ Que disponen que las escrituras públicas deberán otorgarse ante notario y podrán ser extendidas manuscritas, mecanografiadas o en otra forma que leyes especiales autoricen. Deberán indicar el lugar y fecha de su otorgamiento, la individualización del notario autorizante y el nombre de los comparecientes, con expresión de su nacionalidad, estado civil, profesión, domicilio y cédula de identidad, salvo en el caso de extranjeros y chilenos radicados en el extranjero, quienes podrán acreditar su identidad con el pasaporte o con el documento de identificación con que se les permitió su ingreso al país. Y todo notario llevará un libro repertorio de escrituras públicas y de documentos protocolizados en el que se dará un número a cada uno de estos instrumentos por riguroso orden de presentación. Cuando se tratare de escrituras, se dejará constancia en este libro de la fecha en que se efectúa la anotación; de las partes que la otorgan, a menos que sean más de dos, pues en este caso se indicarán los nombres de los dos primeros comparecientes, seguidos de la expresión “y otros”, del nombre del abogado o abogados si la hubieren redactado y de la denominación del acto o contrato. Tratándose de documentos protocolizados, se dejará constancia de la fecha en que se presenten, de las indicaciones necesarias para individualizarlos, del número de páginas de que consten y de la identidad de la persona que pida su protocolización.

del COT¹⁹; si no cumpliere con lo dispuesto por el artículo 421 del COT relativo a la competencia para otorgar copias autorizadas o documentos protocolizados, o no cumpliera con su obligación de salvar las palabras interlineadas, enmendadas o sobrepasadas establecidas en el artículo 411 del COT²⁰; si por su culpa o negligencia se pierde un protocolo y, por último, si falta a las obligaciones establecidas en los numerales 7 y 8 del artículo 401 del COT y lo dispuesto por el artículo 440 de ese mismo cuerpo legal²¹.

3. LA RESPONSABILIDAD PENAL

En lo que respecta a la responsabilidad penal del notario, se tipifica cuando aquel incurre en los delitos configurados en la ley penal, pero atinentes a su labor en el ejercicio de la función pública²².

Se fundamenta dicha responsabilidad en que el ejercicio de la función notarial está íntimamente ligado a la preservación de un valor superior, y el notario, depositario de la fe pública que incurre en un delito contra esta, perjudica al Estado, dañando a los particulares y a la sociedad²³.

Surge por tanto de la violación a los deberes que vienen estatuidos por la ley, originándose la infracción en los hechos de los notarios que pueden alterar la seguridad jurídica o el orden de la comunidad, siempre y cuando estén tipificados en una norma penal.

Los tres principales deberes del notario en lo que respecta a la veracidad, legalidad y custodia del documento, y a los que ya hicimos referencia, encuentran sus respectivas antítesis en la falsedad, la violación del secreto profesional y la destrucción u ocultación del documento público²⁴.

¹⁹ Que dispone que “no se considerará pública o auténtica la escritura: 1. Que no fuere autorizada por persona que no sea notario, o por notario incompetente, suspendido o inhabilitado en forma legal; 2. Que no esté incorporada en el protocolo o que este no pertenezca al notario autorizante o al de quien esté subrogando legalmente; 3. En que no conste la firma de los comparecientes o no se hubiere salvado este requisito en la forma prescrita en el artículo 408; 4. Que no esté escrita en idioma castellano; 5. Que en las firmas de las partes o del notario o en las escrituras manuscritas, no se haya usado tinta fija, o de pasta indeleble, y 6. Que no se firme dentro de los sesenta días siguientes de su fecha de anotación en el repertorio”.

²⁰ Que establece que “se tendrán por no escritas las adiciones, apostillas, entre renglonaduras, raspaduras o enmendaduras u otra alteración en las escrituras originales que no aparezcan salvadas al final y antes de las firmas de los que las suscriban. Corresponderá al notario, salvar las adiciones, apostillas, entre renglonaduras, raspaduras o enmendaduras u otra alteración en las escrituras originales”.

²¹ Relativos a guardar y conservar en riguroso orden cronológico los instrumentos que ante ellos se otorguen, en forma de precaver todo extravío y hacer fácil y expedito su examen y otorgar certificados o testimonios de los actos celebrados ante ellos o protocolizados en sus registros;

²² Cfr. SIERZ, Susana, *Derecho Notarial Concordado*, Buenos Aires, Di Lalla, 2007, p. 360.

²³ Cfr. ABELLA, A., *Derecho Notarial. Derecho documental...*, cit. p. 169.

²⁴ Cfr. GATTARI, Carlos. *Manual de Derecho Notarial*, segunda edición, Buenos Aires, 2011, p. 261.

Estas infracciones implican que la responsabilidad penal puede hacerse efectiva si se comprueba que el notario ha actuado con malicia en alguno de los hechos descritos en las letras a, b y c del artículo 440 del COT²⁵, siendo castigado con la pena que señala el artículo 193 del Código Penal²⁶.

También se castigará al notario que ejerce sus funciones fuera del territorio jurisdiccional de su competencia, aplicándose en este caso una pena de reclusión menor en cualquiera de sus grados.

Se castiga además la falsedad en la que pueda haber incurrido, autenticando una firma que no corresponda a la de la persona que haya suscrito el documento respectivo.

Si la situación anterior se produce por su negligencia o ignorancia inexcusable, será penado con presidio menor en su grado mínimo o multa de 5 a 10 ingresos mínimos mensuales.

La sanción penal impuesta al notario siempre lleva aparejada la sanción de inhabilitación especial perpetua para el ejercicio del cargo, sin perjuicio de otras penas accesorias²⁷.

IV. PROPUESTAS CONTENIDAS EN EL PROYECTO PARA MEJORAR EL SISTEMA DE SANCIONES Y DE FISCALIZACIÓN DEL SISTEMA NOTARIAL

1. INTRODUCCIÓN

Como ya se señaló, los aspectos que aborda el proyecto 9059-07 buscan modernizar y fortalecer el funcionamiento y la fiscalización del sistema registral y notarial.

Entre otras cosas obliga a estas entidades a funcionar un mínimo de cinco horas diarias y fijar un sistema de turnos para los sábados.

Además, aumenta las fiscalizaciones a estos organismos y sistematiza las sanciones.

²⁵ Esto es, si se insertare en el protocolo escrituras o instrumentos sin haberse dado fiel cumplimiento a las exigencias de los artículos 405 y 430; si por culpa o negligencia deja de tener la calidad de pública o auténtica una escritura en virtud de cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 426; o si no cumpliera con lo dispuesto en el artículo 421 o no cumpliera la obligación de salvar las palabras interlineadas, enmendadas o sobrepasadas establecidas en el artículo 411;

²⁶ Que dispone que "será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo el empleado público que, abusando de su oficio, cometiere falsedad contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica". El fundamento de dicha responsabilidad se encuentra en el hecho que los notarios son profesionales del Derecho y funcionarios públicos, quienes no deben caer en conductas contrarias a la ética o al ordenamiento jurídico.

²⁷ Artículo 445 COT, que dispone que "toda sanción penal impuesta a un notario en virtud de este párrafo, lleva consigo la inhabilitación especial perpetua para el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las otras penas accesorias que procedan en conformidad al Código Penal".

También establece que notarios y conservadores lleven un registro electrónico de los trámites, conformando un archivo digital.

Junto con esto, fija plazos para inscribir los bienes en el Conservador y crea un registro de interdicciones.

2. SISTEMATIZACIÓN DE LAS SANCIONES

Frente a todas las nuevas exigencias, el proyecto también propone sistematizar las sanciones en caso de incumplimientos por parte de los notarios.

Así, además de las medidas disciplinarias como funcionarios auxiliares de la administración de justicia, los notarios, conservadores y archiveros podrán también ser sancionados por motivos como el cobro de los aranceles, el incumplimiento de los horarios de atención, la calidad de esta y el respeto por los plazos de inscripción²⁸.

El notario quedaría sujeto a un doble sistema de responsabilidad: uno de carácter administrativo, compuesto por las sanciones de carácter disciplinario impuestas por las Cortes de Apelaciones conociendo de las respectivas quejas, o por los informes negativos que realice la Corporación administrativa del Poder Judicial como resultado de las visitas y los procedimientos de fiscalización, o mediante el empeoramiento en las calificaciones en la lista de méritos, dificultando así sus posibilidades de ascenso o mantención en el cargo, y otro de carácter infraccional-civil por aplicación de la Ley N° 19.496, acerca de protección del Consumidor²⁹.

3. MEJORAMIENTO DE LA FISCALIZACIÓN MEDIANTE LA CREACIÓN DE UN ÓRGANO DESJUDICIALIZADO

En lo que respecta a la fiscalización, hoy el sistema contempla las visitas judiciales, correspondiendo a los jueces de letras de la jurisdicción ejercer dicha facultad, mientras que en las ciudades asiento de Corte de Apelaciones el ejercicio de esa facultad corresponde a los ministros de la Corte respectiva.

El mensaje rescata las dificultades que supone el desempeño de dicha fiscalización, ya que genera distracción en el desempeño de las funciones jurisdiccionales de los jueces que fiscalizan.

Para paliar este problema, el proyecto propone la creación de “un ente técnico especializado que pueda ejercer esa fiscalización concreta

²⁸ La iniciativa legal contempla además una modificación al artículo 475 inciso 5°. Estos incumplimientos se suman además en nuevos numerales a los ya previstos por el artículo 440 del Código Orgánico de Tribunales.

²⁹ Nótese que el nuevo catálogo de sanciones se repite en el artículo 440 y 475, por lo que las mismas sanciones podrían quedar sometidas a distintas jurisdicciones.

de todos los oficios notariales, registrales y de archivo judicial, con independencia de su situación geográfica, que efectúe la fiscalización”³⁰, manteniéndose el conocimiento y la aplicación de las sanciones en el órgano jurisdiccional respectivo.

Este ente dependería de la Corporación Administrativa del Poder Judicial, insistiendo el mensaje en el “reconocido carácter técnico” del órgano fiscalizador.

En este sentido, el proyecto propone las siguientes medidas:

- a) Excluir tanto a los ministros de Corte como a los jueces de letras de la función de practicar las visitas a notarios, conservadores y archiveros, pero manteniendo la aplicación de medidas disciplinarias de estos auxiliares de la Administración de Justicia bajo la respectiva Corte de Apelaciones.
- b) Radicar en la Corporación Administrativa del Poder Judicial la función de fiscalización *in situ* y remota de los oficios de los notarios, conservadores y archiveros, con plenas facultades de apersonarse en ellos, de solicitarles los antecedentes que fueren necesarios y de consultar en línea el funcionamiento del oficio, y de cuyos resultados deberán informar periódicamente a la respectiva Corte de Apelaciones.

Incluye por tanto una propuesta de modificación del artículo 506 del Código Orgánico de Tribunales, agregando dos nuevas funciones que deberán ser cumplidas por la Corporación Administrativa del Poder Judicial, proponiendo que esta se haga cargo de “brindar apoyo técnico a las Cortes de Apelaciones en materia de fiscalización a notarios, conservadores y archiveros, recibir reclamos de los usuarios y ejercer las visitas de los oficios de estos auxiliares de la Administración de Justicia, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 554 y conforme con las instrucciones que al efecto imparta la Corte Suprema”, y de “administrar el archivo digital de los poderes y mandatos, sus modificaciones o revocaciones, que fueren otorgados por escritura pública, conforme con los instrumentos que les remitan los notarios de acuerdo a la obligación establecida en el artículo 401 N° 12”.

4. OTORGAMIENTO DE COMPETENCIA A LOS JPL PARA CONOCER POR MEDIO DE LA APLICACIÓN DE LA LEY N° 19.496 A ALGUNOS DE LOS SERVICIOS PRESTADOS POR LOS NOTARIOS

Por otra parte, la iniciativa propone la aplicación de la Ley N° 19.496, acerca de protección de los derechos de los consumidores, a los servicios prestados por notarios, conservadores y archiveros.

³⁰ Mensaje N° 176-361, de 6 de agosto de 2013, p. 3.

De este modo el mensaje señala que “se facilitan vías de reclamación, logrando el empoderamiento del propio usuario e instando a su participación más activa en la fiscalización”³¹.

Al respecto, la iniciativa promueve:

- a) La aplicación de las disposiciones de la Ley N° 19.496 a los servicios que presten los notarios, conservadores y archiveros, respecto del cobro excesivo del arancel como del cumplimiento de horarios, cumplimiento de plazos y la atención personal, entre otros. En este sentido, el proyecto pretende la modificación del inciso 5° del artículo 475, que establece la obligación de asistencia de ciertos auxiliares, reemplazando la expresión “en las horas que señalen las leyes y los reglamentos respectivos” por la expresión “como mínimo, de lunes a viernes en un horario no inferior a cinco horas. La Corte de Apelaciones respectiva podrá extender hasta dos horas este horario mínimo para los notarios, cuando hubiere un número insuficiente de notarías para una agrupación de comunas. Los notarios, conservadores y archiveros deberán informar el horario específico de atención y, de manera previa, sus modificaciones, tanto a la Corporación Administrativa del Poder Judicial como al público general, a través del sitio *web* de su oficio y en sus propias dependencias. Los referidos funcionarios deberán estar presentes en sus oficios, al menos, durante el horario mínimo de atención al público”, y agregando que “el incumplimiento de los deberes establecidos en el presente inciso podrán ser denunciadas al Servicio Nacional del Consumidor”.
- b) Lo anterior, según lo señala el Mensaje, significaría que el Sernac podrá recibir reclamos y notificarlos al proveedor, mediar los conflictos, denunciar las infracciones a las instancias jurisdiccionales que correspondan, requiriendo a las notarías informes respecto de los servicios prestados e incluso patrocinar demandas colectivas.

Para la implementación de estas nuevas facultades, el proyecto contempla la modificación del artículo 2° de la Ley N° 19.496, para agregar una letra g), estableciendo que quedan sujetos a las disposiciones de esta ley: “g) Los actos, contratos, actuaciones o trámites ante los notarios, conservadores o archiveros judiciales, en lo que diga relación con el cobro en exceso del arancel respectivo, con el horario de atención y con la permanencia en sus oficios por el plazo que les establece la ley. En el caso de los Conservadores, se extenderá además al incumplimiento del plazo para realizar las inscripciones. Todo lo anterior es sin perjuicio de la fiscalización y el ejercicio de las facultades disciplinarias que correspondan

³¹ Mensaje N° 176-361, de 6 de agosto de 2013, p. 9.

a la Corporación Administrativa del Poder Judicial y a los Tribunales de Justicia, respectivamente”.

Modifica también el artículo 58, agregando una letra h) y como función del Sernac, “Remitir mensualmente a la Corporación Administrativa del Poder Judicial las denuncias y sanciones de que tomen conocimiento respecto de los notarios, conservadores y archiveros judiciales, por aplicación de la letra g) del artículo 2° del presente cuerpo legal”.

Creemos que la adjudicación de competencia al Sernac como segundo órgano fiscalizador de la actividad del notario no es adecuada en los términos planteados.

Primero, porque resulta cuestionable que la figura del notario público obedezca a la definición que el artículo 1° de la Ley N° 19.496 entrega del proveedor, cuando lo define como “las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa”, para luego agregar que “no se considerará proveedores a las personas que posean un título profesional y ejerzan su actividad en forma independiente”.

El problema lo plantea el inciso segundo de la definición citada, debido a que es posible considerar si los notarios quedarían categorizados como profesionales liberales que ejercen su actividad de modo independiente, no siéndoles aplicable por tanto la normativa protectora del consumidor.

Así, Momberg considera que con la reforma introducida por la Ley N° 19.955 al concepto de proveedor, “los profesionales que presten sus servicios en forma independiente no pueden ser considerados proveedores, y por tanto los actos o contratos que ejecuten o celebren no quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de la ley”³².

Agrega que para establecer si el profesional es o no un proveedor, deberán tomarse en cuenta factores como la masividad del servicio prestado y la naturaleza jurídica del acto o contrato, concluyendo que “el abogado que presta sus servicios en forma particular a un cliente que acude al mismo por iniciativa propia, nunca podrá ser considerado proveedor, aun cuando jurídicamente se encuentre organizado como sociedad u otra entidad moral”³³.

En segundo lugar, cabría discutir en torno a si la actividad notarial podría quedar excluida de la aplicación de la ley en virtud de lo dispuesto por el artículo 2° bis, que excepciona la competencia establecida en el artículo 2° cuando dispone que “no obstante lo prescrito en el artículo anterior, las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de

³² MOMBERG, Rodrigo, “Ámbito de Aplicación de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores”, en *Revista de Derecho* (Valdivia, 2004), vol. 17, p. 43.

³³ MOMBERG, R. “Ámbito de Aplicación de la Ley...”, cit. p. 55.

producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales, salvo: a) en las materias que estas últimas no prevean; b) en lo relativo al procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento, y c) en lo relativo al derecho del consumidor o usuario para recurrir en forma individual, conforme al procedimiento que esta ley establece, ante el tribunal correspondiente, a fin de ser indemnizado de todo perjuicio originado en el incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores, siempre que no existan procedimientos indemnizatorios en dichas leyes especiales”.

Como se puede observar, el artículo excluye las actividades reguladas en leyes especiales, que vendría a ser el caso de la actividad notarial, pero coincidimos con Momberg en que la norma da a entender que “sin perjuicio de lo indicado en la norma precedente, esto es, que deba tratarse de un acto mixto, en los casos señalados por el nuevo artículo 2 bis la ley deberá aplicarse necesariamente, sin examinar la naturaleza del acto o contrato, sino tan solo si se trata de una relación entre consumidor y proveedor”³⁴.

En tercer lugar, porque se produciría a nuestro entender una doble fiscalización y sanción de ciertas conductas que figurarán en el catálogo de infracciones contemplado en el artículo 440 del COT y que se repite en el artículo 475 inciso 5° del mismo Código.

Así, en virtud de lo dispuesto por el artículo 440 en su nueva redacción, podrían sancionarse de modo disciplinario las infracciones a los deberes de asistencia, horarios, cobros, extensión y autorización de actos jurídicos e incumplimiento en la mantención de los sistemas computacionales, mientras que al mismo tiempo y en virtud de lo dispuesto por el artículo 475 inciso 5° en su nueva redacción, podrían denunciarse al Servicio Nacional del Consumidor, entregándole la competencia para perseguir el incumplimiento, quedando ambas jurisdicciones vigentes para sancionar, ya que el proyecto plantea que la competencia del Sernac es “es sin perjuicio de la fiscalización y el ejercicio de las facultades disciplinarias que correspondan a la Corporación Administrativa del Poder Judicial y a los Tribunales de Justicia, respectivamente”, siendo por lo tanto la misma infracción, de competencia de la Corte de Apelaciones respectiva y los juzgados de Policía Local.

³⁴ MOMBERG, R. “Ámbito de Aplicación de la Ley...”, cit. p. 58.

V. CONCLUSIONES

- 1) Constituye un avance la existencia de proyectos de ley que busquen modernizar el sistema notarial chileno, especialmente en lo que dice relación con la adopción de nuevas tecnologías que sean acordes con las reformas legislativas, especialmente las de corte procesal.
- 2) Constituye un avance también la propuesta de una adecuada sistematización de las sanciones aplicables al servicio notarial, aunque se extraña en los proyectos una adecuada regulación de la responsabilidad civil a la que podrían quedar afectos los notarios.
- 3) El traspaso de competencias, especialmente aquellas de corte no contencioso debe ser examinado bajo la órbita de la tutela judicial efectiva, con el objeto de garantizar el derecho de defensa de los justiciables y el control de las decisiones que se adopten en sede administrativa.
- 4) Sin perjuicio de lo anterior, creemos que el proyecto no resulta adecuado en lo que se refiere a otorgar competencia al Servicio Nacional del Consumidor para la fiscalización de determinadas infracciones que pudieran cometerse en el ejercicio de la función notarial.

Así, el proyecto que se comenta no aclara el alcance de la competencia del Sernac, sin perjuicio de la modificación que propone al artículo 2° de la Ley N° 19.496.

Ello porque el proyecto siempre refiere a la posibilidad de denunciar las infracciones de horario, costos y asistencia al Servicio Nacional del Consumidor, pero no queda claro qué puede hacer el Sernac con esa denuncia, a pesar de lo que señale la exposición de motivos del Mensaje. En este sentido, el artículo 58 de la ley de Protección del Consumidor obligaría al Sernac a remitir las denuncias y sanciones de que tomen conocimiento a la Corporación Administrativa del Poder Judicial y a los tribunales de justicia, respectivamente.

Otra cosa que el proyecto no aclara es si el procedimiento ante el juez de Policía Local solo podrá iniciarse por denuncia efectuada por el Sernac, o si el usuario podría concurrir directamente mediante la interposición de una denuncia o querrela infraccional, que seguramente traerá también aparejado el ejercicio de acciones civiles.

- 5) Tampoco resulta esclarecedor, si la labor de los notarios es susceptible de ser enmarcada dentro del ámbito de aplicación de la Ley N° 19.496 y de lo esta legislación considera como proveedor.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLA, Adriana. *Derecho Notarial. Derecho documental. Responsabilidad notarial*, Buenos Aires, Zavalia, 2005.
- CASARINO, Mario, *Manual de Derecho Procesal*, Santiago, Editorial Jurídica, 2015.

- GATTARI, Carlos, *Manual de Derecho Notarial*, segunda edición, Buenos Aires, 2011.
- JIMÉNEZ CLAR, Antonio, *Temas de derecho notarial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
- MOMBERG, Rodrigo, “Ámbito de Aplicación de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores”, en *Revista de Derecho* (Valdivia, 2004), vol. 17.
- PEÑA, Julio Y VELOZO, Javier, “Auxiliares de la administración de justicia: ¿monopolios de privilegio?”, en *Observatorio económico de la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad Alberto Hurtado*, N° 7 (2007).
- PIZARRO, Carlos, “La responsabilidad civil de los notarios en Chile”, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 18 (2011), 2.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “El principio de legalidad”, en *El Notario del Siglo XXI*, N° 15 (2007), septiembre-octubre.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “El principio de profesionalidad”, en *El Notario del Siglo XXI*, N° 16 (2007), noviembre-diciembre.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “El principio de libre elección”, en *El Notario del Siglo XXI*, N° 18 (2008), marzo-abril.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, “El principio de imparcialidad”, en *El Notario del Siglo XXI*, N° 18 (2008), mayo-junio.
- SIERZ, Susana, *Derecho Notarial Concordado*, Buenos Aires, Di Lalla, 2007.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS NOTARIOS EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA

MAURICIO TAPIA R.

*Profesor de Derecho Civil de la
Universidad de Chile*

RESUMEN: En este estudio se examina la responsabilidad civil de los notarios a la luz de la jurisprudencia chilena reciente. En contraste a la inexistente actividad legislativa para materializar reformas que esclarezcan los deberes y responsabilidades de los notarios, los tribunales nacionales han ido avanzando lentamente en la precisión de varios elementos de la responsabilidad civil a la que están afectos, como la definición del estatuto de responsabilidad aplicable, la incidencia de la culpa infraccional, la noción de *lex artis* notarial, la responsabilidad del notario por el hecho ajeno y los daños indemnizables en este ámbito.

I. INTRODUCCIÓN

1. Toda sociedad necesita certezas para su prosperidad. Entre estas, la fe respecto de la autenticidad de ciertos instrumentos y la regularidad de la constitución de sociedades y de la propiedad inmobiliaria. Por esto, en todos los países la función notarial y conservatoria resulta fundamental para el desarrollo económico.

El sistema registral y notarial de nuestro país, en vigencia desde el siglo XIX, significó un avance sustancial en seguridad jurídica y eficiencia en el otorgamiento de instrumentos públicos, y en la garantía y prueba de la posesión de bienes raíces y derechos reales constituidos sobre ellos, así como de la constitución legal y poderes de las personas jurídicas con fines de lucro. En un acierto que debemos a la prudencia legislativa de Andrés Bello, las radicales transformaciones introducidas en la creación del sistema durante el siglo XIX no significaron un “grave sacudimiento en toda la propiedad territorial”, pues se aplicaron progresivamente en la

medida que las transferencias y las transmisiones hereditarias lo fueron exigiendo¹.

2. En la actualidad existe un consenso acerca de varias ventajas de este sistema nacional, que deben ser conservadas y potenciadas.

No obstante, desde hace años se han venido también solicitando varios ajustes que permitan introducir mayor eficiencia, seguridad, transparencia y supervigilancia, reforzando ciertos principios originarios de este sistema.

En primer lugar, se sostiene la necesidad de implementar en nuestro país la modalidad de registro por “folio real”, esto es, una ordenación de los títulos de la propiedad según el “inmueble” y no según las “personas”, esto es, no según las sucesivas transferencias o transmisiones que respecto de él se efectúen (cuestión que facilitaría el estudio de los antecedentes de la propiedad)².

En segundo lugar, se propone la posibilidad de que registros conservatorios y notariales puedan ser administrados y consultados por Internet (como medida de publicidad y eficiencia).

En tercer lugar, se ha planteado incluso la creación, con este objeto, de una Plataforma Registral y Notarial Electrónica o Portal, que debería permitir otorgar algunos instrumentos públicos, así como conservar y administrar los registros conservatorios y notariales, mediante el soporte electrónico, dando un acceso público a tal información.

En cuarto lugar, se insiste en la necesidad de contar con una estructura más clara de los deberes de notarios y conservadores (cargos que deberían proveerse exclusivamente por mérito y tener períodos determinados de ejercicio), y de las sanciones a las que se exponen por eventuales infracciones (entre ellas, la responsabilidad civil), sujetándolos tal vez a la supervigilancia de una Superintendencia.

Finalmente, se plantea la exigencia de que las tarifas por estos servicios reflejen una retribución justa, en ningún caso excesiva, y sobre todo de aplicación igualitaria, cuestión que es un hecho notorio que no ocurre en el presente.

¹ Acerca de esta regulación ideada por Andrés Bello y su evolución: Tapia, Mauricio, *Código Civil. 1855-2005. Evolución y perspectivas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 136 y ss.

² En relación con los problemas del sistema registral chileno y las necesidades de reforma existe una completa investigación de tesis de grado de dos ayudantes del Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Chile, que tuve el honor de dirigir y luego prologar cuando se convirtió en publicación: *Sistema registral inmobiliario chileno: diagnóstico de sus problemas actuales e intentos de reforma*, de María Fernanda Flores D. y Carlos Peña H., Santiago, LegalPublishing-Thomson Reuters, 2014.

3. Persiguiendo estos propósitos, varios proyectos legales de reformas han sido presentados durante la última década: Reforma del sistema registral y notarial (Boletín N° 5836-07); Modifica el sistema de nombramiento y funciones del sistema notarial y registral (Boletín N° 8673-07); y, Moderniza y fortalece el funcionamiento y la fiscalización del sistema registral y notarial (Boletín N° 9059-07).

Con matices, estas reformas se intentan hacer cargo de buena parte de las falencias denunciadas: transparencia y preeminencia del mérito en designaciones de cargos; descripción precisa de deberes y responsabilidades de notarios y conservadores (entre ellas, la responsabilidad civil); introducción masiva y obligatoria de medios tecnológicos; supervigilancia reforzada; regulación de tarifas, etcétera.

No obstante, y lamentablemente, todas estas reformas duermen, sin que ninguna gestión útil haya sido llevada a cabo en ellas. Solo tuvieron algunas discusiones en reuniones de comisiones, y ni siquiera un solo informe fue evacuado respecto de alguna de ellas. Desde enero de 2014, no registran movimiento alguno.

4. Por otra parte, recientemente se quiso incrementar el número de notarías en una cifra cercana a cien, por vía de decreto del Ministerio de Justicia (Decreto Exento N° 1.515 de 2017), cuestión que condujo a la Asociación de Notarios, Conservadores y Archiveros a impugnar tal medida ante la Contraloría General de la República. El decreto, y un acto convalidatorio posterior (Decreto Supremo N° 65 de 2018, del Ministerio de Justicia), fueron en definitiva declarados ilegales por ese ente (Dictamen N° 6.945, de 12 de marzo de 2018).

Por último, el gobierno que acaba de asumir ha declarado (marzo de 2018) que su intención es reformar el sistema de nombramiento de notarios, mediante un mecanismo que envuelva una formación básica (en principio, a cargo de la Academia Judicial) y una elección fundada exclusivamente en el mérito. Naturalmente, es bienvenida toda iniciativa que exija una formación obligatoria y especializada para estos cargos, cuestión que debería impulsar el desarrollo de la docencia e investigación en materia de derecho notarial en Chile, tan pobre –o casi inexistente– si se le compara con nuestros vecinos. Sin embargo, este anuncio parece envolver también una cierta renuncia o al menos una nueva postergación de las reformas legales de fondo relevantes y urgentes en la materia, que ya fueron mencionadas.

5. Frente a este silencio del legislador que parece seguir proyectándose en el tiempo, resulta bastante estéril seguir elucubrando *lege ferenda* cuáles son las reformas necesarias, en particular, en materia de alcance de los deberes legales y responsabilidades de los notarios.

Por el contrario, parece más fructífero y útil concentrar el análisis en aquello que sí se ha avanzado en la jurisprudencia nacional, de forma

lenta e incipiente, en materia de responsabilidad civil de los notarios. Ese es el propósito de este estudio.

Al respecto, es admisible mencionar desde ya que los fallos en este ámbito no son para nada abundantes, cuestión que contrasta con los casos de negligencias que se ventilan en la prensa o que circulan en medios profesionales o académicos. ¿Por qué ocurre esto? En realidad, es un secreto a voces que muchos de estos casos se resuelven expeditamente por acuerdos extrajudiciales confidenciales, en los que se asumen directamente las compensaciones por parte de los notarios respecto de actuaciones ostensiblemente negligentes que hayan generado perjuicios a un cliente. Sin contar, por supuesto, con los casos que alcanzan ribetes penales y que tienen otra suerte.

En cuanto a los casos resueltos por la jurisprudencia chilena, existe un importante fallo reciente de la Corte Suprema, de 24 de octubre de 2016³, junto con otros dos, también relativamente recientes, confirmados por la misma instancia superior: Corte Suprema, 23 de junio de 2016⁴ y Corte Suprema, 11 de noviembre de 2011⁵. Otros fallos de los últimos años, también de cierta relevancia, serán mencionados y analizados en este estudio.

6. Estas decisiones avanzan de manera apreciable en la precisión de varios elementos de la responsabilidad civil de los notarios, en particular: I. Estatuto de responsabilidad civil aplicable (contractual o extracontractual), y la situación de la opción de responsabilidad; II. Culpa por incumplimiento de deberes legales específicos (culpa infraccional); III. Culpa conforme al deber general de diligencia (*lex artis* notarial); IV. Responsabilidad civil del notario por el hecho ajeno; y, V. Daños indemnizables en la responsabilidad civil del notario.

Se analizarán separadamente estos elementos a continuación:

II. RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE (CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL) Y LA OPCIÓN DE RESPONSABILIDAD

7. Ante todo, para abordar esta primera cuestión se revisará brevemente la materia resuelta por los tres fallos que parecen ser los más relevantes en el presente:

a) *Corte Suprema, 11 de noviembre de 2011*⁶. En este caso se trataba de un notario que decidió “interpretar” unas instrucciones independientes (sin vinculación a un contrato determinado) que acompañaban un cheque

³ Rol N° 14.317-16.

⁴ Rol N° 19.661-16.

⁵ Rol N° 3.016-2009.

⁶ Rol N° 3.016-2009.

de 9 millones, dejado en su custodia por un deudor, para ser entregado al acreedor bajo ciertas condiciones descritas en ese instrumento. Existía en esa misma notaría un contrato de promesa entre las partes que había sido dejado sin efecto por no ser suscrito dentro del plazo de 60 días desde su anotación en el repertorio. Sin embargo, efectivamente estas instrucciones no estaban vinculadas a este contrato ineficaz, como se desprende de su simple lectura. A pesar de esto, el notario devolvió el mencionado cheque a la giradora, interpretando que ello era procedente en atención a que la mencionada promesa había quedado sin efecto. La beneficiaria del cheque demandó al notario la indemnización de los perjuicios patrimoniales y morales sufridos en sede extracontractual. La Corte Suprema confirmó la conclusión de los jueces del fondo en orden a que la instrucción era un instrumento privado independiente, no accesorio a la promesa, que la legislación no le permitía interpretar un contrato claro y preciso como ese, y que al haberlo hecho había incurrido en una “negligencia en su ministerio”.

b) *Corte Suprema, 23 de junio de 2016*⁷. Este fallo se pronunció sobre la actuación de un notario que no verificó debidamente la identidad de quien se presentó en su oficio a vender un inmueble, a pesar de que este compareciente era 49 años menor que el titular verdadero de la cédula de identidad que exhibió. Bastaba el mero cotejo de la apariencia física para evitar el fraude, no siendo necesarios medios tecnológicos adicionales (como la verificación biométrica). La Corte Suprema confirmó la decisión de los jueces del fondo que, sobre la base del estatuto extracontractual, establece una especie de “culpa infraccional” a cargo del notario en cuanto a la verificación de la identidad del compareciente, aplicando la norma del artículo 425 del Código Orgánico de Tribunales. Al mismo tiempo, sobre la base de los deberes generales de diligencia, parece exigirle un estándar de comportamiento severo, contextualizado en razón de su calidad y oficio.

c) *Corte Suprema, de 24 de octubre de 2016*⁸. En este caso se trataba de un notario suplente que había autorizado una compraventa sobre la base un mandato falsificado. Con anterioridad, el notario titular había sido advertido por escrito y telefónicamente que rondaba una banda que estaba tratando de defraudar de esta forma. La carta fue recibida por el suplente, pero la notaría no desplegó ninguna acción entre sus funcionarios para evitar la materialización del fraude. La Corte Suprema les reprocha no haber corroborado la legalidad del mandato, y condena solidariamente al notario titular y al suplente en sede extracontractual. El fallo agrega que al notario le resultan aplicables las reglas del derecho común (*lex artis* notarial), que el cargo que desempeña supone una

⁷ Rol N° 19.661-16.

⁸ Rol N° 14.317-16.

competencia especial, que no es un mero certificador (debe realizar un control preventivo de posibles ilegalidades) y que, en este caso, faltaron resguardos y medidas preventivas.

Sin perjuicio de otras decisiones judiciales en materia notarial que se citarán en este estudio, por su alcance e implicancias estos tres casos se utilizarán para ilustrar los elementos enunciados de la responsabilidad civil del notario.

8. Ahora bien, estos tres casos relevantes (tal vez los más importantes en la materia) fueron resueltos en sede extracontractual. ¿Es apropiada esta calificación efectuada por la jurisprudencia chilena?

En realidad, todo indica que los servicios profesionales de los notarios deberían sujetarse a las reglas de la responsabilidad civil contractual, que correspondería estimar como el régimen común⁹: lo usual es que el cliente (o sus abogados) elija al notario y contrate sus servicios profesionales. Por lo demás, esos servicios son aquellos correspondientes a profesiones de largos estudios, y se les aplican las reglas del mandato (art. 2118 Código Civil). Otros argumentos abonan esta tesis: la modalidad de los servicios de los notarios obedece en la práctica a una gran flexibilidad acordada de mutuo acuerdo por las partes; y, el notario, particularmente en pequeñas notarías, interviene directamente en la redacción de escrituras, en la entrega de información y de consejo al cliente. Por su parte, en Santiago y otras ciudades, existen relaciones contractuales estables y permanentes, mediatizadas por los estudios de abogados (registro de firma, cuentas con crédito y rendición periódica, servicios especiales, asistencia al estudio, etc.).

Más aún, en los servicios prestados por los notarios a los usuarios no existen razones para excluir la aplicación de la *Ley de protección de los derechos de los consumidores*, particularmente en cuanto al deber de información y consejo frente a actuaciones ostensiblemente viciadas que lleven a cabo los particulares o incluso por discriminación en los precios¹⁰. Uno de los proyectos de reforma descritos más arriba, del año 2013, lo hacía explícito, otorgando facultades al SERNAC para fiscalizar ciertas materias: cobro excesivo del arancel, cumplimiento de horarios, atención personal, atrasos injustificados y cumplimiento de estándares tecnológicos, entre otros¹¹.

⁹ V. PIZARRO, Carlos, "La responsabilidad civil de los Notarios en Chile", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Santiago, 2011, año 18 N° 2, pp. 143 y s.

¹⁰ Recientemente me he referido al ámbito de aplicación de esta ley, y sus aspectos críticos, en la siguiente publicación: TAPIA, Mauricio, *Protección de consumidores. Revisión crítica de su ámbito de aplicación*, Santiago, Rubicón Editores, 2017.

¹¹ Boletín N° 9.059-07.

9. No obstante, existen también algunos argumentos para estimar procedente la responsabilidad civil extracontractual: la existencia de algunos deberes legales, que se abordarán más adelante, pero que en todo caso son actualmente exiguos (así como ocurre con los médicos) y no se han podido desarrollar por la parálisis que afecta a las reformas; cuando existe responsabilidad penal del notario o cuando demandan las víctimas por rebote¹²; pero también por la impersonalidad de la actuación de un ciudadano que va autorizar una copia o efectuar una declaración jurada, por exigencia legal, a la notaría que se encuentra más cercana. Son tramitaciones que incluso las puede hacer el Registro Civil, y son propias de una función pública.

En efecto, desde esta perspectiva, la actividad notarial responde en gran medida a una función pública. Esa misma función o rol público que envuelve podría llevar a entender incluso comprometida la responsabilidad del Estado. Pero se trata de profesionales independientes y no de funcionarios públicos, y eso lo impide.

10. Más allá, es admisible la pregunta de la importancia en el presente de esta distinción entre el estatuto contractual y extracontractual. En efecto, tradicionalmente, varias consecuencias derivaban de la opción entre uno de estos estatutos: la presunción de culpa contractual; la solidaridad existente solo en sede extracontractual; la extensión de los perjuicios reparables a los previsibles y la antigua exclusión del daño moral en materia contractual; y la validez únicamente de las convenciones de responsabilidad pactadas en el contrato.

No obstante, en las responsabilidades profesionales las diferencias entre estos estatutos resultan particularmente odiosas, pues el incumplimiento de los deberes profesionales acarrea en ocasiones daños tanto a clientes como a terceros, y ¿cómo puede justificarse que esta situación afecte las condiciones o la extensión de la responsabilidad del notario si se trata de una misma prestación profesional?; ¿puede sostenerse acaso que los deberes fundamentales de prudencia y de diligencia del notario son distintos si actúa con un cliente a quien conoce y atiende con regularidad o si presta sus servicios a un desconocido que ingresa a su notaría a realizar una determinada gestión por ser simplemente la más cercana?¹³.

Aparentemente, no existe una justificación suficiente para estas discriminaciones, que son percibidas por las víctimas como injusticias y, en la actualidad, las diferencias entre estos órdenes de responsabilidad, especialmente tratándose de responsabilidades profesionales, tienden a

¹² En este sentido: PIZARRO, Carlos, *op. cit.*, pp. 142 y s.

¹³ En este sentido: TUNC, André, *La responsabilité civile*, París, Economica, 1989, 2ª ed., p. 40 y s.

diluirse¹⁴. Así, la prueba de la negligencia es exigida cada vez que se trata de una obligación de prudencia con independencia del estatuto de responsabilidad aplicable; en materia de solidaridad, la tendencia comparada es exigir que los responsables, en virtud de un contrato o de un deber general de diligencia, hayan efectuado una contribución indivisible a la realización del daño para aplicar la obligación *in solidum*¹⁵; la necesidad de proteger a los consumidores de servicios profesionales conduce también a invalidar en contratos cláusulas limitativas o eximentes de responsabilidad redactadas en beneficio del profesional¹⁶; y, por último, los daños reparables dependen más de su previsibilidad que del tipo de acción que entabla la víctima, indemnizándose en el presente, amplia y pacíficamente, el daño moral por incumplimiento de un contrato¹⁷.

11. Esta evolución, unida a una mayor tolerancia frente a la opción o cúmulo de responsabilidad, puede progresivamente transformar en académica esta discusión acerca de la naturaleza de la responsabilidad civil de los notarios.

En efecto, en la materia existe un importante pronunciamiento de la Corte Suprema, de 21 de marzo de 2016, en un área cercana, en materia de responsabilidad profesional médica¹⁸. Este fallo concluye que en esos servicios profesionales no existen expresas y precisas estipulaciones en los acuerdos; que la delimitación de los deberes de estos profesionales se encuentra en la ley, o más bien la *lex artis*; que los estatutos de responsabilidad civil se aproximan cada vez más; y que, por ello, la opción no se presenta necesariamente como una búsqueda de ventajas.

Estos elementos de juicio condujeron a la Corte a aceptar la opción de responsabilidad en este caso, y en mi opinión resultan perfectamente extrapolables al ámbito de la responsabilidad profesional de los notarios.

¹⁴ V. respecto del acercamiento de estos regímenes de responsabilidad en el derecho francés: Geneviève Viney, *Introduction à la responsabilité, Traité de droit civil, bajo la dirección de Jacques Ghestin*, París, L.G.D.J., 2008, 3ª ed., p. 422 y s.

¹⁵ Por ejemplo, en materia de responsabilidad profesional médica, un reciente fallo de la Corte Suprema declaró la existencia de una obligación *in solidum* entre el médico y la clínica, a pesar de que sus responsabilidades provenían de diferentes estatutos (Corte Suprema, 31 de enero de 2018, rol N° 9.189-2017).

¹⁶ En el derecho nacional, la Ley N° 19.496 *sobre protección de los derechos de los consumidores*, aplicable a los contratos de prestación de servicios, considera cláusulas abusivas en esos acuerdos, en particular: las que atribuyen al consumidor el efecto de deficiencias, omisiones o errores administrativos inimputables (art. 16 letra c), y las limitaciones absolutas de responsabilidad del empresario (art. 16 letra e). Cf. acerca de estas cláusulas abusivas: Mauricio TAPIA y José Miguel VALDIVIA, *Contrato por Adhesión. Ley N° 19.496*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002, p. 101 y s.

¹⁷ Concerniente a esta evolución en la jurisprudencia chilena: JANA, Andrés y TAPIA, Mauricio, "Daño moral en la responsabilidad contractual. A propósito de un fallo de la Corte Suprema de 5 de noviembre de 2001", en *Temas de Responsabilidad Civil*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2004, p. 171.

¹⁸ Rol N° 31.061-2014.

III. CULPA POR INCUMPLIMIENTO DE DEBERES LEGALES ESPECÍFICOS (CULPA INFRACCIONAL)

12. Es cierto que la actividad de los notarios –en particular, la extensión de sus precisos deberes legales– no se encuentra contenida de manera exhaustiva y adecuada en la legislación vigente, cuestión que, como se dijo, es una de las reformas pendientes. Tal precisión otorgaría mayor eficacia y transparencia a sus actuaciones frente a los usuarios, otorgando seguridad jurídica tanto a estos como a los propios notarios en su función.

Como se expondrá, desde la perspectiva de la responsabilidad civil, el reconocimiento de deberes legales específicos configura mediante su infracción la denominada “culpa infraccional”, que permite dar por establecida la falta de diligencia debida.

Los pocos deberes que existen actualmente en la legislación se refieren, en esencia, a sus funciones básicas en materia de otorgamientos de instrumentos públicos y privados, para efectos de solemnidad y prueba. Son más bien deberes administrativos propios de un ministro de fe –como los deberes que gravan al oficial civil– y atienden a formalidades o ritualidades (forma, fecha, lugar, identidad de partes, repertorio, etc.). Entre las pocas cuestiones sustantivas se encuentra el deber de comprobar la identidad de los comparecientes¹⁹.

Por incidir en algunos casos recientes resueltos por la jurisprudencia chilena, se abordarán, a continuación, específicamente los deberes legales de los notarios en materia de verificación de identidad de los comparecientes en instrumentos públicos.

13. Ante todo, es factible recordar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 399 del Código Orgánico de Tribunales, los notarios son “ministros de fe pública encargados de autorizar y guardar en su archivo los instrumentos que ante ellos se otorgaren, de dar a las partes interesadas los testimonios que pidieren, y de practicar las demás diligencias que la ley les encomiende”.

Esto es, la función principal del notario es “dar fe. Es decir, ejercer el poder fideidante del Estado, y en uso y manejo de este ‘Poder’,

¹⁹ Más allá, en algunas leyes especiales existen ciertos deberes específicos que gravan a los notarios, bastante acotados, así como menciones por razones tributarias (ley impuesto herencias), urbanísticas (prohibición de cambio de destino en subdivisión rural) o de seguridad nacional (zonas limítrofes). Una mención particular merece precisamente el Decreto Ley N° 3.516, que contiene una obligación de los notarios de insertar la prohibición de cambio de destino rural con motivo de una subdivisión. Como se sabe, algunos fallos lo han entendido como un requisito de validez (porque su omisión, lamentablemente, es frecuente), y el resultado es que fue necesaria la intervención de una ley especial para sanear de pleno derecho esas escrituras viciadas (Ley N° 20.623 de 2012).

otorgar la seguridad jurídica que los negocios requieren para su buen desenvolvimiento”²⁰.

Al respecto, se ha sostenido que la fe pública es “la creencia que se da a las cosas por la autoridad del que las dice”²¹, la que “no es fe a secas, sino, fe pública, es decir, un grado superior a la simple fe, pues la fe pública importa extender la creencia individual a la creencia del conglomerado social del cual se forma parte y, en tal virtud, se convierte en un elemento asegurador de distintas realidades de relevancia jurídica que, por lo mismo, contribuye a armonizar la convivencia”²². Siendo la finalidad de la fe pública, “dar forma legal, constituir, dar vida, estructurar jurídicamente el negocio”²³.

En consecuencia, la escritura pública autorizada por el competente notario lleva consigo una presunción de autenticidad, dando fe pública de las siguientes circunstancias: a) Del hecho de haberse otorgado; b) Por las personas que en ella se indica; y, c) De su fecha (artículo 1700 del Código Civil). En este sentido, la función de la fe pública notarial es *autenticadora de hechos*, es decir, “garantiza mediante un acto oficial (acta, escritura), la certeza de un hecho, convirtiendo en creíble públicamente aquello que de por sí no merece tal credibilidad”²⁴.

En efecto, la presunción de autenticidad que lleva consigo una escritura pública solo puede ser derribada por medio de una prueba especial y calificada: por medio de la declaración de 5 testigos, que acrediten que la parte que dice haber asistido personalmente al otorgamiento, o el notario, o alguno de los testigos instrumentales, ha fallecido con anterioridad a su otorgamiento o ha permanecido fuera del lugar en el día de su otorgamiento y en los setenta días subsiguientes (artículo 429 del Código de Procedimiento Civil).

En todo evento, aun la concurrencia de todas estas circunstancias, no derriba *ipso iure* la autenticidad de la escritura, quedando esta sujeta a la calificación del tribunal conforme con las reglas de la sana crítica (inciso 2º del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil). Es decir, salvo esta prueba especial mencionada anteriormente “una vez suscrita por los otorgantes no hay poder sobre la tierra que pueda reformarla. Solo quienes son sus dueños, las propias partes”²⁵.

14. Por su parte, los deberes legales que los notarios deben observar al momento de autorizar una escritura pública se encuentran contenidos

²⁰ RODRÍGUEZ, Sergio, “El abogado y el notariado”, *Revista chilena de derecho*, Santiago, 1985, vol. XII, p. 565.

²¹ VIDAL, Ignacio, *Derecho Notarial chileno*, Santiago, Thomson Reuters, 2015, p. 60.

²² GONZÁLEZ, Hernán, *Ética en la función de notarios y Conservadores*, Talca, disponible en www.notariosyconservadores.cl, 2004, p. 7.

²³ VIDAL, Ignacio, *op. cit.*, p. 64.

²⁴ *Ibidem*, p. 63.

²⁵ *Ibidem*, p. 109.

fundamentalmente en los artículos 399 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales. Como se dijo, el incumplimiento de estos deberes legales configura, *prima facie*, la responsabilidad civil del notario conforme con lo que se denomina “culpa infraccional”.

En efecto, el patrón de conducta que debe guiar una determinada actividad o función puede estar expresa y específicamente definido en la ley o en una norma reglamentaria. En tal caso, no es necesario construir en abstracto un patrón de conducta, sino que bastará verificar si la conducta del agente se ajustó o no a ese deber específico²⁶.

Así, la sola infracción del deber o prohibición legal configurará una conducta *per se* ilícita, deviniendo en lo que se ha denominado “culpa infraccional”.

Es posible mencionar que la noción de “culpa infraccional” no configura un régimen de responsabilidad distinto al de la responsabilidad civil extracontractual o contractual. Atiende únicamente a la determinación de la culpa por infracción de específicos deberes legales, que debe ser valorada como un elemento integrante de la ilicitud en el ámbito de esa misma responsabilidad civil. En definitiva, la “culpa infraccional” consiste en la “violación de deberes específicamente consagrados por la legislación, haciendo presumir o dando por establecida la culpa, sin que sea necesario probarla”²⁷.

Verificada tal “culpa infraccional”, el actor quedará exonerado de la prueba de la culpa, restándole solamente probar los otros requisitos de la responsabilidad civil, esto es, el daño y la relación causal.

15. Ahora bien, el artículo 405 del Código Orgánico de Tribunales dispone que la escritura pública deberá indicar “el nombre de los comparecientes, con expresión de su nacionalidad, estado civil, profesión, domicilio y cédula de identidad, salvo en el caso de extranjeros y chilenos radicados en el extranjero, quienes podrán acreditar su identidad con el pasaporte o con el documento de identificación con que se les permitió su ingreso al país”.

Por su parte, el artículo 412 N° 2, del mismo cuerpo legal, sanciona con la nulidad aquellas escrituras públicas en que “los otorgantes no hayan acreditado su identidad en alguna de las formas establecidas en el artículo 405, o en que no aparezcan las firmas de las partes y del Notario”.

De estas disposiciones se desprende que uno de los deberes legales de los notarios es corroborar la identidad de los comparecientes en la escritura pública, verificación que se lleva a cabo por medio de un instrumento público de identificación: la cédula de identidad o, en su caso, el pasaporte.

²⁶ BARROS, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 104.

²⁷ *Ibidem*, pp. 97 y ss.

En este sentido, se ha sostenido que si el notario no verifica la identidad de los comparecientes en la forma que determina la ley, “habrá incumplimiento y culpa infraccional, acarreando responsabilidad civil si se han suscitado daños”²⁸.

16. La jurisprudencia también ha reconocido esta obligación legal de los notarios, al afirmar que “el Notario tiene la obligación legal de constatar la identidad de las personas que ante él comparecen a celebrar escrituras públicas. Así aparece de varias disposiciones del Código Orgánico de Tribunales, pudiendo citarse al efecto los artículos 399, 405 y 412 N° 2, sin perjuicio de otras normas que no se refieren a escrituras públicas pero que permiten mediante una interpretación sistemática, reafirmar la misma premisa indicada al comenzar este razonamiento, como acontece, por ejemplo, con los artículos 425 y 443 del mismo cuerpo legal ya citado”²⁹.

Esta obligación se encuentra contenida también en el “Auto Acordado Sobre Uso de Documento y Firma Electrónica por Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales”, cuyo artículo 8 establece que “en los casos en que el Notario autorice una firma digital estampada en su presencia, deberá dar fe de habersele acreditado la identidad del firmante en los términos establecidos en el Código Orgánico de Tribunales”.

17. En síntesis, según dispone la normativa legal vigente, los notarios tienen la obligación de corroborar la identidad de los comparecientes en una escritura pública, verificación que se debe efectuar por medio de otro instrumento público: la cédula de identidad o, en su caso, el pasaporte³⁰.

Estos documentos de identificación son instrumentos públicos, por lo que llevan consigo una presunción de autenticidad, sobre la base de ello actúa también el notario que la examina.

²⁸ PIZARRO, Carlos, *op. cit.*, pp. 137-149.

²⁹ Corte de Apelaciones de Rancagua, 21 de septiembre de 2001, Rol N° 17.508-2001, C°. 1. Al respecto, otra sentencia de primera instancia señala lo siguiente: “por no cumplir su obligación de constatar la identidad de los comparecientes en la escritura pública de compraventa extendida en su oficio el día 22 de julio de 2008, a la que se asignó el Repertorio N° 1794, específicamente la del vendedor, pues que de haberlo hecho habría evitado la pérdida de la posesión inscrita sobre dos inmuebles que indica y el dominio, por la vía de su posterior inscripción registral a nombre del comprador y su siguiente transferencia a favor de un tercero, cuyo deber se encuentra recogido en los artículos 399, 405, 412 número 2 del Código Orgánico de Tribunales” (Segundo Juzgado Civil de Chillán, 29 de noviembre de 2014, Rol N° C-5845-2012, C°. 12). Esta decisión fue ratificada por la Corte Suprema, en uno de los fallos destacados y analizados en este estudio: Corte Suprema, 23 de junio de 2016 (rol N° 19.661-16).

³⁰ Así ocurre también en el derecho comparado. Por ejemplo, un fallo reciente francés, en materia de responsabilidad civil de un notario, afirma que la obligación principal de este es verificar la identidad de los otorgantes de una escritura mediante la exhibición de su documento de identidad (Corte de Apelaciones de Versailles, sala 1, sección 1, 24 de marzo de 2016, N° 14/02362).

18. Expuesto, a modo ejemplar, los deberes legales del notario en materia de verificación de identidad de los comparecientes en instrumentos públicos, corresponde volver al análisis de los casos destacados en este estudio.

Como se señaló más arriba, el fallo confirmado por la Corte Suprema, de 23 de junio de 2016³¹, se refería precisamente a un notario que no había verificado debidamente la identidad de quien se presentó a vender un inmueble, a pesar de que era 49 años menor que el verdadero titular de la cédula de identidad exhibida.

Como se entiende, era suficiente el mero cotejo de la apariencia física para evitar el fraude, no eran necesarios medios tecnológicos. ¿Esa elemental verificación se encuentra entre sus deberes legales? Pareciera que sí, y en todo caso resulta ser inequívocamente parte de lo que se entiende por *lex artis* notarial, como se expone a continuación.

IV. CULPA CONFORME AL DEBER GENERAL DE DILIGENCIA (*LEX ARTIS* NOTARIAL)

19. El deber general de diligencia está definido en el derecho común (art. 44 del Código Civil), con vocación a aplicarse a toda relación jurídica. Esa norma recoge una gradación o clasificación en tres tipos de diligencia (provenientes del derecho romano justinianeo), definidos en términos negativos, es decir, como patrones de comportamiento culpable o negligente. El estándar medio es el de la “culpa leve”, que es la falta de diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

Este estándar (culpa leve) corresponde al “cuidado ordinario”, a la “diligencia ordinaria”, aplicable por regla general a toda relación jurídica y equivale al comportamiento de un “buen padre de familia” o de una “persona razonable”. Es el estándar normal que debe cumplir cualquier persona en toda relación jurídica interpersonal (contractual o extracontractual), salvo que alguna disposición especial exprese exija un estándar superior (culpa levísima) o rebaje el nivel de cuidado a uno inferior (culpa grave o lata).

La explicación de por qué es exigible este estándar ordinario atiende al sentido común: las expectativas recíprocas de comportamiento en la sociedad descansan en un comportamiento razonable, a lo que ordinariamente se entiende por diligencia, al comportamiento de un hombre sensato, que no corresponde ni al más juicioso ni al más imprudente.

En la actualidad, la constatación de la diligencia o negligencia se efectúa comparando la conducta real del agente con aquella que podía

³¹ Rol N° 19.661-16.

esperarse de un buen padre de familia (o de la persona razonable)³². La actuación diligente se define así como la que legítimamente podían esperar los terceros de un hombre razonable colocado en una situación similar y, por ello, se sostiene que la diligencia y la culpa civil se aprecian *in abstracto*. Lo que juzga el derecho privado contemporáneo son actos externos, comportamientos, y no predisposiciones psicológicas o estados de ánimo, que escapan a las expectativas de comportamiento recíproco y que harían irracional la vida en común.

Definido en estos términos objetivos, el estándar del debido cuidado depende esencialmente, en la práctica judicial chilena, de la previsibilidad de los daños que se siguieron a la acción, declarando responsable al agente cuando se responde afirmativamente a la pregunta de si un hombre medianamente diligente, colocando en la misma situación y con calificaciones similares, habría debido prever la ocurrencia de ese daño (en este caso, un perjuicio al usuario de la notaría) y, en consecuencia, actuar de otra forma. Por esto, la jurisprudencia nacional define la diligencia y culpa civil como “una posibilidad de prever lo que no se ha previsto”³³.

Para determinar si la conducta del agente coincide o no con la del patrón del hombre diligente, algunas leyes especiales otorgan criterios aplicables a ciertos ilícitos (como ocurre, aunque pobremente, en materia de actividad notarial según lo expuesto). En tal caso se configura, como se dijo, una culpa infraccional.

20. Por otra parte, el hecho de que en el juicio de diligencia se opte por una apreciación *in abstracto*, no significa que en el mismo no se consideren ciertas circunstancias “externas”. Se trata de consideraciones objetivas, exteriores y, por tanto, constatables y oponibles a todos. De esta forma, no se altera la regla de que todos los atributos, calidades o deficiencias subjetivas del agente no se consideran para los efectos de medir la diligencia debida. Entre estas consideraciones externas se encuentran esencialmente dos grupos: aquellas que atienden a las condiciones en que se actuó y aquella referida a la calificación profesional del agente.

Es por ello que la conducta de un experto o especialista debe reconducirse siempre a los parámetros o protocolos que entrega su especialidad (la denominada *lex artis*). En el fondo, el umbral del comportamiento esperable para el caso de un agente experto está dado, en una medida importante, por el estado actual de la ciencia o técnica de la que es espe-

³² Respecto de esta percepción moderna de la diligencia debida en el derecho chileno: TAPIA, Mauricio, “Ciento Cincuenta años de responsabilidad extracontractual en Chile”, *in Responsabilidad civil. Liber amicorum a François Chabas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, pp. 41-75.

³³ Corte Suprema, 29 de marzo de 1962, *RDJ*, T. LIX, sec. 4^a, p. 21.

cialista. En el ámbito notarial esta consideración tiene especial relevancia, pues se trata de un especialista que requiere una formación con largos estudios (aunque en Chile no se ha podido avanzar hacia la exigencia –de sentido común– de cursos especializados en derecho notarial y prácticas profesionales en el área).

Por su parte, la jurisprudencia reconoce que el notariado es un oficio y que el profesional al aceptar el cargo asume que tiene las competencias suficientes y debe comportarse como tal. Por esto, una sentencia de primera instancia acerca de responsabilidad de un notario ha sostenido que son incluso deudores de deberes más severos, contextualizados por su oficio o especialidad³⁴. Además, en Chile son servicios bien remunerados y el usuario puede, legítimamente, esperar una calidad de la presentación que sea consistente con su retribución. Por último, esta actividad también envuelve actos de confianza, lo que reconduce también a examinar sus deberes bajo un prisma más severo.

En síntesis, si bien es cierto que el notario responde bajo el estándar legal de la culpa leve, esta debe ser contextualizada por el grado de su especialización profesional y también por el contexto en que presta sus servicios: un oficio que libremente decide organizar, con recursos suficientes, pudiendo y debiendo contratar medios tecnológicos, de seguridad y personal idóneo.

21. Expuesto esos antecedentes generales pertinente al deber general de diligencia en materia notarial, corresponde analizar en profundidad la noción de *lex artis* notarial.

Al respecto, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional reconocen que el estándar de diligencia que deben observar los notarios en el ejercicio de su actividad no tiene como única fuente la ley –esto es, el cumplimiento de lo preceptuado por el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Civil– sino, también, por las prácticas y usos normativos estimados generalmente como adecuados y razonables por el notariado, es decir, por su *lex artis*. En este sentido, se ha afirmado que “fuera de la responsabilidad por incumplimiento de deberes legales, los Notarios pueden quedar expuestos a responsabilidad por no comportarse como lo haría un buen Notario”³⁵.

22. La *lex artis* ha sido definida como el conjunto de “reglas reconocidas espontáneamente como expresión de un buen comportamiento, como aquello que usualmente se tiene por debido, y que se expresan en espec-

³⁴ 2º Juzgado Civil de Chillán, 29 de noviembre de 2014 (rol C-5845-2012). Esta decisión fue ratificada por la Corte Suprema, en uno de los fallos destacados y analizados en este estudio: Corte Suprema, 23 de junio de 2016 (rol Nº 19.661-16).

³⁵ PIZARRO, Carlos, *op. cit.*, p. 141.

tativas de seguridad y diligencia dentro de cada tipo de actividad”³⁶, es decir, constituyen los “estándares de cuidado que rigen una determinada actividad profesional”³⁷.

En particular, en relación con las funciones desarrolladas por los notarios, la doctrina ha reconocido la existencia de la llamada *lex artis* notarial, que configura una “especie de patrón de conducta que le es exigible aunque no esté prevista la función en forma expresa en la Ley”³⁸. En el mismo sentido, se ha afirmado que la *lex artis* notarial se encuentra configurada por “aquellas buenas prácticas del oficio notarial”³⁹.

En efecto, la *lex artis* es una de las principales fuentes del derecho notarial chileno, cuyo contenido se va configurando paulatinamente en el tiempo por la costumbre notarial, esto es, por la “reiteración en el tiempo de ciertas actuaciones notariales que vienen a solucionar en forma práctica y acertada las omisiones de la Ley y que permiten, por lo mismo, dar respuesta a situaciones en que, de no mediar ellas, podría ocurrir un perjuicio, una demora, simplemente una desatención profesional”⁴⁰.

Un ejemplo de estos usos o prácticas notariales se encuentra en la “custodia de documentos o valores”, o también llamadas “Instrucciones”, que acompañan documentos o valores representativos de dinero, y que no tienen regulación legal.

23. La jurisprudencia chilena también ha reconocido que el ejercicio de la actividad notarial no solo debe ajustarse a las reglas legales que lo regulan, sino además a la *lex artis*.

En tal sentido, la Corte Suprema ha afirmado recientemente, en uno de los fallos destacados en este estudio, que “la actividad de Notario, como profesional del Derecho, no aparece ajena a estos postulados y a las exigencias de desempeñar adecuadamente la función, de modo que su actuar debe ajustarse a la *lex artis* notarial, cuyo contenido debe considerar las características de su función a las que se ha hecho referencia en los considerandos precedentes y al *facere* típico del Notario, para determinar si se ejecutó adecuadamente su ministerio de acuerdo a los estándares normativos vigentes”⁴¹.

24. En consecuencia, los usos normativos que configuran la *lex artis* no son simples prácticas o hábitos, sino pautas de conducta obligatorias,

³⁶ BARROS, Enrique, *op. cit.*, p. 104.

³⁷ CORRAL, Hernán, *Responsabilidad civil de los Notarios*, Santiago, Chile, disponible en El Mercurio Legal: www.elmercurio.cl, 2016, p. 2.

³⁸ PIZARRO, Carlos, *op. cit.*, p. 141.

³⁹ CORRAL, Hernán, *op. cit.*, p. 1.

⁴⁰ VIDAL, Ignacio, *op. cit.*, p. 49.

⁴¹ Corte Suprema, 24 de octubre de 2016, Rol N° 14.317-2016, C°. 13.

establecidas según patrones de diligencia y cuidado generalmente aceptados y reconocidos por quienes ejercen el notariado⁴².

De esta forma, junto con los deberes que la ley les impone, la *lex artis* determina el estándar de diligencia que es exigible a los notarios, configurando el patrón de culpa leve por el que estos responden civilmente, esto es, el estándar de comportamiento razonable y prudente que es exigible a un buen notario en el ejercicio de sus funciones (art. 44 del Código Civil).

Luego, si el hecho dañoso se produce por la inobservancia de la *lex artis*, la conducta del notario será considerada *prima facie* negligente, dando lugar a su responsabilidad, sin necesidad de reconstruir por parte del juez un patrón de cuidado que debía guiar su conducta.

En este sentido, la jurisprudencia nacional también ha reconocido que el incumplimiento por parte de los notarios de aquellas reglas y usos que configuran su *lex artis*, hará surgir su responsabilidad civil, aun cuando no concurra una específica infracción legal. Al respecto, la Corte Suprema, en uno de los fallos destacados más arriba, ha afirmado que “sin embargo, existen casos que no es posible considerarlos bajo tal denominación, por no existir una infracción a un deber determinado claramente en la ley, pero en los que puede surgir también una responsabilidad menos precisa, pero más amplia, por haber incurrido el Notario en un comportamiento alejado de su *lex artis*”⁴³.

25. Ahora bien, ¿cómo se determina el contenido y alcance de la *lex artis* notarial?

Se ha entendido que la *lex artis* tiene un contenido evolutivo, por lo que su determinación muta con el tiempo.

Así, respecto de la determinación del contenido de la *lex artis* médica –aplicable, *mutatis mutandis*, a la determinación de la *lex artis* notarial– se ha afirmado que “desde antiguo se ha aludido a los usos propios del arte médico, esas prácticas que en forma paulatina y consistente van repitiéndose en el tiempo. La costumbre, entonces, es una fuente relevante para definir la *lex artis*...”. Ello se complementa, además, con “los protocolos o descripciones de cómo debe comportarse el médico, conforme la ciencia médica, lo que permite dotar de contenido a la *lex artis*”⁴⁴.

En el caso de los notarios, cobran especial relevancia los protocolos que establece cada ministro de fe para el funcionamiento de su oficio. Dichos protocolos deben recoger, a su vez, las prácticas estimadas como razonables y suficientes por los usos notariales vigentes.

Por ejemplo, en el caso particular del otorgamiento de una escritura pública estos protocolos establecen esa “serie de actos previos, coetáneos,

⁴² BARROS, Enrique, *op. cit.*, p. 104.

⁴³ Corte Suprema, 24 de octubre de 2016, Rol N° 14.317-16, C°. 12.

⁴⁴ PIZARRO, Carlos, *op. cit.*, p. 36.

o posteriores que conforman un solo todo y que normalmente terminan con la entrega de la respectiva copia auténtica del original que se conoce la ‘matriz’, que se inserta en el Protocolo notarial, y que queda guardada en el oficio por un tiempo y posteriormente se envía por el Notario al Archivo Judicial⁴⁵.

Además, se ha afirmado que también la jurisprudencia va reconociendo y definiendo los contornos de la *lex artis* notarial, con el auxilio de la doctrina, cuestión que es una evolución propia de la responsabilidad civil a partir de la codificación⁴⁶.

26. Al respecto, y volviendo a uno de los casos destacados más arriba para analizarlo en detalle de manera ejemplar, ¿cuál es el estándar de diligencia exigido por la *lex artis* notarial para la verificación de la identidad de los comparecientes en una escritura pública?

Tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional reconocen que la *lex artis* impone a los notarios el deber de verificar efectivamente la identidad de los comparecientes, efectuando un examen personal de sus cédulas de identidad; comprobando que estas no se encuentren visiblemente falsificadas o adulteradas; y, constatando que la apariencia física y firma de quien se presenta a suscribir la respectiva escritura, coincida con los datos que emanan del documento que exhibe.

En efecto, existen algunos antecedentes jurisprudenciales que reconocen este deber impuesto por la *lex artis* a los notarios.

Así, por ejemplo, la sentencia dictada por el Segundo Juzgado Civil de Chillán –ya citada–, en decisión confirmada por la Corte Suprema, declaró la responsabilidad civil de un notario que no habría cotejado la edad de la persona que figuraba en la cédula, autorizando la firma de otra persona muy menor que compareció suplantándola⁴⁷. El tribunal sostuvo que “el demandado, en su calidad de Notario Público Titular autorizó la escritura pública de que se ha venido diciendo, no obstante que la persona que compareció como vendedor contaba con 49 años menos que aquel, verificación que no requería más que de la simple observación y no de los medios tecnológicos para pesquisar la autenticidad de las cédulas de identidad...”⁴⁸.

La misma sentencia sostiene que la obligación del notario de dar fe de la identidad de los comparecientes no consiste en el mero hecho de la inclusión de sus datos identificatorios, sino que ella debe verificarse efectivamente y de un modo “razonable”⁴⁹. Es decir, la obligación del

⁴⁵ VIDAL, Ignacio, *op. cit.*, p. 131.

⁴⁶ PIZARRO, Carlos, *op. cit.*, p. 141.

⁴⁷ Segundo Juzgado Civil de Chillán, 29 de noviembre de 2014, Rol N° C-5.845-2012, C°. 13. Esta decisión fue ratificada por la Corte Suprema, en uno de los fallos destacados y analizados en este estudio: Corte Suprema, 23 de junio de 2016 (rol N° 19.661-16).

⁴⁸ *Ibidem*, C°. 13.

⁴⁹ *Ibidem*, C°. 14.

notario de verificar la identidad de los comparecientes debe ejecutarse de un modo “adecuado, conforme a razón, y proporcionado o no exagerado”⁵⁰, esto es, ponderando todos los elementos de juicio disponibles. Adicionalmente, esta sentencia también implícitamente afirma la no exigibilidad de medios tecnológicos adicionales para comprobar la identidad de los otorgantes.

A la misma conclusión arribó una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Rancagua, en un caso de suplantación de identidad de una persona fallecida. En este caso, la Corte sostuvo que “el occiso S.R.V., suplantado en la escritura de mandato origen de la causa en estudio, nació el 16 de julio de 1930, según consta del certificado de defunción rolante a fs. 195 vta. del proceso penal. El suplantador en cambio, según aparece de su extracto de filiación corriente a fs. 279 del mismo expediente, nació el 18 de julio de 1943. Hablamos, pues, de personas con trece años de diferencia de edad. Esa sola circunstancia hace difícil que un examen acucioso de la cédula de identidad del occiso, y su comparación con la persona que se tenía en frente, no descubrieran el engaño”⁵¹.

27. Por su parte, la doctrina nacional se inclina en el mismo sentido. Así, se ha sostenido que “una de las formas como el Notario puede dar esa fe de conocimiento [*de la identidad del compareciente*] es a través del conocimiento personal que de ella tenga. No existe, a decir verdad, otro medio más seguro... Nuestra legislación notarial después de la reforma de la Ley N° 18.181, tratándose de las escrituras públicas, solo optó por la acreditación de identidad mediante la cédula de identidad o el pasaporte o documento de identificación con que se les permitió el ingreso al país, tratándose de extranjeros o chilenos radicados en el exterior (art. 405 Código Orgánico de Tribunales)”⁵².

Este deber, que tanto la ley como la *lex artis* imponen a los notarios, se satisface efectuado un examen personal y acucioso de la cédula de identidad del compareciente, con la finalidad de detectar adulteraciones visibles u ostensibles en el documento exhibido, o incongruencias entre los datos que de ella emanan y la apariencia y firma de quien suscribe efectivamente el instrumento público⁵³.

En síntesis, en la materia, la *lex artis* impone a los notarios el deber de efectuar una verificación atenta de la identidad de los comparecientes, comprobando que la información que emana de la cédula de identidad exhibida coincida con la apariencia y firma de quien se presenta a suscribir el respectivo instrumento.

⁵⁰ *Diccionario de la lengua española*, Real Academia Española, 23ª ed.

⁵¹ Corte de Apelaciones de Rancagua, 21 de septiembre de 2001, Rol N° 17.508-2001, C°. 3.

⁵² VIDAL, Ignacio, *op. cit.*, p. 261.

⁵³ *Ibidem*, p. 262.

Una pregunta adicional interesante es si la *lex artis* notarial exige, en su estado actual, emplear medios complementarios para efectuar esa verificación, particularmente medios tecnológicos, cuestión que se examina a continuación.

28. En realidad, la utilización de medios tecnológicos no pasa hoy de ser una aspiración de la doctrina, que no es exigible conforme con la *lex artis* notarial. Por lo demás, ello requeriría de una modificación del Código Orgánico de Tribunales.

Acerca de este particular se ha afirmado que “hoy en día los Notarios chilenos operan bajo la lógica del papel y la atención presencial. Ha habido esfuerzos fragmentados de distintos Notarios (principalmente en la capital del país Santiago) de ofrecer desde sus sitios *web* la posibilidad de completar algunos documentos e imprimirlos en la Notaría, pero es un esfuerzo desordenado y poco informado a los usuarios... Lo anterior debe observarse en un contexto de modernización hacia las TICs [*nuevas tecnologías de Información y Comunicación*] que empezó con la dictación de la Ley N° 19.799 Sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha firma. Esta evolución no ha sido completada, siendo todavía en la práctica un proceso en marcha. Es así que elementos como la firma electrónica no se han masificado completamente en la vida jurídica y su uso no ha implicado una transformación radical del sistema. En este sentido, el sistema notarial chileno ha seguido en gran medida trabajando bajo los métodos tradicionales establecidos con el nacimiento del sistema procesal nacional”⁵⁴.

En definitiva, la utilización de medios tecnológicos –de manera complementaria o en sustitución del examen de la cédula de identidad– involucra una modificación de la práctica notarial que no se ha masificado y que, en todo evento, para resultar exigible requeriría de una modificación legal (Código Orgánico de Tribunales), desde el momento que es la propia ley la que debe determinar la idoneidad y fidelidad de estos medios.

En efecto, la determinación de si un determinado medio tecnológico –por ejemplo, la lectura biométrica de la huella de identidad– constituye una vía suficiente e idónea para dar fe de la identidad de comparecientes, en reemplazo o en complemento del examen de la cédula de identidad, es una decisión que le corresponde privativamente al legislador. No podría entonces un notario, de *motu proprio*, modificar el instrumento en donde el propio legislador ordena verificar la identidad de los comparecientes.

Esto es, conforme a la *lex artis*, el notario tiene la obligación de verificar la identidad de los comparecientes de manera razonable y diligente, efec-

⁵⁴ FIGUEROA, Daniel, *Modernización de las Notarías en Chile: aportes del modelo de CiberNotario a deficiencias de los servicios notariales*, Santiago, 2014, disponible en: www.sociedadpoliticaspublicas.cl, p. 17.

tuando un examen material detallado de la cédula exhibida; verificando que la apariencia de quien se identifica con el documento coincida con la fotografía estampada en este; y comprobando que la firma que consta en la cédula de identidad coincida con aquella rubricada en la escritura que se autoriza.

29. Por otra parte, exigir a todos los notarios la utilización de medios tecnológicos de verificación importaría en los hechos transformar la actividad de comprobación que exige la fe pública, en una actividad de investigación y control, más bien de índole policial, lo que escapa a sus funciones.

En efecto, los notarios no ejercen una función de policía ni de seguridad pública, que les imponga un deber estricto o de resultado en la verificación de la identidad de los comparecientes. Lo que la ley encomienda al notario es verificar, es decir, cotejar, comprobar o comparar, la identidad de quien figura en la cédula con aquella persona que efectivamente se presenta como compareciente a la suscripción del instrumento.

Sostener lo contrario llevaría al absurdo de hacer responsables a los notarios por toda suplantación de identidad o falsificación de cédula de identidad, convirtiéndolos en una suerte de seguro o garantía de todos los perjuicios que ello pudiera generar a un particular.

En efecto, conforme a la *lex artis* no es posible exigir a los notarios la detección de todo fraude o falsificación de las cédulas de identidad exhibidas por los comparecientes, ya que, como ha sostenido un autor nacional, “cuando la adulteración de una cédula de identidad es provocada por personas expertas en el tema, si no se cuenta con los medios mecánicos o los conocimientos suficientes puede suceder que aun cuando él emplee la debida diligencia, sea sorprendido. No hay que olvidar que cuando se practica la adulteración, lo que el delincuente tiene en vista es producir un documento que ante un examen detenido, pero siempre visual, sea tenido como auténtico”⁵⁵.

30. Es admisible destacar que así también se ha concluido en el derecho comparado. Por ejemplo, en la jurisprudencia española, precisamente en un caso de suplantación de identidad, se ha sostenido: “si bien la función del Notario a la hora de identificar a los intervinientes, no debe quedar relegada a un mero acto formal, tampoco se le puede exigir un deber de investigación sobre supuestas falsificaciones, cuando no existen datos aparentes de la que poder deducirla, ni la han deducido los principales interesados en el negocio jurídico concertado, y en el caso presente, a pesar de haber existido negociaciones previas entre el representante legal del demandante y las personas que comparecieron a la Notaría, aportando

⁵⁵ VIDAL, Ignacio, *op. cit.*, p. 262.

documentos de identidad falsos, nada detectaron sobre la suplantación de personalidad que finalmente se produjo. Si los prestatarios se identificaron mediante un documento que no levantó sospechas de falsedad, porque no presentaba elementos para apreciarla, no es procedente la acción ejercitada, por cuanto los perjuicios causados al recurrente no derivan de dolo, culpa, o de ignorancia inexcusable del demandado en el desarrollo de su profesión notarial, a los efectos del citado en el recurso art. 146 Reglamento Notarial, sino del posible ilícito cometido por quienes suplantaron la identidad de otras personas”⁵⁶. En el mismo sentido, en otro fallo español, se ha afirmado: “Pero no por ello puede irse más allá de lo que exigen las normas aplicables ni puede presumirse *a posteriori* que él debió ser consciente o advertir una falsificación o una suplantación de identidad cuando ello no estaba a su alcance con los datos de que disponía”⁵⁷.

En consecuencia, como acertadamente se ha sostenido, la actividad de verificación que exige la *lex artis* notarial no alcanza a la autenticidad de esos instrumentos públicos.

31. Por otra parte, y para abordar otro de los casos destacados, se ha afirmado lo siguiente en el derecho nacional acerca de una de las sentencias destacadas más arriba (Corte Suprema, 24 de octubre de 2016⁵⁸) y la extensión de la *lex artis* notarial al control de la calificación de poderes de actuación de las partes: “¿la *lex artis* notarial exige que un escribano controle la legalidad y autenticidad de los actos en virtud de los cuales los comparecientes dicen estar obrando en representación de otra persona incluso al nivel de tener que detectar la falsificación de un mandato? Si fuera así, todo Notario tendría que entrar a calificar los poderes en virtud de los cuales las partes dicen actuar, incluidos los apoderados o representantes de personas jurídicas. No es esta una labor que la ley encomiende a los Notarios ni puede razonablemente serles exigida, sobre todo pensando en las necesidades del tráfico de los negocios”⁵⁹.

Esta cuestión resulta más discutible a la luz de las prácticas notariales nacionales. Como se sabe, es habitual en el presente que en las escrituras públicas no se inserten los poderes con que actúan las partes (personas naturales o jurídicas), y que se incluya una frase final en los contratos en tal sentido, casi ritual, en orden a que “los poderes no se insertan por ser conocidos de las partes y del notario que autoriza, y a solicitud

⁵⁶ Audiencia Provincial Civil de Madrid, 22 de julio de 2014, Recurso N° 509-2013, Resolución N° 374-2014, C°3 (disponible en <http://www.poderjudicial.es>; consultado el 12 de enero de 2018).

⁵⁷ Audiencia Provincial Civil de Madrid, 6 de julio de 2017, Recurso N° 455-2017, Resolución N° 314-2017, C°4 (disponible en <http://www.poderjudicial.es>; consultado el 12 de enero de 2018).

⁵⁸ Rol N° 14.317-2016.

⁵⁹ CORRAL, Hernán, *op. cit.*, p. 2.

de aquéllas”. Desde esa perspectiva, podría sostenerse que el notario se encuentra declarando un conocimiento efectivo de ese acto y debiera responsabilizarse por la calificación de los poderes.

No obstante, así como en el caso anterior, me parece que esa declaración, en el estado actual del derecho notarial en Chile y de la *lex artis*, no comprende una obligación de investigación pertinente a posibles adulteraciones o falsificaciones que no resulten de manifiesto del texto del mandato (como groseros enmendados en el poder).

32. Por último, respecto del tercer caso que se ha destacado en este estudio⁶⁰, como se indicó, se trataba de un notario que decidió “interpretar” unas instrucciones como independientes de un contrato, extendido en la misma notaría, pero que había quedado sin efecto. Este caso no merece mayor discusión por el alcance de la *lex artis*. Como bien confirma la Corte Suprema, el notario había incurrido de esta forma en “negligencia en su ministerio”, pues la ley no lo faculta a interpretar un contrato o acuerdo (como una instrucción notarial). Los únicos habilitados para hacerlo son las partes o el juez.

La única misión que la *lex artis* notarial reserva para este profesional en la materia es ejecutar fielmente las instrucciones claramente otorgadas por las partes, situación que era precisamente lo que ocurría en este caso, en el que las partes habían querido independizar esa instrucción notarial de todo otro acuerdo.

V. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO POR EL HECHO AJENO

33. Es sabido que las notarías organizan libremente su oficio con la ayuda de funcionarios, abogados, asesores y otros dependientes que ellos mismos deben seleccionar, capacitar y supervigilar. Asimismo, es una práctica habitual que durante las ausencias del notario titular, un suplente cumpla sus funciones.

En estas hipótesis puede que el funcionario o el notario suplente se encuentre en el origen del acto negligente que causó daño al usuario, presentándose la pregunta de si el notario titular del oficio resultará gravado con la indemnización como tercero civilmente responsable.

La cuestión de la responsabilidad civil del notario por el acto de estos terceros se presenta de diferente forma según se juzgue bajo el estatuto contractual o extracontractual.

34. En cuanto a la responsabilidad por el hecho ajeno en materia extracontractual, la jurisprudencia nacional se ha resistido a extender las

⁶⁰ Corte Suprema, 11 de noviembre de 2011 (rol N° 3.016-2009).

presunciones de culpa previstas en el Código Civil o a transformarlas en responsabilidades estrictas, como ha ocurrido en algunos sistemas comparados. Así, en el derecho chileno se aplica un solo régimen de *responsabilidad por el hecho ajeno con presunción de culpa*, aunque sujeto a algunos matices para los distintos casos específicos previstos por el Código Civil.

35. Entre estos casos específicos, es la responsabilidad del empresario por el hecho de sus dependientes la que tiene mayor importancia práctica para este análisis de la responsabilidad de los notarios⁶¹. Fundada en dos normas de redacción bastante anacrónicas (arts. 2320 y 2322, que se refieren a *criados y sirvientes*), y a pesar de algunas vacilaciones jurisprudenciales, se puede concluir que en el derecho chileno existen en el presente dos regímenes básicos de responsabilidad del empresario: una responsabilidad por el hecho propio sujeta a la prueba de la culpa (por actuaciones de los órganos y representantes), y un estatuto de responsabilidad con presunción de culpa por el hecho de sus dependientes, que solo puede desvirtuarse si se prueba que ejerciendo la autoridad y cuidado debidos no habría podido impedir el daño⁶².

En el derecho comparado, sin embargo, existe una tendencia hacia la responsabilidad estricta del empresario por el hecho de sus dependientes (responsabilidad vicaria), que tiene varias justificaciones: garantizar el pago de la indemnización a la víctima (el trabajador generalmente no es solvente); obligar al que está en mejores condiciones para prevenir el daño a tomar las medidas adecuadas; impulsar a los empresarios a distribuir el costo de los accidentes mediante el seguro, etcétera.

Si bien formalmente en el derecho nacional la excusa de la diligencia del empresario sigue siendo admitida, la jurisprudencia ha interpretado tan extensivamente las condiciones de aplicación de la presunción, así como restrictivamente sus posibles excusas⁶³, que puede sostenerse que no se está muy lejos en la práctica de un esquema de responsabilidad estricta.

Por lo demás, las fallas anónimas en la organización empresarial son con frecuencia tratadas por la jurisprudencia como si fueran presunciones de responsabilidad por negligencia por el hecho propio. Una noción de

⁶¹ Al respecto, ZELAYA, Pedro, *La responsabilidad civil del empresario por los daños causados por su dependiente. Naturaleza y requisitos*, Pamplona, Aranzadi, 1995.

⁶² Varias sentencias han efectuado una aplicación indistinta de ambos preceptos. V. por ejemplo, Corte de Apelaciones de Concepción, 10 de agosto de 2000, confirmada por la Corte Suprema, 24 de enero de 2002, GJ, N° 259, 2002, p. 38.

⁶³ Para descargarse de la presunción de responsabilidad por el hecho del dependiente se debe probar que aun usando la diligencia debida por un "empresario diligente" no habría podido impedir el daño. La jurisprudencia juzga muy estrictamente estas condiciones, y así se ha fallado que es necesario acreditar que el empresario efectuó actos "positivos y concretos" dirigidos a impedir el hecho culpable del dependiente. V. Corte Suprema, 29 de septiembre de 1942, *RDJ*, T. XL, sec. 1ª, p. 212.

culpa difusa, que no exige singularizar el acto ilícito particular que provocó el daño, y que puede ser entendida como una de las más interesantes innovaciones jurisprudenciales nacionales en materia de responsabilidad civil⁶⁴.

En todo caso, de forma similar al derecho comparado, la jurisprudencia chilena exige para la aplicación de la responsabilidad del empresario por el hecho ajeno: una relación de dependencia entre el empresario y el agente del daño (la capacidad de “dar instrucciones” que se acredita usualmente con el contrato de trabajo); que el daño se produzca estando el dependiente bajo la vigilancia del empresario o en sus funciones (puede ser “con ocasión de las funciones”, según la jurisprudencia); y, que se acredite por la víctima un hecho culpable del dependiente que esté en relación de causalidad con el daño provocado.

36. Como se entiende, conforme con este esquema es perfectamente posible que pueda hacerse responsable al notario por los actos negligentes o dolosos de los funcionarios de su oficio que causen daños a los usuarios, por ejemplo, en la custodia de documentos o en la autorización de actos ostensiblemente irregulares. Evidentemente, siempre que se cumplan los requisitos de aplicación que acaban de describirse.

No obstante, no fue ese el camino seguido por el importante fallo de la Corte Suprema, de 24 de octubre de 2016⁶⁵. En efecto, en este caso la negligencia había sido cometida por el notario suplente, y el fallo aplicó la regla del artículo 402 del Código Orgánico de Tribunales, que dispone que el titular puede proponer el abogado que deba reemplazarlo “bajo su responsabilidad”. La solución parece lógica. Efectivamente, a pesar de que la responsabilidad alegada se fundaba en el estatuto extracontractual, es mucho más difícil sostener que un “suplente” tenga “dependencia” del titular, y pueda convertir a este en tercero civilmente responsable bajo la modalidad de responsabilidad por el hecho ajeno. Ambos son profesionales, que deben estimarse autónomos e independientes en el ejercicio de su función –fundada en su competencia y calificación–, y entre ellos lo usual es que no exista vínculo formal de subordinación alguno.

37. Más allá, y siempre en el ámbito extracontractual, es posible recurrir al artículo 2317 del Código Civil, para el caso que sea viable sostener que ambos incurrieron en la ejecución del acto negligente o doloso, derivando de ello su responsabilidad solidaria. Como se sabe, en la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno se discute la procedencia de esta norma, pues no se trataría de un mismo acto: un acto

⁶⁴ V. por ejemplo, una antigua sentencia sobre esta materia: Corte Suprema, 30 de noviembre de 1923, *RDJ*, T. XXII, sec. 1ª, p. 681.

⁶⁵ Rol N° 14.317-2016.

negligente *in eligendo* del notario y la actuación concreta del funcionario. No obstante, como se señaló más arriba, la tesis de la obligación *in solidum* puede hacer superar esa dificultad, así como está ocurriendo jurisprudencialmente en materia médica⁶⁶.

38. Por último, bajo el estatuto de la responsabilidad contractual no se presenta discusión alguna acerca de la existencia de una responsabilidad por el hecho ajeno, por no ser ella concebible. En efecto, según el artículo 1679 del Código Civil, “en el hecho o culpa del deudor se comprende el hecho culpa de las personas por quienes fuere responsables”.

Así, el notario resulta responsable civilmente –como si fuese su hecho propio– por todas las actuaciones de los funcionarios de su oficio, abogados, asesores o suplentes, en la medida que libremente ha decidido seleccionar, capacitar y supervigilar a estos terceros en quienes confía la ejecución de una prestación contractual que le fue encomendada a él por un usuario. Respecto de este usuario del servicio, es el notario quien permanece como único obligado, y ninguna excusa sería admisible derivada de la circunstancia de que la prestación haya sido ejecutada defectuosamente por una supuesta exclusiva responsabilidad de ese tercero.

VI. DAÑOS INDEMNIZABLES EN RESPONSABILIDAD CIVIL DEL NOTARIO

39. Es sabido que el Código Civil solo regula los daños patrimoniales (daño emergente y lucro cesante) que pueden demandarse en acciones de indemnización de perjuicios (contractuales o extracontractuales). El daño moral corresponde a una categoría creada y desarrollada por la Corte Suprema a partir de 1922, así como en otros países, hoy ampliamente indemnizado en Chile (en materia contractual y extracontractual) y reconocido en leyes especiales nacionales (como la ley de consumidores).

Sobre la base de estas categorías tradicionales se han planteado, como es evidente, las acciones de responsabilidad civil contra los notarios.

40. Así, en el fallo de la Corte Suprema, de 11 de noviembre de 2011⁶⁷, se había demandado por el monto del cheque entregado erróneamente por el notario a su girador y se le condenó al pago de su monto íntegro como reparación del daño emergente.

Por su parte, en el fallo confirmado por la Corte Suprema, el 23 de junio de 2016⁶⁸, se condenó al notario a pagar 15 millones de pesos por daño moral a la víctima. En la especie, se había solicitado el valor del inmueble perdido por concepto de daño emergente, pero luego se

⁶⁶ V. al respecto: Corte Suprema, 31 de enero de 2018, rol N° 9.189-2017.

⁶⁷ Rol N° 3.016-2009.

⁶⁸ Rol N° 19.661-16.

comprobó que la inscripción originada por el título suscrito mediante suplantación de identidad había sido cancelada, con lo que desaparecía el perjuicio patrimonial. La víctima fue indemnizada, finalmente, por la angustia permanente causada por dos años de incertidumbre, siendo que se trataba de una persona de avanzada edad y enferma.

Por último, el fallo de la Corte Suprema, de 24 de octubre de 2016⁶⁹, se refería a un notario que había autorizado una compraventa sobre la base de un mandato falso. En él se le condenó a la suma de 14 millones 200 mil pesos por daño patrimonial y 4 millones por daño moral.

La calificación de estos daños, y su procedencia en materia de responsabilidad civil del notario, no genera cuestionamientos. Efectivamente, la negligencia de este profesional puede afectar el patrimonio de sus usuarios (en términos de pérdida efectiva o privación de ganancias futuras), y generar angustias y padecimientos morales.

41. No obstante, existe otra discusión interesante en materia de daños indemnizables por la conducta negligente de un notario, referida a la *pérdida de una chance u oportunidad de un crédito o de negocios*, que está presente en el derecho comparado desde hace décadas y que en Chile comienza a discutirse (y en algunas materias a admitir su procedencia), según se expone a continuación⁷⁰.

42. Como se sabe, en el derecho civil la regla general es que se condena a la indemnización únicamente cuando existe certeza de que la acción culpable del agente le causó un daño a la víctima.

No obstante, hay casos en que se desconoce si la negligencia causó efectivamente el daño, pero sí se sabe que al menos destruyó una oportunidad de evitarlo. A este daño se le denomina en el derecho comparado *pérdida de una oportunidad o de una chance* (el vocablo “chance” es un galicismo en principio tolerado por el Diccionario de la Real Academia Española)⁷¹.

⁶⁹ Rol N° 14.317-16.

⁷⁰ He tenido oportunidad de estudiar la recepción de la teoría de la pérdida de una chance en el derecho chileno en la siguientes publicaciones: TAPIA, Mauricio, “Pérdida de una chance: ¿Un perjuicio indemnizable en Chile?”, en ELORRIAGA DE BONIS, Fabián (coord.), *Estudios de derecho civil VII. Jornadas nacionales de derecho civil*, Viña del Mar, 2011, Santiago, AbeledoPerrot-Thomson Reuters, 2012, pp. 645-674; y, “Pérdida de una chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena”, en *Revista de Derecho-Escuela de Postgrado* (Santiago de Chile), N° 2, semestre 1, 2012, pp. 251-263.

⁷¹ Respecto de la evolución de la pérdida de una oportunidad en Francia (de donde proviene el desarrollo de esta teoría), los estudios de François Chabas: “La perte d’une chance en droit français”, coloquio sobre los *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Ginebra, Centre d’études européennes, 1991, p. 131 y s.; “La perte d’une chance dans le droit français de la responsabilité civile”, *Responsabilità civile e previdenza*, 1996, N° 2, pp. 221 y s.; y, *Cien años de responsabilidad civil en Francia, Colección de derecho francés contemporáneo*, París, van Dieren Editeur, 2004; Edición chilena: Santiago, Flandes Indiano, 2009, traducción y notas de Mauricio Tapia.

43. Por ejemplo, el abogado que omite presentar un recurso y hace perder al cliente la chance de ganar el juicio; el notario que olvida certificar un documento, haciendo perder al cliente una oportunidad de negocio; el transportista que lesiona al caballo antes de la carrera, haciendo perder a su propietario la posibilidad de acceder al premio; el accidente que impide a un estudiante rendir un examen y titularse; el acto de competencia desleal (como una publicidad comparativa engañosa) que impide a un competidor aumentar su clientela; el médico que omite un examen, privando al paciente de la oportunidad de someterse a un tratamiento, o cuando sin ajustarse a la *lex artis* se sana una herida, perdiendo el paciente las chances de evitar una invalidez; el retraso del vuelo de un avión, que hace perder al cliente la posibilidad de cerrar un negocio; etcétera.

44. En todas estas hipótesis existe para la víctima un bien aleatorio que se encontraba en juego (ganar el proceso, cerrar el negocio, recobrar la salud, evitar la muerte, obtener un premio, acceder a una profesión, etcétera) y el agente destruyó ese potencial de oportunidades con su acción u omisión negligente (olvidó apelar, descuidó certificar un documento, omitió un examen médico, accidentó al caballo, lesionó al postulante, etcétera).

45. Se estima que es un bien aleatorio –y esto es relevante para discernir su régimen jurídico– porque de todas formas, aún sin haber cometido el agente negligencia alguna, la víctima podría no haber obtenido el beneficio o evitado el perjuicio (se pudo haber rechazado la demanda por otras causas; el negocio se pudo frustrar por desistimiento de la contraparte; el paciente pudo haber de todas formas perecido; el postulante pudo fracasar en el examen; etcétera).

Porque solo existe certeza –y relación de causalidad– respecto de la pérdida de oportunidades generada, la indemnización se reduce a una estimación del valor de esa chance desaparecida. Usualmente, se expresa ese valor en un porcentaje de oportunidades perdidas, que se multiplicará por el valor total del bien en juego.

46. Son estos casos los que condujeron a una evolución en el derecho francés, iniciada tímidamente en 1899, impulsada de forma más decidida desde 1932 (y en materia médica desde 1960), en orden a indemnizar esta denominada *pérdida de una oportunidad* o de una *chance*⁷². A

⁷² Su reparación es admitida ampliamente por la doctrina y jurisprudencia francesa. V. por ejemplo: Aubry et Rau, *Cours de droit civil français, Responsabilité délictuelle*, t. VI-2, por N. Dejean de la Bâtie, 8^o ed. sous la direction de André Ponsard y Ibrahim Fadlallah, Paris, Libraires Techniques, 1989, 36 y s.; Jean Carbonnier, *Droit Civil, Les obligations*, t. 4, Paris, PUF, Thémis Droit Privé, 2000, 22^o edición refundida, p. 378 y s.; Jaques Flour, Jean-Luc

ese sistema jurídico comparado se debe un desarrollo sofisticado de este perjuicio.

47. En el presente, particular importancia tiene el extraordinario desarrollo de la pérdida de una oportunidad de sanar o sobrevivir, generada por la acción culpable de un médico. En efecto, es en esta área profesional donde las incertidumbres son abundantes, siendo la pérdida de una chance una alternativa para, así como se expone en este estudio, al menos indemnizar “parcialmente” al paciente (aunque la indemnización es parcial en relación con el resultado final, pero no en relación con la chance perdida).

De esta importancia da testimonio elocuente la jurisprudencia chilena reciente, que desde el importante fallo de la Corte Suprema, de 3 de diciembre de 2015, viene concediendo, en cerca de una docena de fallos de idéntico fundamento, la indemnización de la pérdida de una chance en materia médica⁷³.

48. En cuanto a la responsabilidad civil del notario, dos tipos específicos de pérdida de una chance resultan relevantes: la *pérdida de un crédito* y la *pérdida de una oportunidad de negocios*.

49. La *pérdida de un crédito* ocurre cuando el acto culpable de un profesional del derecho –como un notario– hace perder a un tercero una garantía o lo priva de un mecanismo de cobro de un crédito (por ejemplo, si olvida autorizar un instrumento que materializa un título ejecutivo).

El alea también interviene en este perjuicio, pues aún sin la falta del profesional el acreedor podría no haber recuperado el crédito (por ejemplo, si el deudor era contumaz o insolvente).

Por ello, lo usual es que esta pérdida de una oportunidad es únicamente reparada cuando la víctima no puede obtener el pago del crédito por otras vías de derecho y sujeto a algunos resguardos⁷⁴.

Aubert et Eric Savaux, *Droit civil, Les obligations, 2. Le fait juridique*, Paris, Armand Colin, 2001, 9° ed., p. 126 y s.; Philippe Le Tourneau y Loïc Cadet, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz Action, 2002-2003, p. 371 y s.; Philippe Malaurie y Laurent Aynès, *Obligations. Responsabilité délictuelle*, Paris, Ed. Cujas, 2001-2002, 11° ed., pp. 139 y s.; Henri, Léon y Jean Mazeaud, y François Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations, Théorie générale*, t. II, 1 v., Paris, Montchrestien, 1998, 9° edición por François Chabas, p. 416 y s.; Boris Starck, Henri Roland y Laurent Boyer, *Obligations, 1. Responsabilité délictuelle*, Paris, Litec, 1996, 5° ed., p. 61 y s.; François Terré, Philippe Simler y Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Précis Dalloz, 2002, 8° ed., p. 679 y s.; Geneviève Viney y Patrice Jourdain, *Les conditions de la responsabilité, Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin*, Paris, L.G.D.J., 1998, 2° ed., p. 71 y s.

⁷³ Corte Suprema, 3 de diciembre 2015 (rol N° 29.365-2014). En el mismo sentido, por ejemplo: Corte Suprema, 22 de septiembre de 2016 (rol N° 9.481-2016), y 25 de octubre de 2016 (rol 22.751-2015).

⁷⁴ Transformándose el profesional en una especie de deudor *subsidiario* de la obligación.

En el caso fallado por la Corte Suprema, el 11 de noviembre de 2011 (rol N° 3016-2009), se presentó explícitamente esta discusión acerca de la naturaleza del daño a cuya reparación se estaba condenando al notario. El voto de mayoría, como se dijo, indemnizó, como daño emergente, el monto total del cheque que había sido dejado con instrucciones y que fue indebidamente restituido por el notario a su girador. El voto de minoría, por su parte, redactado por la ministra Rosa Egnem, argumenta en el sentido que la conducta negligente del notario “a lo más pudo significar ver privada a la demandante de la posibilidad de cobro del documento... toda vez que la posibilidad de cobro corresponde a una contingencia incierta”. El razonamiento es acertado, ya que nada garantizaba que entregado a la víctima ese cheque haya podido ser cobrado (la cuenta podía haber estado cerrada, se podía haber cursado una orden de no pago, los fondos podían ser insuficientes, etc.), por lo que su conceptualización correcta corresponde a la pérdida de una oportunidad de cobrar ese crédito. Así, su indemnización debía ser proporcional a las posibilidades de cobro que se perdieron con esa acción negligente, y no al monto total expresado en el cheque.

50. Por último, en materia notarial también se presentan hipótesis en que la acción negligente hace perder a la víctima una *oportunidad de negocio o de ganancia*. Por ejemplo, si el notario descuida la constitución en tiempo y forma de una sociedad que le había sido encomendada en miras a la participación en un negocio.

En el derecho chileno existe al menos un caso relevante, fallado por la Corte Suprema, el 4 de julio de 2011⁷⁵, aunque no está referido directamente a la responsabilidad de un notario. Se trataba de una demanda de responsabilidad contractual interpuesta por un cliente contra su banco. Este último había castigado una deuda, informándola al boletín comercial, pese a estar amparada en un pagaré vencido y pudiendo cargar el monto adeudado a la cuenta corriente (además, el cliente había pagado parte del capital y de los intereses). El demandante alegó, entre otros daños, la pérdida de una oportunidad de efectuar negocios; específicamente, la privación de la oportunidad de ingresar como socio a una sociedad comercial, producto del antecedente comercial negativo informado al boletín comercial. No obstante, en opinión de la Corte, el demandante no habría aportado pruebas suficientes del porcentaje social que tenía expectativas de obtener ni acerca de las utilidades a las que podía acceder por esa vía⁷⁶. En síntesis, la sentencia estimó –en términos de pérdida de una oportunidad de ganancia– que no se acompañaron pruebas concluyentes

⁷⁵ Rol N° 137-2010, L.P. N° 49550.

⁷⁶ Considerando 15° (sentencia de reemplazo).

acerca de la existencia de la chance y de su entidad, esto es, cuál era el negocio de que se privó al demandante y cuál era su rentabilidad potencial.

En atención al acelerado desarrollo de este nuevo daño indemnizable en Chile, no sería extraño que hipótesis de pérdida de oportunidades de negocios se presenten en el ámbito de la responsabilidad civil de los notarios.

VII. CONCLUSIONES

51. De lo expuesto en este estudio acerca de la responsabilidad civil de los notarios en el derecho chileno pueden extraerse dos conclusiones principales.

Por una parte, que los necesarios proyectos de reforma duermen en el Congreso sin que nadie altere su sueño, cuestión que parece que se prolongará en el futuro cercano si se toman en cuenta los anuncios recientes de las autoridades. Estos proyectos, entre otras materias, intentaban perfeccionar los deberes y responsabilidades de los notarios, tan pobremente desarrollados por la legislación vigente.

Por otra parte, la jurisprudencia chilena, si bien no da cuenta de una actividad intensa en materia de responsabilidad civil notarial (probablemente, por la alta frecuencia de acuerdos extrajudiciales reparatorios), sí ha efectuado contribuciones valorables en la definición de varios de sus elementos. Así ocurre en materia de estatuto de responsabilidad aplicable, función de deberes legales específicos, conceptualización de la *lex artis* notarial, responsabilidad del notario por el hecho ajeno y naturaleza de los daños indemnizables en este ámbito.

FE DE IDENTIFICACIÓN, FE DE IDENTIDAD, FE DE CONOCIMIENTO

IGNACIO VIDAL DOMÍNGUEZ
Notario de Talca
Profesor de Derecho Notarial
U. de Talca

I. SOBRE LOS TÉRMINOS INDIVIDUALIZAR E IDENTIFICAR

En primer término es necesario precisar que los términos INDIVIDUALIZAR e IDENTIFICAR no son sinónimos.

Hacemos este alcance previo pues no es difícil encontrar entre colegas abogados y también notarios la confusión entre ambos conceptos.

El concepto INDIVIDUALIZAR comprende los datos civiles que diferencian a una persona de otra y estos son: nacionalidad, estado civil, profesión o actividad, edad, domicilio, y por supuestos los nombres y apellidos.

El concepto IDENTIFICAR se refiere exclusivamente a aquellos datos que sirven para cerciorarse de quién es la persona que se tiene enfrente. Y ello se determina con la Cédula de Identidad o el pasaporte o, en el caso de nuestra legislación, con el documento con que se le permitió su ingreso al país, según el artículo 405 del Código Orgánico de Tribunales.

En sentencia de 23 de agosto de 1994 la Corte Suprema señaló esta distinción y dijo que dentro del concepto Individualizar estaba considerado en nuestra legislación el otro concepto. Dijo: “De dicho texto –se refiere al artículo 405 COT– aparece meridianamente claro que el legislador distinguió lo que es la individualización y las dos formas de identificación”.

Entremos a nuestro tema:

Factor determinante para la actividad desempeñada por el notario lo es una adecuada calificación de la identificación de quien concurre a su oficio con el fin de suscribir algún instrumento sea público o privado.

Un fallo de la Corte Suprema de 16 de mayo de 1988 señala que el bien jurídico que se pretende cautelar con la identificación de los

interesados consiste en que exista certeza en cuanto a que las personas que aparecen otorgando una escritura pública sean realmente quienes han comparecido a ella.

Dos Congresos Internacionales del Notariado Latino se refieren a este tema. En Madrid, en 1950, se señaló que “Es función y deber del notario cerciorarse de la identidad de los otorgantes, certificando o dando fe de conocerlos”. En París, en 1954, se pide al legislador de cada país adherido a la Unión Internacional “... facilite y asegure procedimientos para la identificación de las personas ...”. Ello porque es precisamente quien dicta las leyes el que debe arbitrar los medios para que quien debe dar fe cuente con un medio creíble de certeza en qué apoyarse.

Con estos acuerdos se reconoce a la “fe de conocimiento”, o más bien preferible denominarla “fe de identificación”, una importancia tan grande que sin ella toda la estructura jurídica de los negocios se derrumbaría.

Sin embargo, una pequeña parte de la doctrina opina que ella es una exigencia obsoleta, impracticable y casi discriminatoria en tanto solo sirve a los escribanos.

Es curiosa esta manera de ver las cosas, pues en el derecho romano y latino la función notarial es el respaldo de la mayor parte de las contrataciones entre personas.

Pienso que no es tema relevante discutir la validez de aquella opinión, al menos en este trabajo.

Y otra cosa previa:

Es necesario señalar que la doctrina distingue entre “identidad” e “identificación”, siendo la primera aquella que caracteriza a cada individuo como un ser singular dentro de su especie por sus características internas, externas, intelectuales y vivenciales propias. Es, en suma, todo aquello que hace que cada cual “sea uno mismo” y no “otro”.

La “identificación”, en cambio, es el proceso en el que es posible descubrir “en un determinado ser ese principio de invariabilidad y diferenciación y fijarlo de manera permanente, para reconocerlo y confrontarlo en el momento en que sea necesario”¹.

De ello resulta que lo que debe resolver el notario es la “identificación”, lo que deberá llevar a cabo utilizando para ello los medios que la ley le entrega y permite utilizar.

De esta forma la Fe de Identificación (como preferimos llamarla), para el Derecho Notarial consiste en la “afirmación hecha por el Notario de que determinada persona es en sí, en su esencia, el mismo que afirma ser, en su identidad personal e idoneidad subjetiva, y no otro distinto del mismo, y de posible confusión”².

¹ SIRI GARCÍA, Julia, “Identificación de las personas”. V Congreso Notarial del Mercosur, Santiago, 1999.

² GONZÁLEZ, Carlos E., *Derecho Notarial*. Edic. Fedye, Bs. Aires.

Ahora bien, en el desarrollo del proceso de identificación, surgen tres elementos bien diferenciados: el sujeto otorgante; el nombre con que ese sujeto es individualizado, y el notario, funcionario encargado por la ley para afirmar la perfecta coincidencia entre los dos primeros a base de su propia convicción, la que debe lograr utilizando para ello, como se ha señalado, los medios que la ley pone a su disposición.

En nuestro país los medios que posee el notario para tener por acreditada la identificación de las personas varía, a nuestro juicio, según se trata de instrumentos públicos o privados.

El artículo 405 del Código Orgánico de Tribunales expresa que las escrituras públicas deberán indicar "... el nombre de los comparecientes, ... y cédula de identidad, salvo en el caso de extranjeros y chilenos radicados en el extranjero, quienes podrán acreditar su identidad con el pasaporte o con el documento de identificación con que se les permitió su ingreso al país".

El artículo 405 en su texto anterior a la reforma de la Ley N° 18.181 decía que en la escritura pública "el notario *deberá dejar constancia de conocer a los otorgantes, o de habersele acreditado su identidad con la cédula personal respectiva, ...; o con la aserción firmada en el mismo registro, de dos testigos honorables*, conocidos del notario, vecinos del departamento y hábiles para testificar".

La norma legal en actual aplicación es sin duda más limitante en los medios de que dispone el notario para tener por acreditada la identificación. La ley solo le permite utilizar o servirse de dos medios externos: la cédula de identidad o el pasaporte u otro documento con el que ingresó al país.

No sirven para la escritura pública otros medios que quizás pudieran ser también efectivos, como el conocimiento personal del notario, o la aserción de dos testigos honorables al decir del antiguo texto del citado artículo 405.

Pareciera que el conocimiento personal del notario pudiera ser más efectivo, en su caso, que incluso la cédula de identidad o pasaporte, el que –aun cuando no sea muy habitual– puede ser falseado.

Y decimos que pareciera ser de más certeza pues se ha conocido por la prensa de ciertas personas residentes en cierto territorio y conocidos de sus vecinos con tal individualidad pero que a raíz de diligencias investigativas de los tribunales han resultado tener una identidad diferente y que la habían "cambiado" precisamente para eludir la justicia.

Así ha resultado que la identidad real de ciertas personas que han vivido durante un largo tiempo en otros países difiere mucho de la aparente con que se presentan hoy y que lo hacen en virtud de contar con documentos identificatorios falsos, creados *ex profeso*.

La comunidad en la que se desenvuelven estos sujetos los acepta e identifica con la identidad que ellos presentan y que no corresponde a la real.

Ejemplo de ello lo entrega la conocida la situación de muchos jerarcas nazis que se encontraban residiendo en distintos países especialmente sudamericanos bajo identificación falsa; o los testigos protegidos del

sistema norteamericano de justicia a quienes se les sustituye su identidad totalmente incluyéndose a la familia directa.

En nuestro país tenemos un caso más reciente: el de un sacerdote argentino que ejercía su ministerio en la localidad de El Quisco o El Tabo. Todo el mundo lo conocía bajo un cierto nombre y apellidos. Sin embargo hace algunos años (fines de los años 90) fue descubierto por la policía como un exagente de los servicios represores de la dictadura argentina. Fue detenido y extraditado.

En suma, ya el “conocimiento personal” no es confiable en la actualidad.

Sí lo fue en tiempos muy remotos cuando la íntima comunidad de vida, como dice el colega Eugenio Gaete en un trabajo respecto de este tema y citando al tratadista argentino Eduardo Pondé, hacía prácticamente imposible que escapase al conocimiento de todos alguna cosa y por ello la actividad individualizante no era necesario. No había quien no supiese quién era quién. Todos se conocían. Y ello no obstante que en su época las personas solo eran titulares de nombres, sin apellidos, y al nombre se seguía por lo general una referencia al lugar de donde provenían. Así lo eran Pedro de Arimatea, Pablo de Tarso, etc. Otros se diferenciaban por tatuajes y que diferenciaban a los clanes, a las tribus, etcétera.

Más adelante volveremos acerca de esto.

Ahora bien, decíamos que en materia de acreditación de identidad debemos distinguir entre las escrituras públicas y aquellos documentos conocidos como instrumentos privados.

En materia de escrituras públicas la ley solo nos permite lo que ya sabemos: la cédula de identidad, el pasaporte o el documento con el que se permitió el ingreso al país.

No cabe duda de ello toda vez que la disposición en comento (artículo 405 citado) se encuentra consignada en el Código Orgánico de Tribunales en el párrafo 7 numeral 2 titulado “De las escrituras públicas”.

A mi juicio debemos concluir que solo afecta a dicho tipo de documentos.

Y entonces, ¿qué sucede con los llamados “instrumentos privados”, que son de diaria y masiva aplicación notarial?

No definiendo la ley qué es un instrumento privado, debe entenderse por tal todo aquel que no constituye un instrumento público.

Pero antes de entrar en ese tema detengámonos un instante en analizar una situación que para nosotros es obvia.

En la escritura pública el notario debe basar su apreciación en los documentos identificatorios que le señala la ley. Lo que involucra un riesgo. Su convencimiento de la identificación no es ni puede ser absoluta *pues ello estará limitado a la idoneidad o eficacia del documento al cual el ministro de fe debe remitirse, el que, como es sabido puede ser objeto de adulteraciones que van desde la burda hasta la más sofisticada.*

La falsificación o adulteración de documentos de identidad es de cierta habitualidad. Quien desea defraudar busca el medio para hacerlo y en la

actualidad existen medios de reproducción tan sofisticados que permiten crear símiles de absoluta calidad.

Por ello la ley no solo debe crear un medio seguro y eficaz para acreditar la identidad, sino además crear los medios de resguardo para el funcionario que debe emitir un juicio basado en el documento que el Estado ha producido a ese fin.

Si el medio creado y proporcionado por el Estado es deficiente, de mala calidad ¿por qué pedirle al ministro de fe notario que sea más acucioso que lo que normalmente es posible requerir?

El Estado debe asumir su responsabilidad en cuanto a producir documentos y medios eficaces que aseguren a los agentes encargados de utilizarlos, el no incurrir en errores producto de la mala o deficiente calidad de ellos y en tanto empleen la debida diligencia en su gestión.

Actualmente el Estado proporciona un documento de identidad que se asegura es inviolable. *Sin embargo hemos tenido noticias que ya el delincuente ha descubierto la manera de crear o adulterar cédulas.*

Indudablemente que en cuanto a producir medios más difíciles de falsear el Estado ha hecho un enorme avance, pero no se puede desconocer la habilidad del delincuente para aprovecharse de los modernos medios de reproducción.

Las más frecuentes adulteraciones de que podía ser objeto un documento de identidad antiguo eran:

- Abrir la Cédula y cambiar parte o toda la información pegando partes de otras cédulas. Ello no era perceptible a primera vista, pero sí al trasluz.
- Cambiar la foto de la Cédula usando la misma técnica de cortado y pegado, plastificándola nuevamente.
De aquí la importancia de la práctica en esa época de no aceptar documentos plastificados en forma diferente al original del Registro Civil, ya que al tacto por sobre la fotografía, como medallón, revelaba un sello especial en sobrerrelieve.
- Imprimir o dibujar texto sobre la Cédula usando la misma tipografía. Ello era posible de percibir al tapar el nuevo texto sobreescrito en la filigrana de seguridad que tenía la cédula original.
- Adulterar la firma con otras tintas, borrando parte o la totalidad de ella³.

La cédula de identidad actualmente vigente y que presenta varias complejidades al querer falsearla también ha sido adulterada, como ocurre, por ejemplo, con las tarjetas de crédito bancarias o de casas comerciales.

³ Información acerca de Mecanismos de Seguridad de la Cédula Nacional de Identidad. Boletín Asoc. Notarios y Conservadores de Chile, diciembre 1994, p. 20.

O sea, la inviolabilidad prometida en el momento de su aparición a la vida pública no ha resultado del todo cierta.

Tenemos así que al ser el documento de identidad sujeto eventual de adulteraciones, muchas veces ellas muy perfectas, debemos aceptar que el notario más que calificación de la identidad del individuo, lo que realiza es en verdad una *calificación de la idoneidad o aptitud del documento identificante a su finalidad*.

Así lo estimó el 2º Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, Madrid 1950, cuando señaló que “la certificación o dación de fe de conocimiento, ha de ser, más que un testimonio, la calificación o el juicio que el notario formule o emita, basado en una convicción racional que adquiere por los medios que estima adecuados, actuando con prudencia y cautela”.

Si antes de *engañar* al notario un compareciente en vías de suplantar a otra persona ha realizado en el documento identificatorio una falsificación o adulteración sustancial, puede ocurrir que ella no pueda ser advertida sin un estudio y análisis prolijo *que no es dable exigir en un funcionario cuya exigencia profesional es otra*. Sabemos que la policía utiliza para determinar la existencia de una falsificación de sofisticados procedimientos y equipos que, obviamente, no están al alcance del notario. A más que este debe calificar la identidad y lo habilitante del documento que se le presenta con cierta inmediatez. La policía dispone además de un tiempo que se acomoda a su análisis.

Entramos así en un problema muy especial, ¿hasta qué punto puede exigírsele al notario –hombre de leyes– el determinar si un documento es o no idóneo al fin que se persigue con él?

¿Puede el notario, con sus conocimientos de derecho y que no lo convierten en lo absoluto en un periciador de falsificaciones emitir juicio cabal respecto de la autenticidad de un documento de identidad?

Existe un fallo de la Excma. Corte Suprema (*Fallos del Mes 331*, p. 386) que en alguna forma toca este punto cuando rechaza una impugnación por falsificación de firma de un aval en un pagaré y señala que: “la firma del aval resultó falsa, pero figura la constancia del número del RUN, que es un dato no falso. El notario autorizó la firma dando fe de la identidad mediante el examen del instrumento creado por la ley a tal efecto”.

Con todo, podemos anotar las siguientes situaciones en las que se puede encontrar un notario cuando debe dar por acreditada una identidad:

1. Si el documento no presenta señales de adulteración evidentes y que el notario de acuerdo con su correcto actuar no pudiera advertir, es evidente que él también es un afectado o víctima con el engaño. Es decir, estamos en presencia de un documento que solo una pericia técnica puede determinar su falsedad.

2. Si, por el contrario, el documento presenta adulteraciones burdas o no tanto pero que con un actuar diligente pudieran ser advertidas, resultará sin duda una responsabilidad funcionaria.

Pero también se da otra situación que puede llevar al notario a error:

Ello se presenta cuando por ejemplo concurren a un acto o contrato varias personas y la conducta permisiva o *cómplice* de aquellos influye en el ánimo de aceptar una identidad por sobre el mérito del instrumento identificante. Dicho de otro modo: concurren varios otorgantes a la firma de un documento y todos estos aceptan implícitamente la identidad de uno o varios de los demás.

En este sentido es interesante acotar lo que señala José M. Orelle en su libro *Actos e Instrumentos Notariales* cuando al comentar la flexibilización que trajo en Argentina la Ley N° 26.140 para la institución de la fe de conocimiento señala refiriéndose a los demás partícipes en un acto de contrato que “No obstante, los propios sujetos también deben desplegar sus propias diligencias, entre las cuales debe adjudicarse razonable prioridad a la indagación de la identidad de quienes contratan con ellos”⁴.

En estos casos los concurrentes que actúan por omisión pasan a ser cómplice y distractor de la diligencia del notario.

Por ello es que resulta interesante la facultad, novedad de la reforma notarial de la Ley N° 18.181, en cuanto señala que siempre que alguno de los otorgantes o el *notario lo exijan*, los firmantes dejarán su impresión digital (artículo 409 Código Orgánico de Tribunales).

Es claro que dicha exigencia queda sujeta a que alguno de los otorgantes o el notario piensen que es conveniente hacerlo, pero indudablemente que a este último siempre le convendrá exigirla.

De esta forma resulta de sano resguardo a la fe pública y a la labor notarial la práctica hoy en uso de exigir siempre dejar la impresión dígito notar en el respectivo documento al lado de la firma del suscribiente.

Esta medida tiene además recomendación del Pleno de 23 de junio de 2000 de la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago.

Si bien el artículo 409 del Código Orgánico de Tribunales forma parte de las normas que regulan las escrituras públicas, pensamos que el resguardo de la fe pública es un fin superior que permite extender su aplicación a otros documentos, como los privados.

Ahora bien, ¿qué ocurre con los instrumentos privados en cuanto a la identidad?

Pareciera, y de hecho resulta que así efectivamente es, que en el caso de este tipo de documentos la fe de identificación queda mejor asegurada.

En efecto, en estos casos no rigen las normas precisas que regulan dicho procedimiento respecto de las escrituras públicas.

⁴ ORELLE, JOSÉ M.R., *Actos e Instrumentos Notariales*, p. 383. Edit. La Ley. Buenos Aires, 2008.

Ya señalamos que el artículo 405 tantas veces referido y que establece la exigencia de dejar constancia de la acreditación de identidad se encuentra ubicado en el párrafo 7° numeral segundo el que es referido a las “escrituras públicas”.

Respecto de los instrumentos privados entonces, cuya normativa se encuentra en el numeral 4° del Párrafo 7° del mismo cuerpo legal debe aplicarse el artículo 425. Para esta disposición la obligación que asiste al notario se refiere a dar fe del “conocimiento o identidad” del firmante, debiendo *dejar constancia* de la fecha en que se firma el documento.

Pareciera que no exige, por una parte, que en el documento, al autorizar el notario, se deje constancia de la Cédula de Identidad, lo que en el caso de las escrituras públicas es exigencia bajo sanción de nulidad. Así se desprende del tenor del artículo 405 cuando señala que la escritura “DEBERA indicar ... cédula de identidad ...”. Ello, además en relación con el artículo 412 número 2 del mismo cuerpo legal.

Siendo así diferente la situación a nuestro entender el notario, respecto de los instrumentos privados, puede tener por acreditada la identidad no solo con la Cédula respectiva sino por otros medios en los que llegue a tener el suficiente “conocimiento” a que se refiere el texto legal.

Entre estos medios estará, en primer lugar, el conocimiento personal que el notario tenga del otorgante hecha la salvedad más arriba mencionada, luego la declaración de a lo menos dos testigos de similares características a las que fijaba el anterior texto del artículo 405. Puede, incluso extremando un poco las cosas, y siempre con un criterio bastante restringido, aceptar otros documentos identificatorios como una cédula de conducir.

Es posible aplicar aquí aquel principio jurídico que dice que lo que no está prohibido, está permitido. Además que, en definitiva, lo que importa es tener por cierto quién es el que firma, hecho que solo al notario corresponde comprobar, acreditar y atestar asumiendo la responsabilidad del caso.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA NECESIDAD DE IDENTIFICACIÓN

Según cita Julia Siri⁵ “el origen de nuestros males –la exigencia de conocer a las personas como medio de identificarlas– estaría en la Constitución “Presente *Legi*”, de Justiniano”. En ese documento, dice, quedó impuesta a los tabeliones dicha obligación en forma indirecta, ya que el deber consistía en estar presente en el momento de la suscripción del documento.

⁵ Carlos Fernández S., citado por Siri, Julia, Opúsculo citado.
SIRI, Julia, Opúsculo citado.

Luego de varios años, y de pasar esta exigencia a las doctrinas elaboradas en Bolonia, en el siglo XIII, se reflejan estas en el Fuero Real y en las Partidas.

El Estatuto Municipal de Bolonia, y las Leyes del Espéculo, que citan los autores, con todo fueron las primeras normativas en incentivar la acreditación de las identidades

Así, refiere la notario uruguayo, que el Fuero Real, en 1255, manda que “Ningún escribano non faga carta entre ninguno omes, a menos de los conocer o de saber sus nombres si fuesen de la tierra o si no fuesen de la tierra sean los testimonios de la tierra o omes conocidos”.

De las Siete Partidas, dice, interesa la Partida tercera, y de ella, especialmente, dos disposiciones: a) la Ley 5a del Título 8, cuando señala “...é debe ser muy acucioso el escribano, de trabajarse de conocer los omes a quien faze las cartas, quien son y de que lugar, de manera que non pueda y ser fecho nin engaño”, y b) la ley 2A del Título 9 que dispone “...E además decimos que deben ser vecinos de aquellos lugares donde fueren escribanos, porque conozcan mejor los omes, entre quien fizieren las cartas”.

Cita también la Pragmática de Alcalá de 1503 que dispone “si por ventura el escribano no conociere a alguna de las partes que quisieren otorgar el contrato o escritura, no lo haga, ni reciba, salvo si las dichas partes, que así no conociese, presentasen dos testigos que digan que las conocen, y que haga mención de ello al fin de la escritura, nombrando los dos testigos y asentando sus nombres y de donde son vecinos, y si el escribano conociese al otorgante, dé fe de ello en la suscripción”.

No existiendo por aquella época medios técnicos, científicos o, por último, suficientemente adecuados para lograr la identificación resulta evidente que el conocimiento personal por el escribano aparecía como el medio más idóneo.

Toda aquella normativa se hizo presente también en los albores de nuestro país. Así, revisando los Protocolos de los escribanos de Santiago en el período 1559 a 1566⁶ aparece que el escribano de aquella época tenía por acreditada la identificación usando el conocimiento personal y testimonial. Citamos una sola escritura de las reproducidas en el libro señalado (este trabajo en dos tomos fue distribuido gratuitamente a todos los notarios asociados): dice la Carta de Obligación suscrita ante el escribano público don Joan de la Peña, en Santiago el 7 de diciembre de 1564, en la parte final: “ En testimonio de lo cual otorgué la presente carta ante el presente escribano e testigos y ... siendo presentes por testigos ... estantes en esta ciudad, que vieron firmar su nombre al dicho otorgante, al cual yo el escribano doy fe que conozco”.

⁶ Protocolo de los Escribanos de Santiago, Transcripción paleográfica de Álvaro Jara y Rolando Mellafe, Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, Edición de Bibliotecas, Archivos y Museos, Santiago, 1996.

¿Debe ir acreditada la identidad en la comparecencia?

Sabemos que en las escrituras públicas hay una parte que se conoce habitualmente como la “comparecencia” y que es donde se señalan los datos respectivos de quienes concurren a otorgar un contrato.

Lo habitual es que en dicho lugar se indique, a continuación de los datos de individualización, la cédula de identidad.

¿Y qué pasa si no se expresa tal circunstancia en ese sector?

Mucha jurisprudencia señala que la escritura es nula. Así se encuentra en *Fallos del Mes 429*, p. 414 en que se expresa que “la escritura es nula si dentro de la individualización se ha omitido la identificación”.

Nos permitimos disentir de dicha opinión pues si bien el Código señala que las “escrituras públicas deberán indicar el lugar y fecha de su otorgamiento; la individualización del notario autorizante y el nombre de los comparecientes, con expresión de su nacionalidad, estado civil, profesión, domicilio *y cédula de identidad...*”, en verdad no exige que la referencia a la cédula de identidad sea inserta en la comparecencia. Debemos entender que lo exigido e importante es que ello sea acreditado y esto bien puede serlo en cualquier otra parte de la escritura como por ejemplo bajo su firma.

Lo necesario es que la identidad se acredite en el contrato al que concurre el firmante.

Por lo demás la sanción de nulidad que contiene el artículo 412 numeral 2 solo requiere que no se haya acreditado la identidad en alguna de las formas a que se refiere el artículo 405, las que son, fuerza es repetirlo, la cédula de identidad o el pasaporte o documento con el que se permitió el ingreso al país respecto de las personas que se indica.

La nulidad, a nuestro juicio, debiera operar solo cuando en la escritura o contrato no se ha acreditado la identidad. No porque no se la inserte o se señale en una parte determinada de la escritura.

III. MÉTODOS DE IDENTIFICACIÓN

La doctrina clasifica los métodos de identificación en dos grupos: empíricos y científicos.

El primer grupo comprende la identificación por el nombre, marcas, signos particulares, tatuajes, etcétera.

El segundo grupo comprende el otométrico (distancia entre la oreja y el cráneo), el oftalmológico, ocular, medición del perfil craneano, dentario, impresión del sistema dentario, retrato hablado, fotografía, dactiloscopía, entre otras.

No cabe duda que el documento identificatorio para cubrir mejor su finalidad debería contemplar no solo la fotografía de la persona (como

lo es actualmente en casi todos los países), sino además otros datos de identificación como los señalados en el primer grupo. Así, por ejemplo, una marca ostensible en el cuerpo, o una deformidad o falta de algún miembro. Ello sería imposible de retrucar o crear en una persona que no se encuentra en tal situación.

En nuestro país la cédula de identificación tiene una vigencia por 10 años, y es lógico pensar que en dicho tiempo una persona cambia absolutamente sus facciones, especialmente en quienes aun no alcanzan la adultez.

Así, una foto tomada hace 10 años no se compadece con la fisonomía actual que presenta el sujeto.

Ello resulta aun más evidente en el caso de la mujer en que no solo cambian los aspectos fisonómicos sino también aquellos como tipo de peinado, color de pelo, de ojos, etc. (la cirugía estética o plástica hace hoy maravillas).

Todo ello influye decisivamente para la idoneidad que puede asignársele a un documento de identificación.

IV. EL CONOCIMIENTO PERSONAL

La doctrina, fundamentalmente elaborada en los Congresos Internacionales de la U.I.N.L., en especial el Segundo, ha interpretado que “el conocimiento personal que el escribano tenga de los otorgantes puede ser *a priori* (es decir, adquirido mediante el trato con la persona durante un lapso prudencial más o menos prolongado –acompañado de la notoriedad de los datos individuantes de esta en el medio en que se desenvuelve– lo que se acostumbra a señalar como “trato, fama y tiempo”), o “en acto” (o sea, formado en los momentos inmediatos a la actuación, recurriendo a todos los elementos –incluidos los documentos de identidad– que lleven a la convicción subjetiva de que esa persona es quien dice ser, debiendo siempre actuar con cautela y diligencia”.

El “conocimiento en acto” supone que el notario debe someter al individuo (objeto del conocimiento) a un examen minucioso de verificación con el propósito de lograr un juicio de identidad adecuado⁷.

Sin embargo de su notoria eficacia –cosa que ya hemos puesto en duda– el “conocimiento personal” se encuentra en un proceso de insuficiencia instrumental. Como señala Julia Siri, “más allá de su impracticabilidad en poblaciones de mediano y gran volumen y, muy especialmente, ahora, en la “aldea global” del mundo integracionista en que nos ha tocado vivir, el procedimiento es de una relatividad muy acentuada. En este sentido, dice, el escribano nunca podrá tener certeza de que conoce al

⁷ SIRI, Julia, Opúsculo citado.

otorgante, porque esta certeza, de darse, tendría lugar quizá respecto de los parientes más próximos del notario, y de algunos allegados, pero no de todos o de la mayoría de los requirentes de sus servicios.

Incluso –con toda razón, y como ya lo hemos señalado–, agrega que ni siquiera el trato prolongado puede ser suficiente. Pone como ejemplo a los vecinos de los criminales de guerra Eichman y Menguele a quienes sus vecinos los tenían por otras personas, y habrían jurado que no eran quienes realmente eran.

V. UN NUEVO MÉTODO DE IDENTIFICACIÓN

No hace mucho se ha descubierto en Inglaterra una técnica de identificación más segura y que consiste en trabajar con los patrones de las venas de las manos. Se dice que ellas son tan singulares como las huellas digitales o el ADN. El Dr. Eugene Sweeney, ejecutivo de British Technology Group, dice que el patrón de las venas de cada persona es único y virtualmente imposible de copiar, a diferencia de las huellas digitales. (2)

El escáner de venas ha sido desarrollado por dicho grupo de estudio en Londres. Una parte integral del *hardware* de la verificación de venas es una cámara que toma imágenes de la mano en blanco y negro. La cámara puede ser o un chip sencillo o una cámara de batería con dispositivo acoplado. Con el fin de obtener la mejor imagen la mano es iluminada con luz casi infrarroja. Al tomar una imagen del anverso de la mano es posible obtener lo que es virtualmente un mapa que muestra el patrón de las venas. Esto es rápidamente analizado y comparado con el mapa en el archivo personal de cuando se la incorporó al sistema.

La ventaja psicológica, se dice, de este sistema es que cuando a las personas se les pide dejar su impresión digital, involuntariamente todos piensan en la idea de delito.

Por otra parte, cuando la identificación se efectúa, por ejemplo por medio del iris o de la retina, es necesario que el sujeto fije la mirada en un aparato de los puntos de venta o de acceso. En cambio el escáner de venas opera en forma menos invasiva, si se quiere usar el término, ya que, por ejemplo, al estar incorporado en un cajero automático, el procedimiento comenzaría a operar en el momento mismo en que el sujeto ingrese la tarjeta con su mano en el aparato y mientras digita su clave.

La forma de la mano.

Es otro de los modernos procedimientos de identificación y que ocupan las autoridades de inmigración en EE.UU.

Todos estos modernos métodos forman parte de lo que se conoce como la “información biométrica”.

Se define la biometría como la aplicación de técnicas matemáticas y estadísticas acerca de los rasgos físicos de una persona para poder identificarla. Se puede realizar, como hemos visto, en el rostro, el iris, en todos los rasgos corporales. Sin embargo las aplicaciones de negocios que hoy operan en Chile se basan principalmente en la biometría dactilar.

En Chile, se calcula, existe una base de datos de más de diez millones de huellas.

VI. UN CASO DE EXCEPCIÓN A LA ACREDITACIÓN DE IDENTIDAD

Lo señala la parte final del artículo 414 del Código Orgánico de Tribunales cuando, referido al acto testamentario, dice que: “No regirá esta exigencia (la acreditación de identidad conforme el artículo 405) cuando, a juicio del notario, circunstancias calificadas así lo aconsejen”.

Será en este caso el notario el único que bajo su responsabilidad deberá arbitrar los medios necesarios para cerciorarse de quién es el testador.

VII. CONCLUSIÓN

Sin duda que existen mejores y más eficientes métodos de identificación que las cédulas impresas, pero distan mucho de su aplicación masiva en la contratación ante notario.

Pensamos que el legislador podría complementar en las escrituras públicas el medio de comprobación agregando la declaración de al menos dos testigos quienes asumirían la responsabilidad subsecuente.

Con la reforma de la Ley N° 18.181 al Código Orgánico de Tribunales desapareció en Chile la fe de conocimiento.

El notario no puede acreditar identidad a base del conocimiento personal o por el atestado de testigos.

El notario debe hacer fe en la idoneidad del documento identificante que se le presenta y que es el que las leyes le proporcionan a tal fin.

VIII. ANTECEDENTES COMPLEMENTARIOS EPISTOLARES

CÉDULAS DE IDENTIDAD VIGENTES. MAYORES DE 50 AÑOS.

UNA SITUACIÓN ESPECIAL

Entregamos a continuación un intercambio de cartas entre este notario y el señor Director del Registro Civil e Identificación de la época don Guillermo Arenas Escudero y cuya razón, sentido y alcance se explican

por sí solas. Las agregó a este trabajo como un dato curioso pero de no menor importancia.

Carta 1.

Talca, 22 de enero de 2007

Señor
Director Nacional
Servicio de Registro Civil e I.
D. Guillermo Arenas Escudero

SANTIAGO

De mi consideración:

Con fecha 4 de diciembre de 1975 se publica en el D. Oficial el Decreto Ley N° 1.268 que en su artículo primero señala “Las cédulas de identidad que se otorguen a los chilenos con posterioridad a la fecha en que estos hayan cumplido los cincuenta años, *tendrán vigencia indefinida*.”

En el oficio a mi cargo la acreditación de identidad de parte de quienes concurren a otorgar un instrumento, sea público o privado, es un elemento de la mayor importancia y exigencia. Por lo mismo, entre otros detalles, siempre se comprueba la *vigencia del documento*.

A raíz de la existencia de la normativa antes señalada efectué consulta al Servicio de su Dirección a través de su página web acerca de si efectivamente la disposición del Decreto Ley N° 1.268 de 1.975 se encontraba vigente o había sido derogada por otra norma.

Con fecha 4 del mes de enero en curso, vía correo electrónico, recibí la respuesta que transcribo: “*El plazo de vigencia de la cédula se fijó nuevamente con el Dto. 773 de 1998, de Justicia, y en la actualidad lo que determina tal plazo es la fecha de expiración que lleva impreso el documento.*”

Este plazo varía de acuerdo a la edad y va entre 5 y 10 años y coincide con la fecha del cumpleaños del titular del documento.

La norma del DL 1.268 art 1° cayó en desuso por diversos motivos, entre otros expectativa de vida de las personas, mayor edad de vida útil o activa, seguridad, etc.”.

Hasta aquí la respuesta enviada vía correo electrónico.

No deja de llamar la atención la respuesta recibida desde la oficina Internet pues *el desuso por diversos motivos* no es causa de derogación expresa ni tácita de una norma legal.

Tampoco puede serlo el Decreto Supremo 773 de Justicia a que se alude en la respuesta, ya que el rango que este tiene en relación con lo que es una norma de ley.

Pero lo que induce aun a mayor confusión es lo que el artículo 3º del DS 773 de Justicia citado señala. En efecto, dice que “Todo lo anterior se establece, *sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto Ley N° 1.268 del año 1975*”.

Y esto es importante de considerar porque el señalado artículo primero no hace mención a otra situación que no sea precisamente la de indicar la vigencia indefinida de las cédulas de identidad de los titulares a que se refiere.

Por lo anterior es necesario tener un pronunciamiento oficial al respecto a efecto de poder cumplir en debida forma con la exigencia que a nuestra actuación funcionaria imponen los artículos 405 y 412 N° 2 del Código Orgánico de Tribunales, ya que una cédula de identidad vencida no puede ser aceptada como documento habilitante de identidad.

En espera de su respuesta, saluda a Ud. atentamente

IGNACIO VIDAL DOMÍNGUEZ
Notario de Talca

La Respuesta del Servicio de Registro Civil.

A la letra partes pertinentes del oficio respuesta N° 200 fechado en Santiago el día 7 de febrero de 2007 señala:

“Que en relación a la materia rige el Decreto Supremo 773 de 1998 que establece la forma de determinar la fecha de vencimiento de la cédula nacional de identidad que con la dictación del Decreto Supremo 773 de 1998 se adecuaron los plazos de vigencia de las cédulas de identidad”.

El párrafo final de la respuesta del Servicio señala: “Finalmente se hace presente a Ud. que este Servicio procedió a oficiar al Ministerio de Justicia a fin de que se estudie la *posibilidad de derogar el artículo primero del Decreto Ley N° 12.689* antes citado y la revisión del DS 773 de 1998, de Justicia”

Como conclusión se puede señalar que el decreto ley que motivó este intercambio de opiniones se mantiene vigente hasta mientras no exista ley que lo derogue.

A la fecha no sabemos que así haya ocurrido.

El comprobante de solicitud de nueva Cédula de Identidad.

Ante una consulta al Servicio de Registro Civil si el documento que se entrega cuando una persona renueva o requiere por vez primera cédula de identidad es habilitante para acreditar la identidad correspondiente se me respondió con fecha de mayo de 2008 que dicho comprobante tiene como único fin acreditar que la petición se encuentra en trámite, pudiendo ser rechazada por X motivo, y que el único documento legal apto al efecto es la Cédula vigente.

.....

DERECHO REGISTRAL

PANORAMA ACTUAL DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL EN CHILE*

MARCO ANTONIO SEPÚLVEDA LARROUCAU

*Magíster en Derecho
Profesor de Derecho Civil
de la Universidad Central de Chile*

RESUMEN: El presente artículo realiza un diagnóstico del actual estado de la calificación registral en Chile, tanto en materia inmobiliaria como comercial, ofreciendo, previamente, una visión general acerca del sistema registral inmobiliario chileno y el Registro de la Propiedad. También se detiene en aquellos aspectos de la calificación registral que el autor estima que se deben tener en especial consideración.

Palabras clave: Calificación registral, registro, codificación comercial.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El presente artículo tiene por principal finalidad realizar un diagnóstico del panorama actual que ofrece en nuestro país la calificación registral, la que, según Sanz, consiste en el *examen que el registrador (conservador) hace de los títulos o documentos presentados en el Registro con el fin de comprobar que reúnen todos los requisitos exigidos por las leyes para su validez e inscribibilidad, y como consecuencia de ello para resolver si son o no inscribibles*¹.

* Este artículo está basado en nuestra exposición titulada “Algunos desafíos de la calificación registral en Chile”, realizada en el Seminario de Derecho Registral *Desafíos de un Sistema Registral Moderno en los Mercados Inmobiliario e Hipotecario Actuales. Tópicos que Debiera Abordar la Esperada Reforma al Sistema Chileno*, organizado en el antiguo edificio del Congreso Nacional en Santiago, el 26 de agosto de 2016, por la Asociación de Notarios, Conservadores y Archiveros Judiciales de Chile A.G. y la Universidad Central de Chile. El presente texto corresponde a una versión revisada, modificada y ampliada de la misma.

¹ Citado por DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Thomson-Civitas; España, 2008, 5ª edición, p. 440.

No esperamos que nuestro diagnóstico sea compartido por todos, pero lo realizamos con la mayor honestidad y espíritu de mejora posibles. Recurriremos a citas bibliográficas –elementos con los que suelen vestirse los más connotados artículos académicos– solo en aquello que hemos considerado útil para ilustrar de mejor manera aspectos conceptuales; nosotros utilizaremos un atuendo bastante más modesto, el de nuestras opiniones personales. Por este mismo motivo, haremos algunas referencias bibliográficas a publicaciones nuestras y a alguna instancia de codificación en la que hemos participado.

Por otra parte, como consideración previa, debemos hacer presente que, según lo venimos manifestando de hace tiempo, estamos totalmente convencidos de que muchos de los problemas que se detectan en nuestro sistema notarial y registral no requieren necesariamente de una reforma legal, sino, simplemente, de la intención decidida de hacer mejor las cosas. Parece sencillo, pero la evidencia empírica ha demostrado de manera irrefutable que no lo es. Por tanto, no parece quedar otra alternativa más que efectuar una reforma integral al sistema tendiente a perfeccionarlo y fortalecerlo.

Finalmente, con el objeto de contextualizar de mejor manera y facilitar nuestro análisis, en los dos acápite siguientes, por una parte, destacaremos ciertos aspectos del sistema registral chileno (y de su Registro de la Propiedad) y, por la otra, consignaremos algunas notas acerca de la calificación registral como tal.

II. ALGUNOS ASPECTOS DEL SISTEMA REGISTRAL CHILENO

El sistema registral chileno presenta diversas peculiaridades, notas distintivas e, incluso, problemáticas. A continuación nos referiremos brevemente a algunas de ellas:

1. Una de las más importantes contribuciones de nuestro Código Civil, promulgado el 14 de diciembre de 1855 fue el establecimiento del sistema registral inmobiliario, colocando a nuestro país a la vanguardia de las legislaciones del siglo XIX.

Resulta indiscutible que la inscripción es el principal y más eficiente mecanismo utilizado por todas las legislaciones modernas para proteger la propiedad inmobiliaria, lo que es sencillo de explicarse si se atiende a la innegable vocación registral de los derechos reales inmuebles. Actualmente, se torna imposible concebir la propiedad inmobiliaria sin el Registro².

² SEPÚLVEDA LARROUCAU, Marco Antonio, *Teoría General del Derecho Registral Inmobiliario*; Editorial Metropolitana, Santiago, Chile, 2014, pp. 30 y 31.

2. El estudio de nuestro sistema registral permite concluir, sin temor a equivocarnos, que el legislador civil prefirió los beneficios jurídicos, económicos y sociales que proporciona la propiedad inscrita, en desmedro de aquella idea de que *la tierra es para el que la trabaja*. Por lo mismo, esta idea tampoco puede servir de argumento jurídico de interpretación.

3. Nuestro Registro de la Propiedad es un registro jurídico. La distinción entre registros jurídicos y registros administrativos, principalmente, descansa en la publicidad y eficacia sustantiva o material. Los segundos no son registros de publicidad en sentido estricto, ya que su finalidad es más bien de archivo, repertorio o colección de datos a efectos estadísticos o de conocimiento por parte de la Administración. No siempre están abiertos al público y tienen un interés predominantemente administrativo, sin afectar normalmente la eficacia sustantiva de la relación jurídica. En cambio, los registros jurídicos son instrumentos de publicidad con eficacia sustantiva acerca de los derechos y su tráfico. La publicidad registral transforma la realidad social que afecta y dota de especial eficacia. El registro jurídico, en contraposición de los administrativos, supone una conexión entre publicidad y eficacia sustantiva³.

Además, así como lo manifestamos en una de las sesiones de la Novena Subcomisión de la Comisión de Estudio de la Nueva Codificación Comercial, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (en adelante la “Novena Subcomisión de Codificación Comercial”), *los registros jurídicos sirven para evitar pleitos (justicia preventiva) o poner fin a los iniciados, ya que una de sus finalidades es la de preconstituir pruebas privilegiadas para acreditar situaciones de relevancia jurídica. En definitiva, los registros jurídicos facilitan la administración de justicia*⁴.

4. La organización de la publicidad registral en Chile es lo que nos permite establecer, por una parte, su íntima vinculación con la garantía constitucional del derecho de propiedad y, por la otra, el carácter de

³ AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, *Estudios jurídicos*; Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España; Madrid, 2009, p. 86.

⁴ COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CODIFICACIÓN COMERCIAL, Novena Subcomisión, *Judicatura Especializada para Resolver Contendos Mercantiles y Derecho Registral*, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile; enero de 2017, p. 17; www.codificacioncomercial.cl Tales expresiones se basan en lo que recuerda en España Pablo Casado Burbano: *Nuestros textos hipotecarios se referían a la finalidad de los Registros en el sentido de que servían para evitar pleitos o poner rápido fin a los iniciados a los iniciados, porque, en definitiva, su misión es la de preconstituir pruebas privilegiadas para acreditar en el futuro hechos o realidades con relevancia jurídica, acaecidos en el pasado y que resultaría muy difícil o imposible acreditar de otra manera. Guardar para ballar; conservar para reproducir; de ahí esa acusada dimensión preprocesal que tienen este tipo de ordenamientos y que no debe nunca olvidarse cuando se trata de facilitar la ardua tarea de administrar justicia* (CASADO BURBANO, Pablo, *Los principios registrales mercantiles*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2002, p. 16.).

orden público de las normas que conforman el estatuto legal del sistema registral inmobiliario.

5. Hoy no nos cabe duda alguna de que la inscripción conservatoria constituye plena prueba del dominio o de la titularidad del respectivo derecho real inmueble, lo que no obsta a que judicialmente se pueda demostrar lo contrario (presunción *iuris tantum*). Este principio de *legitimación registral* se ve reforzado por la eficacia constitutiva de la inscripción y por, a lo menos, tres principios registrales plenamente identificables desde los inicios de nuestro sistema: *prioridad registral*, *tracto sucesivo* y, precisamente, *calificación registra*⁵.

6. Por último, es indudable que nuestro sistema, luego de un siglo y medio, requiere perfeccionamientos, algunos con bastante urgencia; entre otros, por ejemplo, el fortalecimiento de ciertos principios registrales, la eliminación de las cargas ocultas de las servidumbres y los arrendamientos, es decir, de aquellas no inscritas, la incorporación de bases gráficas, el establecimiento de una carrera funcionaria basada en méritos objetivos y con estándares adecuados de fiscalización, y la efectiva utilización en todos los oficios registrales de adelantos tecnológicos, no solo por seguridad jurídica, sino que, también, por razones de agilidad y ahorro de costos en los procesos de búsqueda de información, inscripción y emisión de certificaciones, debiendo existir interconexión entre todos ellos.

Resulta lamentable que todo posible cambio, normalmente, pase por la discusión de ciertos aspectos orgánicos y algunos muy puntuales de carácter procedimental o de técnica registral; por ejemplo, la adopción del folio real como la *gran solución o novedad*, sin perjuicio de que lo estimamos preferible al de folio personal.

Reiteramos, una vez más, que en lo anterior hay responsabilidad de todos los sectores: de los gobiernos que proponen reformas, pero que no parecen tener cabal comprensión de toda la problemática registral, sumado a fuerzas en tensión derivadas de ciertas visiones meramente económicas que no siempre son complementarias con la seguridad jurídica, especialmente preventiva; de los legisladores, cuyo aporte ha sido nulo hasta la fecha y de nuestra Corte Suprema, la que a pesar de tener bajo su tuición a notarios, conservadores y archiveros judiciales, tampoco ha efectuado importantes contribuciones. No se pueden dejar de lado a estos auxiliares de la administración de justicia, cuyas propuestas suelen ser solo reactivas e insuficientes ante vientos de reformas. Por último, la contribución de nuestra doctrina civil al fortalecimiento del sistema registral, también, ha

⁵ Nuestros argumentos se pueden consultar en SEPÚLVEDA LARROUCAU, Marco Antonio, *op. cit.*, pp. 268 a 278.

sido bastante pobre (sus interpretaciones y conclusiones, incluso, suelen debilitar los verdaderos efectos de la inscripción), lo que tampoco ha sido muy enriquecido por la jurisprudencia de nuestros tribunales.

Debemos confesar que no estamos libres del pecado anterior, según lo confirman algunos pasajes de nuestro libro escrito hace dieciséis años, *Estudio de títulos de inmuebles* (Editorial Metropolitana; Santiago, Chile; 2002), más cargados a enfoques civilistas tradicionales imperantes hasta hoy en nuestro país.

III. NOTAS SOBRE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

Previo a referirnos a los principales problemas que presenta la calificación registral en nuestro país, consideramos de interés consignar las siguientes notas respecto de ella:

1. La calificación registral es una de las modalidades del *principio de legalidad*; la otra es la titulación auténtica.

2. La calificación registral es distinta de la que realiza el funcionario que otorga el documento. Comparándola con la que efectúa el notario autorizante de una escritura pública, el español José Manuel García García señala que este *tiene, entre sus funciones fundamentales, la de ser asesor del interesado, y además, limita el ámbito de su función a la relación entre las partes. En cambio, el Registrador califica la legalidad del acto, a efectos de su inscripción en el Registro, como órgano que no ha autorizado, y, por tanto, con posibilidades de calificar desde otra perspectiva dicho documento. Para la calificación registral son, además, elementos fundamentales los datos resultantes del Registro, a efectos del tracto sucesivo y de las prohibiciones o limitaciones de disponer*⁶.

3. Sin perjuicio de lo anterior, en nuestro país se debe fortalecer el principio de legalidad notarial, ya que la escritura pública, en la mayoría de los casos, es la antesala del Registro. Como se expresó en la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria española de 1861, *no debe recibir el sello de un archivo público lo que no deje dudas de su legitimidad*. Se trata de un principio que se encuentra imperfectamente regulado en nuestro Código Orgánico de Tribunales.

⁶ GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Editorial Civitas S.A., España, 1988, 1ª edición, tomo I, pp. 550 y 551.

4. Se puede afirmar que la mayor o menor rigurosidad en la calificación se encuentra en directa relación con los mayores o menores efectos que los ordenamientos jurídicos otorgan al Registro.

5. La función calificadora en un efectivo sistema de seguridad jurídica preventiva posee extraordinaria importancia. Esta importancia, según explica el español Manuel Amorós Guardiola, no solo dice relación con que tengan acceso al Registro situaciones legalmente perfectas, sino también para justificar las presunciones registrales de exactitud y la amplia eficacia de la publicidad registral en el Derecho español, y para obtener claridad y selección de los datos que por virtud de esa publicidad resultan oponibles a terceros. El mismo autor agrega que *la dificultad e importancia que encierra la calificación registral justifica la elevada competencia técnica exigida a los registradores de la propiedad en nuestro país*⁷.

6. No es posible pretender una unidad total de criterios de calificación, ya que no todos los casos particulares son idénticos. Además, el Derecho es dinámico y podría caer en la doctrina del precedente, ajena a nuestra cultura jurídica. Sin embargo, se debe tener presente, según lo hemos podido constatar en diversos congresos a los que hemos asistido en el extranjero en el último tiempo, que varios países latinoamericanos están trabajando en la línea de tal doctrina⁸.

7. Un control eficiente y de carácter preventivo de la información que pretende acceder al Registro, bajo responsabilidad de quien ejerza la calificación registral, permite descartar la apariencia como fundamento del Registro.

8. Muchos de los problemas que se presentan son consecuencia de una deficiente interpretación de las normas jurídicas.

IV. PRINCIPALES PROBLEMAS DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL EN CHILE

Los principales problemas que podemos detectar son los siguientes:

1. Como ya la adelantamos, la inexistencia de una carrera funcionaria basada en méritos objetivos y con estándares adecuados de fiscalización⁹.

⁷ AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, *op. cit.*, p. 110.

⁸ Por ejemplo, en Perú se puede consultar MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto, *Comentarios a los precedentes y acuerdos del Tribunal Registral*, Cuadernos de Derecho Registral N° 1, Editorial Praeter Legem; Perú, 1ª edición, 2017.

⁹ Nos parece que el esfuerzo legislativo más interesante, especialmente en materia orgánica, es aquel contenido en el Mensaje Presidencial N° 171-360 de 3 de octubre de 2012 (Boletín N° 8.673-07), posteriormente complementado por aquel contenido en el Mensaje Presidencial

En nuestro concepto, los pilares en los que debe descansar la calificación en un sistema como el que actualmente existe en el país, son los siguientes:

a) Profesionalismo de los conservadores

Esto no solo dice relación con el desempeño del cargo, sino también con su formación, ya que un sistema confiable solo puede estar basado en los méritos de quienes ocupan los cargos y su competencia profesional. Ello, también, es aplicable a sus funcionarios.

Siempre nos ha parecido que lo más destacado del sistema español está representado por sus registradores. En cambio, en Chile la ciudadanía, equivocada o no, tiene la más profunda convicción de que las designaciones de archiveros judiciales, conservadores y notarios, más que nombramientos de profesionales calificados para ejercer tan importante función pública, son beneficios que se otorgan a ciertos privilegiados, rompiéndose brutalmente el principio de igualdad ante la ley. En todo caso, lo que resulta más insólito es que deba dictarse una ley para corregirlo; así, por ejemplo, no imaginamos que sea necesaria una ley para que en el ámbito de la empresa privada el gerente de recursos humanos proponga la contratación de quienes están más calificados para ocupar un determinado cargo o, incluso, para que un niño pequeño, designado por sus amigos para formar un equipo de fútbol, elija a quienes considera los mejores jugadores. No es necesario porque así lo dicta el menos común de todos los sentidos: *el sentido común*.

b) Independencia

No solo se trata de independencia frente a los particulares y la Administración, sino que, también, en cuanto a la posibilidad de calificar registralmente, sin aprehensiones de ninguna especie, las resoluciones judiciales. Evidentemente, nos referimos a aspectos registrales y no al fondo de lo resuelto.

La independencia es el presupuesto indispensable para la necesaria imparcialidad que debe imperar en esta materia. Por tanto, la función calificadora solo debe estar subordinada a la legalidad vigente. Esto mismo justifica que si el requirente del respectivo asiento registral estima que la calificación no se ajusta a derecho, pueda recurrir ante los tribunales de justicia y, eventualmente, ante otras instancias especializadas para que ella sea revisada. Nos referimos al sistema recursivo registral, el que, además de lento, presenta falencias técnicas y procesales.

Nº 176-361 de 6 de agosto de 2013 (Boletín Nº 9.059-07). Al primero de ellos pudimos formularle numerosas observaciones ante la Comisión de Constitución, Legislación Justicia y Reglamento de la Honorable Cámara de Diputados.

c) Responsabilidad

No solo se trata de responsabilidad disciplinaria, sino que, también, civil y penal. Una de las justificaciones de los altos ingresos que en algunos casos perciben estos funcionarios se encuentra en los altos estándares de responsabilidad que se les exige. En consecuencia, si en la práctica se llegara a demostrar que ello no ocurre, tal argumento desaparecería. Lo mismo sucedería si se llegase a aceptar que estos funcionarios cumplen un rol pasivo en la constitución de la propiedad raíz.

La responsabilidad disciplinaria conlleva fiscalizaciones por personal idóneo y procedimientos disciplinarios eficientes, justos y transparentes. Además, resulta muy deseable la debida formación registral de quienes fiscalizan. Todo ello nos lleva a la interrogante de si es necesaria en nuestro país la creación de un órgano especializado. Parece ser que la evidencia práctica está aconsejando que sí.

En este orden de ideas, se suele olvidar que la responsabilidad de los conservadores no solo deriva del ingreso al Registro de títulos inadmisibles, sino, también, de la denegación de acceso al mismo, sin fundamento plausible, de títulos admisibles. *Esta última afirmación la hacemos porque nos ha correspondido conocer y afrontar casos en que, a pesar de no existir impedimento legal, el respectivo Conservador ha preferido, por desconocimiento o por una muy deficiente interpretación de las normas jurídicas, que la inscripción le sea requerida a través del tribunal competente, ocasionándose molestias, gastos, pérdidas de tiempo y otros perjuicios al solicitante de la inscripción. Es decir, ha denegado la inscripción para que el solicitante lo requiera por la vía judicial, aplacando de esta manera sus inseguridades jurídicas, aumentando de paso el trabajo de nuestros tribunales*¹⁰. Lo curioso es que parece ser que a nuestros tribunales no les llama la atención, no obstante haberlo nosotros hecho presente en más de algún alegato o escrito.

*Si el rechazo no tiene fundamento jurídico plausible alguno, el Conservador no solo es responsable disciplinariamente, sino que debe indemnizar todos los perjuicios ocasionados al solicitante cuya inscripción ha denegado (a lo menos, debiese pagar las costas procesales y personales). Esta afirmación encuentra sólido fundamento en los artículos 8º, 12, 13 y 96 del Reglamento, y 2314 y siguientes del Código Civil. El artículo 96 del Reglamento asigna expresamente responsabilidad al Conservador “si hace, niega o retarda injustificadamente alguna inscripción”. Lamentablemente, se trata de una norma absolutamente olvidada por nuestra jurisprudencia*¹¹.

¹⁰ SEPÚLVEDA LARROUCAU, Marco Antonio, *op. cit.*, pp. 235 y 236.

¹¹ *Ibidem*, p. 236.

Dicho de otra manera, actualmente, la negativa a inscribir sin fundamento plausible le sale gratis al Conservador.

Asimismo, nos *parece que otra materia que debe ser revisada es la de la prescripción de la acción para hacer efectiva la responsabilidad civil, especialmente en cuanto al momento desde el cual se debe computar el plazo*¹².

d) Oficios registrales de tamaño adecuado

La función calificadora para que sea una realidad necesita de oficios de tamaño adecuado, evitándose de paso la excesiva delegación en personal subalterno, lo que debe estar referido a la cantidad de transacciones por sobre otras consideraciones.

2. Otro aspecto orgánico que nos parece que no se compadece con un adecuado sistema de calificación registral es que, en algunos casos, el cargo de notario y conservador sea ejercido por la misma persona. Si a ello, en un caso determinado, le sumamos que puede ser el encargado de redactar el título que ingresará al Registro, podríamos estar ante la tormenta perfecta en materia de calificación.

3. Pasividad de los conservadores en la constitución de la propiedad raíz, lo que equivocadamente ha sido afirmado por diversos fallos de los tribunales¹³ y opiniones de la doctrina¹⁴; afirmación con la que algunos de ellos, a veces, parecen sentirse muy cómodos.

En nuestra opinión, el único rol pasivo que tiene este funcionario en la esfera registral es que no está facultado para actuar de oficio, es decir, salvo excepciones legales, impera el *principio de rogación o instancia*. En este sentido nos interpreta plenamente un antiguo fallo de la Corte Suprema de 4 de mayo de 1948, que señala lo siguiente: *Las funciones del Conservador de Bienes Raíces no son de carácter pasivo ni pueden limitarse a servir de un mero buzón receptor de títulos o documentos que se le entreguen para su inscripción*¹⁵.

4. La causa principal de cierre registral, contenida en el artículo 13 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces (*si la*

¹² SEPÚLVEDA LARROUCAU, Marco Antonio, "Reforma a la institucionalidad notarial y registral"; en *Revista de Derecho Inmobiliario*, año 1/Nº 1/2017; Editorial Metropolitana; Santiago, Chile; p. 231.

¹³ Por ejemplo, Corte Suprema, 3 de enero de 2001 (*RDJ*, tomo XCVIII; 2ª parte; sección 2ª, p. 5).

¹⁴ Por ejemplo, VODANOVIC H., Antonio, *Curso de Derecho Civil. Los bienes y los derechos reales*. Explicaciones basadas en las clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., redactadas y actualizadas por Antonio Vodanovic H., Editorial Nascimento; Santiago, Chile, 1974, 3ª edición, pp. 365.

¹⁵ *RDJ*, tomo XLV, sección 1ª; p. 545.

inscripción es en algún sentido legalmente inadmisibile), no obstante su amplitud, luego, vía ejemplos, parece complicar las cosas. En efecto, ha planteado dudas, así como, ¿se extiende a cuestiones de forma y de fondo del título o solo a aspectos formales?, ¿es causal de cierre del Registro una nulidad relativa?, ¿pueden calificarse las resoluciones judiciales?, etcétera.

Sobre la base de una adecuada aplicación de los principios y normas registrales, nos parece que estas interrogantes admiten fácil respuesta. Por ejemplo, en lo que respecta a la nulidad relativa (en la medida que aparezca de manifiesto en el título), no se entiende por qué tendría que tener un tratamiento registral diverso al de la nulidad absoluta, ya que en ambos casos estamos en presencia de títulos que la ley declara injustos (artículo 704 N° 3 del Código Civil) y cuya nulidad judicialmente declarada produce consecuencias igual de graves (artículo 1689 del Código Civil: *La nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores; sin perjuicio de las excepciones legales*). Además, más allá del factor nulidad relativa, se suele olvidar de que se trata de títulos en los que se ha omitido un requisito necesario para la *enajenación* de un inmueble, la que es necesaria realizar mediante la inscripción-tradición (inscripción constitutiva). Por ejemplo, esto se aprecia con especial nitidez en el artículo 1749 del Código Civil (en relación con el artículo 1757 del Código Civil), el que exige la autorización de la mujer casada bajo el régimen de sociedad conyugal para que el marido pueda *enajenar o gravar voluntariamente* los bienes raíces sociales. Es decir, tal autorización es un requisito legal para que pueda efectuarse la tradición del respectivo inmueble, cuya omisión hace *en algún sentido legalmente inadmisibile* la inscripción-tradición. De lo contrario, la protección que brindará a la mujer y a terceros el Registro, a cargo de un auxiliar de la administración de justicia, será absolutamente nulo.

5. La causal específica de cierre registral y de efectos transitorios, contenida en el artículo 14 inciso 1° del mismo Reglamento, debiera ser revisada: *Si el dueño de un fundo lo vendiere sucesivamente a dos personas distintas, y después de inscrito por uno de los compradores apareciese el otro solicitando igual inscripción; o si un fundo apareciese vendido por persona que según el Registro no es su dueño o actual poseedor, el Conservador rebusará también la inscripción hasta que se le haga constar que judicialmente se ha puesto la pretensión en noticia de los interesados a quienes pueda afectar.*

Es posible que esta norma encuentre su explicación en la época inicial y transitoria de nuestro sistema registral inmobiliario, donde nuestro legislador, por una parte, decidió no poner trabas a las primeras inscripciones y, por otra, evitar largos y costosos conflictos respecto de la acreditación del dominio.

6. Falta de cabal comprensión del objeto de la inscripción, lo que, a veces, conduce a incorporar al Registro situaciones jurídicas que no tienen trascendencia jurídico-real; por ejemplo, promesas de compraventa y ciertas prohibiciones voluntarias de enajenar. Incluso más, ciertos derechos cuyo acceso al Registro es absolutamente discutible son objeto de distintos asientos registrales, es decir, inscripción o subinscripción; por ejemplo, nos referimos a la cesión del derecho real de herencia.

Lo anterior, también, nos conduce a la pregunta de si nuestro Registro es de *numerus clausus* o de *numerus apertus* y a la distinción que formulan los artículos 52 y 53 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces entre títulos que *deben y pueden inscribirse*, la que registralmente no es acertada y que solo lleva a confusiones y contradicciones.

7. Falta de un plazo legal para efectuar la calificación registral. Excepcionalmente, un cuerpo legal especial, el D.F.L. N° 2.695 de 1979 que *fija normas para regularizar la posesión de la pequeña propiedad raíz y para la constitución del dominio sobre ella*¹⁶, establece un plazo de treinta días, lo que nos parece excesivo.

Por otra parte, el artículo 14 inciso 1° del mismo cuerpo legal ha provocado problemas de calificación porque hay conservadores que han entendido que se trataría de una suerte de abrogación de esta función de la esencia de la actividad registral: *El Conservador de Bienes Raíces deberá practicar la inscripción del inmueble a requerimiento del Servicio o del interesado, de acuerdo con las indicaciones que contenga la resolución dictada por el Servicio, y agregará, al final del Registro de Propiedad, una copia autorizada de dicha resolución, junto con el plano correspondiente, en su caso, y además practicará la inscripción de la prohibición a que se refiere el artículo 17 de la presente ley.*

8. Insuficiencia de medidas de seguridad para evitar el fraude registral inmobiliario¹⁷. Solo para entender la gravedad de la situación, podemos

¹⁶ El Decreto Ley N° 2.695 de 1979 no establece o regula una *nueva forma de propiedad*, como erróneamente lo ha señalado alguna sentencia de nuestro Tribunal Constitucional (por ejemplo, véase sentencia de 3 de marzo de 2010, rol N° 1.298-2009, www.tribunalconstitucional.cl, según este, *El Decreto Ley N° 2.695 diseña un estatuto de propiedad*). Sus normas son de carácter registral, por lo que perfectamente podrían estar contenidas en una ley del Registro Inmobiliario. Establece un procedimiento de ingreso o reingreso al Registro, sin distinguir si se trata de una inmatriculación o de una reanudación del tracto sucesivo.

¹⁷ Corte Suprema, 13 de noviembre de 2008, rol N° 3.229-2008 (recurso de protección): *Resulta acreditado con la debida suficiencia en sede de investigación abreviada que, mediante la actividad artificiosa de terceros se forjó un documento en que se hizo constar la venta de un inmueble de propiedad de la parte recurrente, atribuyéndole la calidad de escritura pública, en circunstancia que de tal solo tenía las apariencias, puesto que la ministro de fe que figuraba autorizándola niega haberlo hecho y en su oficio no existe registro alguno que respalde su otorgamiento; no obstante lo cual, al amparo de la exterioridad engañosa de dicho instrumento, se inscribió la transferencia de que daba cuenta –ignorado por el supuesto vendedor– en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces. La actuación*

señalar que en Chile no existe un registro oficial y al día de quienes ejercen el cargo de notarios. Menos existe información respecto de quienes ejercen los cargos de notarios interinos y suplentes. Se trata de una información que el Estado posee y en él recae la obligación de mantener un registro actualizado y de fácil acceso.

A lo anterior se debe sumar la carencia de tecnologías de seguridad y otros resguardos incorporadas por ley a la escritura pública que hagan imposible o muy difícil su imitación.

*(...), el control de autenticidad que expresamente exigen los artículos 13 y 62 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, queda expresamente entregado a las herramientas que cada Conservador pueda implementar para tal efecto, con la consabida dosis de inseguridad que esto trae consigo*¹⁸.

*Lamentablemente, a pesar de la lucha en el mundo entero contra las imitaciones y falsificaciones, y a las tecnologías desarrolladas con tal propósito, no se conoce en nuestro país esfuerzo ni preocupación oficial de ningún tipo en esta materia*¹⁹.

9. En otros ámbitos distintos al del Registro Inmobiliario, también, es posible detectar problemas y surgen dudas, así como acontece con la registración comercial, a lo que le destinaremos el acápite V siguiente.

Por último, queda la interrogante en cuanto a si la calificación registral debe comprender o ampliarse a otras esferas; por ejemplo, a las cláusulas abusivas incorporadas en los mutuos hipotecarios, situación que se puede ver seriamente agravada si el vencimiento anticipado de la deuda se vincula a estas cláusulas, lo que conduciría a una ejecución anticipada de la hipoteca; dicho de otra forma, se trata de una cláusula contractual (de vencimiento anticipado) que tiene trascendencia jurídico-real.

V. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL EN EL ÁMBITO COMERCIAL

En general, varios de los comentarios que manifestaremos a continuación han quedado plasmados en el primer informe (enero 2017) de la Novena Subcomisión de Codificación Comercial²⁰.

contraria a derecho que se ha dejado en evidencia ha vulnerado el derecho de propiedad de la parte recurrente sobre la finca, pues, junto con radicarlo en el patrimonio del supuesto comprador, canceló la inscripción de dominio que en relación al mismo inmueble obraba a favor de aquella en el registro correspondiente al Conservador de Bienes Raíces.

¹⁸ SEPÚLVEDA LARROUCAU, Marco Antonio y SAQUEL OLIVARES, Mario, "El fraude inmobiliario en Chile", en revista electrónica *Fojas* de la Corporación Chilena de Estudios de Derecho Registral, mayo de 2015, edición N° 38; <http://fojas.conservadores.cl>

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ www.codificacioncomercial.cl

El artículo 8° del Reglamento del Registro de Comercio parece atribuirle al Conservador el carácter de mero buzón receptor de documentos. *El Conservador inscribirá en el Registro los documentos que se le presenten, y en caso de resistencia, que no puede dimanar de otras causas que de no corresponder el documento a la nomenclatura que precede, de no estar extendido en el papel competente o de no haberse cumplido con lo ordenado por el artículo 18, el interesado puede ocurrir al juez de comercio, quien resolverá, con audiencia del Conservador, si debe o no practicarse la inscripción. En el caso afirmativo la inscripción contendrá el decreto que le ha ordenado. El decreto denegativo es apelable en la forma ordinaria.*

Tal característica no guarda relación con la importancia que algunos autores extranjeros atribuyen a los registros mercantiles. Así, por ejemplo, Pablo Casado Burbano señala que *En el caso de los registros mercantiles el problema reviste todavía mayor trascendencia ya que, sin duda, los principales operadores del tráfico mercantil y protagonistas mayoritarios del contenido de los libros de aquellos registros, es decir las sociedades de capital, tienen una naturaleza etérea, propicia a la evanescencia o evasión y que requiere, en aras de la protección de los intereses de sus propios socios o de terceros, que conste de manera clara e indubitada, en todo momento el ámbito de su responsabilidad y la identidad y facultades de quienes ostentan su representación. Incluso, me atrevería decir que ese tipo de sociedades, anónimas o de responsabilidad limitada, pierden buena parte de su anonimato al inscribirse en los registros mercantiles, momento que, paradójicamente, suele coincidir con el de su nacimiento como tales*²¹.

Por otra parte, se advertirá de la simple lectura del artículo 8°, que el sistema recursivo registral mercantil presenta una diferencia importante con el registral inmobiliario, ya que en el primero el juez debe resolver *con audiencia del Conservador*. En cambio, en el segundo debe resolver en vista de la solicitud presentada por la parte perjudicada y los motivos expuestos por el Conservador en el mismo título cuya inscripción ha denegado (artículo 18 en relación con el artículo 14 inciso 2° del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces), no obstante que en la práctica los tribunales agregan un trámite no previsto en la ley: un informe del Conservador.

En materia comercial, sin embargo, previo al análisis y propuesta de eventuales reformas en materia de calificación registral, será necesario que quienes se avoquen a ello se detengan previamente en una tema mucho más amplio: el de la publicidad registral, ya que es posible advertir que el legislador mercantil, a diferencia del civil, demostró una deficiente comprensión de la misma, síntoma que también se aprecia

²¹ CASADO BURBANO, Pablo, *op. cit.*, p. 16.

en legislación comercial posterior²². Nuestra doctrina mercantil tampoco ha hecho grandes aportaciones en la materia. Así, también, ha quedado señalado en el primer informe (enero 2017) de la Novena Subcomisión de Codificación Comercial.

Un síntoma inequívoco de lo anterior es, por ejemplo, la publicidad que se debe cumplir respecto de los principales sujetos de inscripción: las sociedades. A este respecto desde hace tiempo nos venimos preguntando cuál es la utilidad de la publicación en el Diario Oficial y si la inscripción debiera tener eficacia constitutiva, en vez de sancionarse con la nulidad la omisión de estos requisitos. Este sistema de corte francés parece que ha calado hondo en nuestra cultura jurídica, ya que, con una buena dosis de desconocimiento de Derecho Registral y con la buena intención de intentar solucionar ciertas problemáticas, se recurrió a una ley de saneamiento de vicios de nulidad, la N° 19.499, es decir, se perseveró en un sistema de dudosa calidad registral.

Además, como también se consignó en el citado informe, no resulta para nada razonable la confección de extractos, donde no es poco frecuente la comisión de errores, ya que es el Conservador quien por ley debiera conocer las menciones que deben contener las inscripciones. Constituye un deber esencial del Conservador la selección y depuración de la publicidad registral.

Incluso, actualmente, en materia societaria padecemos de *bipolaridad registral*, ya que contamos con dos registros, el Registro de Comercio y aquel creado por la Ley N° 20.659, regidos por principios distintos y a cargo de entes completamente diversos. No es más que otra evidencia de la escasa importancia que se asigna en materia mercantil a la publicidad registral y a sus efectos jurídicos.

Continuando con las sociedades y volviendo a la calificación registral, un aspecto que debiese quedar comprendido dentro de su esfera es el del nombre o razón social, ya que no parece aceptable que se dé acceso al Registro a aquellas sociedades que tienen uno idéntico al de otra ya registrada.

²² Debemos ser honestos en orden a que en general los legisladores posteriores a la codificación no han sido particularmente lúcidos en materia registral; solo por vía de ejemplo, se puede citar la deficiente redacción que dio la Ley N° 19.335 al artículo 141 del Código Civil. También, podemos agregar el artículo 57 N° 7 de la Ley N° 20.720, que ordena *inscribir* la resolución de reorganización *al margen de la inscripción de propiedad de cada uno de los inmuebles*, y los actuales artículos 115 bis y 116 del Código de Aguas que clasifican los *títulos que deben y pueden inscribirse* en contradicción con los artículos 52 y 53 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces. Incluso más, entre los actuales artículos 116 N° 1 y 117 inciso 2° del mismo Código se aprecia una contradicción evidente, ya que el primero ubica la constitución y tradición de los derechos reales de aprovechamiento entre los títulos que *pueden* inscribirse y el segundo, establece que la constitución y tradición de los mismos se efectúa por inscripción del título en el Registro de Hipotecas y Gravámenes de Aguas.

En definitiva, es un tema de política legislativa la determinación de la organización de los registros²³ y de los efectos jurídicos de sus asientos, constituyendo un aspecto central la elección de aquellos principios básicos de publicidad registral²⁴ que mejor se acomoden a nuestra sociedad y a una legislación mercantil moderna. Por tanto, previo a cualquier reforma legal, se deberá contar con definiciones claras y precisas al respecto.

Como corolario, podemos afirmar que en nuestro país se encuentra pendiente la respuesta a la siguiente pregunta: ¿cuál es la publicidad registral mercantil que demanda el tráfico jurídico moderno? Nos referimos no solo a la publicidad registral sustantiva, sino, también, a la formal.

BIBLIOGRAFÍA

- AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, *Estudios jurídicos*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2009.
- CASADO BURBANO, Pablo, *Los principios registrales mercantiles*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2002.
- COMISIÓN DE ESTUDIO DE LA NUEVA CODIFICACIÓN COMERCIAL, Novena Subcomisión: Judicatura Especializada para Resolver Contendidas Mercantiles y Derecho Registral, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, www.codificacióncomercial.cl
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial III. Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*, Thomson-Civitas, España, 2008, 5ª edición.
- GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Editorial Civitas S.A., España, 1988, 1ª edición.
- MENDOZA DEL MAESTRO, Gilberto, *Comentarios a los precedentes y acuerdos del Tribunal Registral*, Cuadernos de Derecho Registral N° 1, Editorial Praeter Legem; Perú, 1ª edición, 2017.
- SEPÚLVEDA LARROUCAU, Marco Antonio y SAQUEL OLIVARES, Mario, “El fraude inmobiliario en Chile”, en revista electrónica *Fojas* de la Corporación Chilena de Estudios de Derecho Registral, mayo de 2015, edición N° 38, <http://fojas.conservadores.cl>
- SEPÚLVEDA LARROUCAU, Marco Antonio, *Estudio de títulos de inmuebles*, Editorial Metropolitana, Santiago, Chile, 2002.

²³ Por ejemplo, en materia de organización debiera despejarse la duda de si el Libro Repertorio pertenece a la estructura del Registro de Comercio.

²⁴ Los principios registrales son reglas o ideas fundamentales íntimamente relacionadas unas con otras que sirven de base y orientación al sistema registral, y que contribuyen al funcionamiento y eficacia del Registro. Obedecen a necesidades globales que se dan en cualquier país (una de las características del Derecho Registral es su vocación comparatista), por lo que su aplicación a un determinado sistema jurídico proporciona gran utilidad metodológica, por una parte, al permitir realizar un diagnóstico del mismo y, por la otra, proporciona pautas para la solución de problemas jurídicos en el respectivo derecho positivo.

SEPÚLVEDA LARROUCAU, Marco Antonio, *Teoría General del Derecho Registral Inmobiliario*; Editorial Metropolitana; Santiago, Chile, 2014.

SEPÚLVEDA LARROUCAU, Marco Antonio, “Reforma a la institucionalidad notarial y registral”, en *Revista de Derecho Inmobiliario*, año 1/Nº 1/2017, Editorial Metropolitana, Santiago, Chile.

VODANOVIC H., Antonio, *Curso de Derecho Civil. Los bienes y los derechos reales*. Explicaciones basadas en las clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. y Manuel Somarriva U., redactadas y actualizadas por Antonio Vodanovic H., Editorial Nascimento; Santiago, Chile, 1974, 3ª edición.

**EL SISTEMA REGISTRAL CHILENO.
CAMINO DESDE LA POSESIÓN INSCRITA
A UN REGISTRO DE DERECHOS**

MAURICIO ASTUDILLO PIZARRO

Abogado

Conservador de Bienes Raíces de Rancagua

Director Asociación Nacional de Notarios,

Conservadores y Archiveros Judiciales

I. INTRODUCCIÓN

Lamentablemente la doctrina no es abundante en el estudio del sistema registral chileno y tradicionalmente se ha centrado más en criticarlo, resaltando sus eventuales debilidades, que en hacer aportes que hubieran iluminado su crecimiento y desarrollo.

En este trabajo pretendemos demostrar que las falencias conceptuales y prácticas de nuestro sistema orbitan en torno a un mismo eje consistente en que las normas que regulan el tráfico inmobiliario continúan ancladas a los principios del Derecho Común, tales como el efecto relativo de los contratos y, principalmente, el que nadie puede transferir más derechos de los que tiene. Una de las consecuencias derivadas de la aplicación de estos principios, es que la tradición queda vinculada causalmente no solo a su respectivo título, sino que también a los contratos translaticios anteriores respecto del mismo bien, por todo el plazo de prescripción.

La protección extrema del *verdadero propietario* relativiza los efectos del Registro, poniendo al adquirente en una situación precaria por falta de certeza jurídica. Esta visión estática del derecho acarrea la desprotección del tráfico jurídico, generando una relación inversa o *trade off* que es deseable romper logrando que los derechos reales inmobiliarios sean al mismo tiempo más seguros y fácilmente enajenables.

Una adecuada intervención del Estado en el tráfico inmobiliario, tanto por la vía normativa limitando la reivindicabilidad, como por la vía institucional instaurando un Registro de Derechos, permite soslayar los mencionados efectos adversos de la aplicación de las reglas del Derecho Común.

En función de lo anterior, explicaremos sucintamente en qué consiste la derogación de la regla de la reivindicabilidad ilimitada y describiremos los aspectos esenciales de un Registro de Derechos, haciendo hincapié en la Legitimación y la Fe Pública Registral, como los efectos sustantivos que debieran incorporarse a la inscripción conservatoria.

En fin, lo que proponemos es seguir el camino que el propio Andrés Bello dejó trazado en el Mensaje del Código Civil y que, mal que nos pese, hemos olvidado. El conocimiento y la experiencia acumulada en estos más de 150 años de vigencia del sistema nos lo imponen.

II. EL SISTEMA REGISTRAL DE BELLO

1. APROXIMACIÓN HISTÓRICA¹

A diferencia de lo que ocurre con otros institutos jurídicos pertenecientes a la misma fuente romanista continental de larga data en la tradición de los llamados “derechos cultos europeos”, el registro inmobiliario como hoy lo conocemos recién comenzó a configurarse a mediados del siglo XIX. En este sentido, Fernando Martínez, registrador de la propiedad y profesor español, señala que *el Registro, en su versión más moderna es algo que, en el Derecho Comparado, no llega a los dos siglos de historia y en algunos países, como el Reino Unido, apenas cumple escasas décadas. Es un instrumento reciente para atender necesidades puestas de manifiesto desde antiguo, pero evidenciadas como acuciantes en tiempos también recientes*².

La explicación a la relativa tardía aparición del registro en el entramado institucional del Estado puede encontrarse en el estatuto jurídico que regía a la propiedad inmobiliaria heredado del antiguo régimen. En efecto, la elevadísima concentración del poder económico constituido fundamentalmente por el dominio de la tierra, en lo que se ha dado en llamar las “manos muertas” identificadas con la Iglesia, la nobleza y el propio Estado, unida a instituciones como los mayorazgos que impedían la atomización y la libre circulación de la propiedad raíz, provocaban que las viejas formas que regulaban la transferencia y transmisión, heredadas del derecho romano, fueran suficientes para responder a ese reducido mercado en que el conocimiento recíproco entre los terratenientes era suficiente fuente de información que permitía conocer no solo los méritos

¹ Acerca del contexto histórico se puede consultar también: SEPÚLVEDA LARROUCAU, Marco Antonio, *Teoría General del Derecho Registral Inmobiliario*; Ed. Metropolitana, pp. 158 y siguientes; LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Lecciones de Derecho inmobiliario Registral*, Ed. Civitas Thomson Reuters, Navarra, año 2011, p. 41.

² MARTÍNEZ FERNANDO, *El sistema español de registro inmobiliario*, Civitas Thomsons Reuters, año 2012, p. 22.

morales de las eventuales contrapartes, sino que también las titularidades de los derechos, las aptitudes productivas de los inmuebles y las posibles cargas que pudieran pesar sobre los mismos.

Sin embargo y no obstante las restricciones, el flujo contractual inmobiliario fue aumentando su densidad poco a poco, tomando relevancia la primera fuente de asimetrías informativas. Nos referimos, obviamente, a las llamadas “cargas ocultas”; esto es, todos aquellos derechos reales que no implican una aprehensión material de la cosa y que, por esta razón, no son ostensibles.

Para soslayar esta fuente de incerteza, por pragmática de 1539, se crean los “Registros de Censos y Tributos”; más tarde y de manera inorgánica, comenzaron a aparecer las “Contadurías de Hipotecas”³; por último, a partir de los Autos Acordados de 11 de diciembre de 1713 y 14 de agosto de 1767, más lo dispuesto en la Pragmática de 31 de enero de 1768, se instauran los “Oficios de Hipotecas”.

El principal objeto de todos estos incipientes registros consistía solo en dar publicidad a las referidas cargas ocultas que afectaban a los inmuebles. Fernando Martínez señala que la Contaduría de Hipotecas era un Registro de Documentos, en el que el asiento carecía de sustantividad propia, limitándose su falta a privar de ciertos efectos al título inscribible y no inscrito. Agrega el autor que la finalidad era la de generar *cognoscibilidad*⁴. En consecuencia, quedaban fuera del régimen los demás derechos reales que tienen una apariencia perceptible, como el usufructo y, por cierto, el dominio. Por último y si a todo lo anterior se le agrega el hecho de que el propósito de la Corona no era, precisamente, el de contribuir a la certeza sino más bien el de incrementar sus ingresos fiscales por la vía de la imposición de tributos, el fracaso de todos estos intentos estaba asegurado.

Como puede advertirse, los Oficios de Hipotecas estaban muy lejos de constituir un “sistema registral” de la forma en que se fueron instaurando en Hispanoamérica a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX; sin embargo, esta es la institución que heredaron los países en ciernes, luego de las respectivas guerras de independencia y es el panorama con que se enfrentó Andrés Bello al emprender la tarea de redactar el Código Civil chileno.

³ SERNA VALLEJO, Margarita, citada por Méndez González, Fernando, *De la publicidad contractual a la titulación registral*, Ed. Thomson Civitas, año 2008, p. 83, señala: “El origen de la institución se debe a la iniciativa de un particular, Antonio Pérez Rocha, quien, a principios de 1646 solicitó de la Corona la creación de una Contaduría de Hipotecas en la villa de Madrid y la merced de ocupar el cargo de Contador General de Hipotecas de la Villa. A partir de ese momento y sin que se suprimieran de una manera expresa los registros de censos, empezaron a implantarse estos nuevos registros en la Corona de Castilla. Lo primero que sorprende de esta nueva institución es que la Corona nunca elabora una norma general que estableciera su régimen jurídico, por lo que el mismo solo puede deducirse de las condiciones establecidas para estos nuevos oficios en cada una de las ventas de los mismos”.

⁴ MARTÍNEZ F., *El sistema español...*, cit. p. 65.

Por otra parte, el Código Civil francés de 1804 que, como es sabido, sirvió a Bello como importante fuente de consulta, no ofreció en las cuestiones que ahora nos ocupan un paradigma a seguir, toda vez que este cuerpo normativo era expresión de doctrinas que imponían un retroceso; de hecho, el débil sistema francés de la transcripción de los títulos translaticios en un registro, incluso había dejado de ser necesario para la oponibilidad de las translaciones del dominio a título oneroso, lo que anulaba el aún escaso avance obtenido con la Ley Hipotecaria de 1798⁵.

Bello advirtió dos cuestiones de importancia capital que impedían plasmar los principios triunfantes del liberalismo como lo son la autonomía privada y su expresión en la libertad contractual y la libre circulación de los bienes: primero, que la regulación española y la institución de los Oficios de Hipotecas hacían muy difícil la expansión de los mercados inmobiliario y crediticio no solo por la clandestinidad a que estaba sometido el dominio, sino que también por instituciones anacrónicas como los mayorazgos y vinculaciones perpetuas, que sustraían del comercio los bienes inmuebles, manteniendo la propiedad en manos de unas pocas personas, impidiendo el acceso a la propiedad inmobiliaria a la gran mayoría que, hasta ese momento, estaba excluida de adquirir fortuna; y segundo, que el Código Civil francés de 1804 no podía ser seguido en esta materia toda vez que se apartaba de las concepciones de los derechos cultos europeos tan arraigadas en nuestra idiosincrasia jurídica y, en la práctica, tampoco permitía la consecución de los fines generales ya expuestos.

En este escenario no quedaba alternativa, Bello y su Código debían ser pioneros y abrir el camino de una institucionalidad nueva pasando de un registro de mera publicidad y oponibilidad de ciertos derechos reales naturalmente “ocultos”, a un registro inmobiliario cuya vocación “totalizante” en cuanto a que se incorporarían al mismo todas las titularidades reales inmobiliarias, se transformaría “aceleradamente” (para usar la palabra que Bello utiliza en el mensaje) en lo que hoy denominamos un “Registro de Derechos” y que nuestro jurisconsulto ilustra señalando como “una época en que *inscripción, posesión y propiedad* serían términos idénticos”⁶.

⁵ NOGUEROLES PEIRÓ, Nicolás, prólogo a la obra *Teoría General del Derecho Registral Inmobiliario* de Marco Antonio Sepúlveda Larroucau, cit. pp. 9-24.

⁶ La parte final de esta apartado sigue de cerca nuestro trabajo presentado en el seminario “Desafíos del Sistema Registral en los mercados hipotecario e inmobiliario actuales”. Tópicos que debería abordar la esperada reforma al sistema chileno, llevado a cabo el 25 de agosto de 2016, en Santiago, Chile y publicado en *Revista Fojas* el 21 de octubre de 2016. Disponible en www.fojas.conservadores.cl (consultado con fecha 26 de octubre de 2017).

2. EL PLAN DE BELLO⁷

La primera salvedad que se debe hacer en este punto, es que las siguientes palabras no tienen nada de original; el Mensaje con que el Presidente de la República de entonces, don Manuel Montt, envió al Parlamento el proyecto de Código Civil, señala de manera expresa el punto de partida, el camino y el propósito final de la construcción de nuestro sistema registral.

La segunda cuestión que debe dejarse en relieve es que, si bien es cierto que el propio Código Civil, en su artículo 695 entrega a la posterior dictación de un reglamento todo lo relativo a los deberes y funciones del Conservador de Bienes Raíces y a la forma y solemnidad de las inscripciones⁸, ello no quiere decir que nuestro principal cuerpo legal haya abdicado de establecer las bases fundamentales que sostendrían toda la estructura de nuestro sistema de registro inmobiliario.

En la etapa fundacional del registro inmobiliario, efectivamente la tradición practicada por la inscripción conservatoria conferiría al adquirente solo la *posesión real efectiva* de su derecho. Pero esta situación, que gran parte de la doctrina civilista nacional ve como un profundo defecto⁹, no fue más que una deliberada decisión del autor de nuestra compilación civil, claramente expresada en el mensaje del Código del ramo: *En algunas legislaciones, la inscripción es una garantía, no solo de la posesión, sino de la propiedad; mas para ir tan lejos hubiera sido necesario obligar a todo propietario, a todo usufructuario, a todo usuario de bienes raíces a inscribirse justificando previamente la realidad y valor de sus títulos; y claro está que no era posible obtener este resultado, sino por medio de providencias compulsivas, que producirían multiplicados y embarazosos procedimientos judiciales, y muchas veces juicios contradictorios, costosos y de larga duración*¹⁰.

Pues bien, este sistema, así concebido en su etapa inicial, gracias a las demás reglas arbitradas por el codificador, pudo permitir arribar a la etapa definitiva en que la tradición materializada por la inscripción conservatoria es garantía del dominio. Estas ideas quedan señaladas en el mensaje en los siguientes términos: *Pero como no solo los actos entre vivos sino las transmisiones hereditarias están sujetas respecto de los bienes raíces a la*

⁷ ASTUDILLO PIZARRO, M., Ponencia presentada en el seminario “Desafíos del Sistema Registral ...”, cit.

⁸ El Decreto con Fuerza de Ley que contiene el Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, fue dictado el 24 de junio de 1857 y entró a regir el 1 de enero de 1859.

⁹ ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVICH, Antonio, *Tratado de los Derechos Reales*, sexta edición, editorial Temis S.A., Editorial Jurídica de Chile, p. 217. PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Los Bienes la propiedad y otros derechos reales*, Ed. Jurídica de Chile, pp. 289-291. CAPRIE BIERMAN, Bruno, *Por la reforma del sistema registral chileno*, Estudios de Derecho Civil VII, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Viña del Mar, 2011, UAI. Editorial Abeledo Perrot, LegalPublishing, p. 255.

¹⁰ Mensaje del Código Civil, párrafo XXI.

solemnidad de esta inscripción (habría que agregar, también, a la sentencia que declara la prescripción adquisitiva) *todos los referidos bienes (...), al cabo de cierto número de años se hallarán inscritos y al abrigo de todo ataque. La inscripción sería desde entonces un título incontrastable de propiedad, obteniéndose así el resultado a que otros querían llegar desde luego, sin que para ello sea necesario apelar a medidas odiosas, que producirían un grave sacudimiento en toda la propiedad territorial*¹¹.

En palabras de Marco Antonio Sepúlveda, las razones que tuvo nuestro Legislador son claras: ... *por una parte, no poner trabas a las primeras inscripciones y, por otra, evitar largos y costosos conflictos respecto de la acreditación del dominio. Sin embargo, llama profundamente la atención que, a pesar de la historia fidedigna del establecimiento del Código Civil, de la claridad de las ideas expresadas en su mensaje y de la interpretación armónica de sus principios y normas jurídicas, especialmente registrales, luego de más de ciento cincuenta años, bayan quienes no comprendan o acepten que ello fue solo para un régimen inicial y transitorio*¹².

3. LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMÚN AL TRÁFICO INMOBILIARIO

Como sabemos, nuestro Código Civil sigue muy de cerca en materia patrimonial la tradición jurídica romana, y una de las manifestaciones de aquello es la adscripción a la teoría del *efecto relativo de los contratos*, que en su máxima latina se expresa con el aforismo *res inter alios acta*. Consecuencia necesaria de la aplicación de esta regla es aquella que distingue el “título”, que en este sentido es el hecho o acto jurídico que produce derechos y obligaciones entre partes y sirve de antecedente para la adquisición del dominio y demás derechos reales, del “modo” que es el hecho o acto jurídico que produce como efecto la mutación de la titularidad jurídico-real. En otras palabras, así como podemos afirmar que las fuentes de los derechos personales son los contratos, las fuentes de los derechos reales son los modos de adquirir¹³.

El propio autor de nuestro Código Civil se encarga de clarificarlo en el mensaje cuando expresa que, siendo la inscripción la única forma de tradición del dominio y demás derechos reales inmobiliarios¹⁴ *mientras esta no se verifica, un contrato puede ser perfecto, puede producir obli-*

¹¹ Mensaje Código Civil, párrafo XXI.

¹² Ponencia presentada en el primer congreso Internacional de Derecho Registral de ex-Alumnos CADRI, *Inscripción, posesión y dominio: el caso chileno*, Universidad Andina del Cusco, Perú, 22 y 23 de octubre de 2015.

¹³ PEÑAILLO ARÉVALO, D., *Los Bienes, la propiedad...*, cit. p. 196.

¹⁴ Lamentablemente el Código Civil excluyó del régimen *tradición = inscripción* al derecho real de servidumbre, lo que obviamente es un error que debe corregirse. En lo sucesivo de este trabajo, cada vez que se hable de la tradición de los derechos reales, se dará por asumida esta circunstancia.

gaciones y derechos entre las partes, pero no transfiere el dominio, no transfiere ningún derecho real, ni tiene respecto de terceros existencia alguna^{15, 16}.

Coherente con lo anteriormente señalado es el hecho que en nuestro sistema translaticio también impera el principio general que nadie puede transferir más derechos de los que tiene, que en latín conocemos, entre otras, con la sentencia *nemo dat quod non habet*. La consecuencia lógica de este principio se expresa con el aforismo *resuelto el derecho del tradente, se resuelve también el derecho del adquirente*. Una vez más el Mensaje del Código Civil aclara estos conceptos cuando Bello explica que la posesión conferida por la tradición efectuada mediante la inscripción conservatoria, *deja subsistentes los derechos del verdadero propietario, que solamente podrán extinguirse por la prescripción competente*¹⁷.

4. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DEL DERECHO COMÚN

La vigencia de las normas del Derecho Común en el tráfico jurídico inmobiliario se traduce en la mantención de la reivindicación ilimitada o, mejor dicho, limitada solo por el plazo de la prescripción adquisitiva.

La reivindicabilidad ilimitada se refiere a la posibilidad de recuperar el derecho que ha perdido su titular en virtud de un título inválido o resuelto, de manos del último adquirente en la cadena de transferencias, aun cuando este no sea parte del acto ineficaz, se encontrare de buena fe y hubiere adquirido el derecho a título oneroso. En estas circunstancias, el derecho del adquirente queda vinculado a los avatares de los títulos de sus antecesores, sin importar cuántos fueren en la cadena de sucesivas transferencias, por todo el plazo de prescripción. De esta manera se privilegia al *verdadero dueño* que ha perdido su derecho en virtud de un título viciado o sujeto a una condición resolutoria cumplida, frente al tercero adquirente, aun cuando este se encontrare de buena fe y hubiere adquirido a título oneroso confiado en lo que certifica el registro. De esta forma, el derecho de este tercero solo podrá consolidarse una vez expirado el plazo de prescripción adquisitiva.

Tal protección al propietario, señala Fernando Martínez, se justifica y entiende en una sociedad poco desarrollada, donde la propiedad

¹⁵ Mensaje, párrafo XXI.

¹⁶ La propia ley se encarga de resaltar frecuentemente el efecto personal de los contratos, lo que se observa en las definiciones que hace, por ejemplo, de la compraventa (artículo 1793), o de la permuta (artículo 1897 del Código Civil). Corrobora lo afirmado lo dispuesto en el artículo 675 del Código Civil, cuando exige, para la validez de la tradición, la concurrencia de un título translaticio de dominio (como lo son la venta, permuta o donación), título que –además y conforme lo expresa el inciso segundo de dicho artículo–, debe ser válido en sí mismo

¹⁷ Mensaje, párrafo XXI.

inmobiliaria se encuentra en manos de unos pocos que se conocen suficientemente entre sí y que suelen no deshacerse de sus bienes. *En esta concepción de la propiedad, fundamentalmente estática, no puede extrañar que lo más digno de protección jurídica sea el derecho del propietario, de manera que no pueda verse privado de él sin haberlo consentido (seguridad denominada estática o del derecho). De cara a la protección del adquirente (seguridad denominada dinámica o de tráfico), el carácter local y personal de los mercados inmobiliarios determinan que las clásicas instituciones de la posesión y la usucapión sean remedios más que suficientes para contrarrestar los eventuales efectos adversos de la regla “nemo dat quod non habet...”*¹⁸.

En consecuencia y al estar el adquirente expuesto a una eventual acción reivindicatoria, el derecho habido bajo el imperio de las normas del derecho común, no se encuentra protegido por una *regla de propiedad*, esto es, aquella que impide que sea privado del mismo sin su consentimiento, sino que se encuentra amparado solo por una *regla de responsabilidad*, es decir, la que en el evento de pérdida de su derecho, le permite dirigirse contra su tradente demandando solo la indemnización respectiva¹⁹. En definitiva, un derecho real incorporado al patrimonio bajo el estatuto en comento, se comporta más bien como si fuere un derecho de carácter personal²⁰.

Como puede advertirse, estas reglas del Derecho Común se transforman en un verdadero obstáculo en sociedades más avanzadas donde el intercambio se hace más frecuente, complejo e impersonal.

Al respecto se ha planteado que la mantención de las reglas del Derecho Común y especialmente la que permite reivindicar la cosa durante todo el plazo de prescripción, sin importar cuántas transferencias se hubieren verificado y que el adquirente final lo haya sido de buena fe y a título oneroso, producen una relación inversa entre la *seguridad de los derechos*, representada por el titular registral para que este no se vea privado del mismo sin su consentimiento y la *seguridad del tráfico o liquidez de los derechos*, representada por el adquirente a título oneroso y de buena fe, de tal forma que este último no se vea privado de su derecho por una reivindicatoria deducida por un titular anterior a su tradente²¹.

¹⁸ MARTÍNEZ, Fernando, *El sistema español...*, cit. p. 27.

¹⁹ Una clara explicación de la distinción hecha por Calabresi y Melamed acerca de la protección de los derechos mediante reglas de propiedad (*Property Rules*), reglas de responsabilidad (*Liability Rules*) y reglas de inalienabilidad (*Inalienability Rules*), puede consultarse en MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando, *Fundamentación económica del derecho de propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Thomson Reuters, Navarra, año 2011, pp. 84-89.

²⁰ MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando, *De la publicidad contractual a la titulación registral*. Editorial Thomsons Civitas, año 2008, p. 69.

²¹ MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. *Fundamentación económica...*, cit. pp. 81-84.

Fernando Méndez González lo explica en los siguientes términos: *Como consecuencia de lo expuesto, el mantenimiento de la reivindicabilidad ilimitada en un entorno de asimetrías informativas, propio de la contratación impersonal, provocará, en primer lugar, que la adquisición derivativa de iura in rem nunca pueda considerarse segura y, en segundo lugar, que las medidas que se adopten para incrementar la seguridad de las adquisiciones de derechos, lo consigan, en su caso, a costa de disminuir su liquidez; inversamente, las medidas que se adopten para incrementar su liquidez, lo conseguirán, en su caso, a costa de disminuir su seguridad*²².

En efecto, la protección extrema del propietario en el sistema del Derecho Común, genera una desprotección al tráfico jurídico; a su vez, esta desprotección acarrea falta de seguridad respecto de aquellos interesados en adquirir bienes, quienes deben incurrir en mayores costos de transacción derivados del tiempo y gastos asociados a las investigaciones retrospectivas de los títulos. Todo ello afecta negativamente los mercados inmobiliario e hipotecario y, consecuentemente, a toda la economía.

5. LA ORIGINALIDAD DE BELLO: LA INSCRIPCIÓN, ÚNICA FORMA DE EFECTUAR LA TRADICIÓN, COMO PALIATIVO²³

La fórmula jurídica *posesión (inscripción) + transcurso del tiempo = prescripción adquisitiva = dominio* que responde plenamente a los principios generales del Derecho Común antes comentados, solo fijaba el hito de inicio del camino de nuestro sistema registral. A partir de ese punto, Bello tejió un entramado que configuró una estructura sólida sobre la base de ciertas reglas de certeza jurídica tendientes a asegurar que el resultado de la ecuación fuera el esperado²⁴.

²² MÉNDEZ GONZÁLEZ, F., *Fundamentación económica...*, cit. p. 83.

²³ Hemos usado deliberadamente la palabra "paliativo" por cuanto y como veremos más adelante, estimamos que es necesario para el perfeccionamiento de nuestro sistema registral, dotar a la inscripción de efectos sustantivos que incidirán derechamente en una mayor eficiencia del mismo, dando mayor seguridad al tráfico jurídico y eliminando efectos adversos que el sistema actual solo permite contener.

²⁴ En efecto, el sistema traslativo inmobiliario en general y el sistema registral en particular, arbitran una serie de reglas de certeza jurídica que importan un paliativo a los efectos adversos de la vigencia de los principios del Derecho Común y sus consecuencias ya comentadas. Por la extensión de este trabajo no podemos comentar estas reglas de certeza; pero, entre otras, podemos mencionar las siguientes: exigencia de titulación auténtica y, más aún, la titulación pública elevada a la categoría de solemnidad *ad solemnitatem* respecto de los títulos traslativos del dominio y demás derechos reales; la prioridad registral; el tracto registral; la calificación registral; el favorecimiento de la *usucapción* con reglas como la *accessión de posesión*, o aquella otra que establece que, contra título inscrito no cabe prescripción sino por otro título inscrito; la presunción de derecho de posesión en favor del titular de una inscripción que ha durado más de un año; la presunción por la que el poseedor se reputa dueño y el hecho de que una persunción puede producir plena prueba en materia civil.

Dentro de este concepto de *reglas de certeza jurídica*, por su trascendental importancia, no podemos pasar por alto la que entendemos es la principal innovación introducida por el redactor del Código Civil en el sistema translaticio inmobiliario chileno. Nos referimos a la inscripción como única forma de llevar a efecto la tradición del dominio y de los demás derechos reales sobre inmuebles, con lo que no solo dio al acto jurídico de la tradición la solemnidad y notoriedad del asiento registral, sino que de paso fundó un registro que incluía todas las titularidades jurídico-reales inmobiliarias, cuestiones estas que no existían en ninguno de los demás ordenamientos pertenecientes a nuestra misma tradición jurídica, ni peninsulares ni de indias.

a) Tradición de inmueble no inscrito. La inmatriculación

Uno de los requisitos indispensables de todo sistema registral eficiente, consiste en lograr que, si no todos, al menos la inmensa mayoría de los inmuebles se hallen incorporados al Registro. En consecuencia, la normativa pertinente debe contemplar un procedimiento destinado a tal objetivo. Como es lógico, lo anterior tomó mayor relevancia en la época fundacional de nuestro registro inmobiliario, sobre todo debido al importante papel que se le dio a la inscripción en el proceso traslativo y transmisivo del dominio y de los demás derechos reales sobre inmuebles. Fue justamente para lograr aquello que se estableció en el artículo 693 del Código Civil un procedimiento para llevar a efecto la transferencia *por donación o contrato entre vivos, del dominio de una finca que no ha sido antes inscrita*²⁵.

Parte importante de la doctrina nacional, en una óptica errada a nuestro entender, suele diferenciar la tradición de inmuebles inscritos, de aquellos que no lo están. Respecto de estos últimos se dice que, para estos efectos, están sometidos al régimen de los bienes muebles²⁶.

Gracias al claro tenor literal de lo dispuesto en el artículo 693 del Código Civil, el que está previsto *para la transferencia (...) del dominio de una finca que no ha sido antes inscrita*, unido al “contexto de la ley” que se comenta en estas líneas, a “su intención y espíritu claramente manifestado en ella misma” y a la “historia fidedigna de su

²⁵ Esta norma se reproduce con alguna salvedad, en el artículo 58 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces y debe ser entendida, además, en relación con lo dispuesto en los artículos 10 y 11 del Decreto Ley N° 1.939, sobre Adquisición, Administración y Disposición de Bienes del Estado.

²⁶ Según señala Víctor Vial del Río en su obra *La tradición y la prescripción como modo de adquirir el dominio*, Ediciones UC, tercera edición, 2014, p. 182, el primero en sostener esta tesis habría sido José Clemente Fabres, postura que ha sido apoyada por autores como ALESSANDRI, A.; SOMARRIVA, M. y VODANOVIC, A., *Tratado de los derechos...*, op. cit., p. 413.

establecimiento”, cuya mayor expresión la encontramos en el mensaje del Código Civil, esta lucidez ha sido inexplicablemente pasada por alto por nuestros juristas, la consecuencia lógica es concluir que siempre la inscripción conservatoria es la forma prevista por la ley para llevar a efecto la tradición de los inmuebles, se hallen o no inscritos previamente. Ahora bien, para el caso de que el inmueble no se encuentre incorporado al registro, se regula una forma especial para proceder a practicar la tradición por una primera inscripción. Corrobora lo anterior lo dispuesto en el artículo 724 del Código Civil, el que no hace la distinción que forzosamente construye la doctrina de algunos autores²⁷.

En este sentido es importante resaltar que ya don Luis Claro Solar advertía acerca de este punto señalando: *Suponer que el legislador que deseaba innovar radicalmente en cuanto a la tradición y posesión de los bienes raíces por medio de la institución del Registro del Conservador, dejara subsistentes dos modos de adquirir la posesión de los bienes raíces, uno para los bienes no inscritos, el antiguo, material, defectuoso e inconveniente, y otro, el nuevo de la inscripción, para las propiedades que fueran incorporándose al Registro del Conservador, es atribuirle una falta de miras definidas y una inconsecuencia contra las cuales protestan los propios términos en que él explica su obra progresista e innovadora*²⁸.

b) Tradición de inmueble inscrito. La inscripción como única forma de efectuar la tradición del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles

Como se puede deducir de lo dicho hasta ahora, tenemos que la piedra angular de nuestro sistema registral inmobiliario se encuentra asentada en el texto definitivo del artículo 686 del Código Civil, el que por su importancia transcribimos en su parte pertinente:

“Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el *Registro del Conservador*.

²⁷ Esta norma es concordante con lo dispuesto en los artículos 686, 696, 702, inciso final, 728, 730, 924 y 2505, todos del Código Civil.

²⁸ CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de derecho Civil en Derecho Civil chileno y comparado*, vol. III, T. Séptimo, Editorial Jurídica de Chile, reedición año 2013, p. 482. En este mismo sentido VIAL EL RÍO, V., *La Tradición y la Prescripción como Modos de Adquirir el Dominio*, Ediciones UC, 2014, pp. 183-185.

De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso constituidos en bienes raíces, de los derechos de habitación o de censo y del derecho de hipoteca”^{29, 30}.

Mas adelante, el artículo 679 del Código Civil refuerza la exigencia de inscripción cuando establece que, para el caso en que la ley exija solemnidades especiales para la enajenación (cuyo es el caso que nos ocupa), no se transfiere el dominio sin ellas.

Gracias a estos preceptos, el proceso de nacimiento, transferencia, modificación o extinción de los derechos reales, queda confinado al registro.

Andrés Bello construye el sistema translaticio inmobiliario, sobre la base de este pilar fundamental el que significó toda una revolución que colocó a nuestro ordenamiento jurídico a la cabeza del desarrollo e implantación de los sistemas registrales en toda Iberoamérica, donde siguieron imperando (y en algunos casos aun imperan) las viejas formas de tradición simbólicas heredadas del derecho romano, que condenan a la clandestinidad a las titularidades jurídicas reales.

La solución de Bello es tan singular como novedosa. De hecho, no conocemos precedente en el derecho peninsular ni en las leyes de indias y menos en el derecho francés, en el que se establezca esta manera espe-

²⁹ BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, *Código Civil. Edición concordada con observaciones históricas críticas dogmáticas y jurisprudenciales*. LegalPublishing. Thomson Reuters, tercera edición. Tomo I, pp. 704-707, nos ilustra acerca de la evolución en el pensamiento de Bello al abocarse al estudio de esta materia. Este autor anota que la concepción de Bello expresada en el texto final del artículo 686, pasó por tres momentos: en una primera etapa, en que se conservan las formas imperantes en la cultura jurídica de aquel entonces provenientes del derecho romano. Así, no distinguía el derecho de dominio acerca de una cosa, de la cosa misma; entonces la tradición operaba respecto de los inmuebles y no respecto del derecho de dominio sobre ellos. A su vez, reconocía formas de tradición real y simbólica; la tradición real se llevaba a efecto entrando el adquirente en el inmueble, en presencia del tradente, quien debía expresar su voluntad en el sentido de transferir la cosa; la tradición simbólica se hacía por la suscripción de una escritura pública en que se debía expresar la traslación actual del dominio. En un segundo momento, Bello abandona las formas clásicas y adopta esta especial forma simbólica y solemne de tradición consistente en el registro de la escritura respectiva en el oficio conservatorio de bienes raíces. Por último, la tercera etapa en que, además de concebir a la inscripción como la única forma de hacer la tradición, se separa conceptualmente la cosa del derecho real constituido sobre ella. Así se llega a instituir a la inscripción como la única forma de efectuar la tradición *del dominio* de los bienes raíces y otros derechos reales.

³⁰ BRAVO, Bernardino, *En busca de los orígenes del Registro Conservatorio en Chile. Bello y el ABGB* (ensayo publicado a modo de introducción a la obra “Teoría General del Derecho Registral Inmobiliario” de Sepúlveda Larroucau, Marco Antonio, cit. pp.19 y siguientes), sostiene que la redacción del artículo 686 de nuestro Código Civil data de 1840, fecha a partir de la cual Bello pudo tener acceso al Código Civil Austríaco que, en su artículo 431, establecía: “la traslación de la propiedad de los inmuebles no se hace sino transcribiendo el título, en los registros públicos y la inscripción de un propietario en lugar del otro”. Para este autor, en la disposición antes citada estaba la solución y el punto de partida para la fundación de un sistema registral que fuera capaz de complementar “las formas romanas de tradición, ancestrales en el derecho castellano y en otros europeos, con esta otra, de la inscripción en un registro público, que tenía siglos de existencia en Austria y en varios estados alemanes ...”.

cialísima de tradición, que es la inscripción en el Registro Conservatorio. Por lo mismo, hasta hoy la doctrina española no asimila totalmente el hecho que la tradición en Chile se lleva a efecto por la inscripción; la tradición se confunde con la inscripción misma, esta no reemplaza a aquella, no es un sucedáneo jurídico³¹. Como sabemos, se trata de una idea del redactor de nuestro cuerpo normativo civil, inspirada –como dice el propio mensaje en su párrafo XXIII–, en la legislación de varios estados de Alemania³².

Es precisamente esta *tecnología jurídica* la que ha permitido llegar al resultado esperado por Andrés Bello en el sentido que “*inscripción, posesión y propiedad*, serían términos idénticos”³³, habiendo provocado que la inmensa mayoría de los inmuebles se hallen *inscritos y al abrigo de todo ataque* siendo la inscripción un *título incontrastable de propiedad. Obteniéndose así el resultado a que otros querían llegar desde luego*, sin que para ello hubiere sido necesario haber recurrido a medidas compulsivas que hubieren producido *un grave sacudimiento en toda la propiedad territorial*³⁴.

III. CRÍTICAS DOCTRINARIAS AL MÉRITO DE LA INSCRIPCIÓN

No obstante lo antes dicho, una parte importante de la doctrina nacional critica nuestro sistema registral señalando que es inseguro y de escasa legalidad³⁵. Agregan estos autores que, en el mejor de los casos, la inscripción solo acredita la posesión del derecho y no el dominio. Incluso se ha llegado a afirmar, sin mención a estudio alguno, que dicha

³¹ Un ejemplo de la falta de comprensión del rol de la inscripción como tradición lo podemos encontrar en PAU PEDRÓN, Antonio, *La Publicidad Registral*, Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, año 2001, p. 383, quien señala “El ámbito de la inscripción constitutiva ha de coincidir con el ámbito actual de la tradición respecto de los inmuebles. Si no fuera de una técnica legislativa muy deficiente, se podría introducir la inscripción constitutiva con una fórmula como la del artículo 686 del Código Civil chileno (...). Pero la inscripción constitutiva no es una variedad de tradición, sino un sustitutivo de la tradición. Lo que pretende la inscripción constitutiva es precisamente eliminar la tradición por su ineficacia publicitaria”.

³² BRAVO B., *En busca de los orígenes...*, cit. pp. 19 y siguientes, sostiene que la redacción del artículo 686 de nuestro Código Civil, data de 1840, fecha en la que Bello pudo tener acceso al Código Civil austriaco que, en su artículo 431, establecía: “la translación de la propiedad de los inmuebles no se hace sino transcribiendo el título, en los registros públicos y la inscripción de un propietario en lugar del otro”. Para este autor, en la disposición antes citada estaba la solución y el punto de partida para la fundación de un sistema registral que fuera capaz de responder a los principios que informarían el Código Civil chileno, complementando “... las formas romanas de tradición, ancestrales en el derecho castellano y en otros europeos, con esta otra, de la inscripción en un registro público que tenía siglos de existencia en Austria y en varios estados alemanes”.

³³ Mensaje del Código Civil, párrafo XXII.

³⁴ Mensaje, párrafo XXI.

³⁵ ALESSANDRI, A.; SOMARRIVA, M. y VODANOVICH, A., *Tratado de los derechos...*, cit. p. 217.

falta de certeza se reflejaría en una supuesta enorme cantidad de juicios reivindicatorios³⁶.

Al respecto, el destacado profesor de Derecho Civil, Vitorio Pescio, señala que esta discusión ha apasionado a los doctos y preocupado a los afectados, sin que haya perturbado la vida de los negocios, habiéndose desarrollado el crédito hipotecario sin grandes transtornos. El profesor Pescio sentencia finalmente que, para superar las contradicciones y excepciones que buscaron y encontraron los doctos, *habría bastado estar atento al espíritu de la ley claramente manifestado en ella misma y a la historia fidedigna de su establecimiento*³⁷.

Suscribiendo plenamente las palabras del profesor Pescio, podemos dar por superada la discusión doctrinaria; pero aún así nos podemos preguntar: ¿Es efectivamente inseguro, de escasa legalidad y baja certeza jurídica nuestro sistema? ¿Es efectivo que exista una gran cantidad de juicios reivindicatorios?

Si las respuestas fueran afirmativas, tendríamos variadas consecuencias en los mercados hipotecario e inmobiliario: desde luego, el negocio inmobiliario no atraería grandes inversiones, los precios de los inmuebles –al ser una inversión insegura que no atrae capitales– tenderían a la baja o, en el mejor de los casos, a su mantención. La hipoteca no sería una garantía eficaz; por lo mismo, los bancos y demás instituciones financieras no se verían estimuladas a otorgar mutuos caucionados con hipoteca; al ser también más riesgosa esta garantía, las tasas de interés serían relativamente más altas; al ser el crédito más caro, menos personas podrían acceder a él y el monto de colocaciones financieras por este concepto representaría una proporción muy baja al ser comparada con el producto interno bruto del país, etcétera.

Lo cierto es que en Chile ninguna de estas nefastas consecuencias es efectiva³⁸. Por lo mismo, son exageradas las referidas afirmaciones que

³⁶ PEÑAILILLO ARÉVALO, D., *Los Bienes, la Propiedad...*, cit. pp. 267-294.

³⁷ PESCIO VARGAS, Vitorio, *Manual de Derecho Civil*, Tomo IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1958, pp. 366-367. En el mismo sentido, VIAL DEL RÍO, Víctor, *La tradición y la prescripción como modos de adquirir el dominio*, Ediciones Universidad Católica de Chile. Tercera edición, p. 175.

³⁸ Es por todos conocido el hecho que en Chile los inmuebles han aumentado sostenidamente su valor. Numerosos estudios hablan de ello. Por ejemplo, un informe de GfK, ADIMARK, señala que hasta en 200% han aumentado durante el período 2006-2016, los precios de las viviendas en el Gran Santiago. Informe GfK ADIMARK, disponible en <http://www.emol.com/noticias/Economia/2016/09/19/822626/En-200-aumentan-precios-de-viviendas-en-el-Gran-Santiago-durante-la-ultima-decada.html> (consultado el 26 de octubre de 2017). Otro tanto ocurre con el precio del suelo, que pese a la desaceleración económica, en los últimos 8 años, el metro cuadrado de los sitios disponibles en 13 comunas del centro de la Región Metropolitana ha tenido un alza en sus precios, equivalente a un 70%. Diario Financiero, publicación de fecha 22 de febrero de 2016, disponible en <https://www.portalinmobiliario.com/diario/noticia.asp?NoticiaID=22411>. (consultado el 27 de octubre de 2017).

En cuanto al mercado hipotecario: La Superintendencia de Bancos e Instituciones financieras informó en su memoria anual de 2015 que el volumen de colocaciones garantizadas con

llegan al extremo peligroso de decir que es necesaria una “revolución del sistema”³⁹.

Obviamente no afirmaremos que las buenas cifras que exhibe nuestro país en relación con la baja cantidad de inscripciones conservatorias que quedan sin efecto por una orden judicial, al sostenido aumento en el valor de los inmuebles, al crecimiento del mercado hipotecario, etcétera, se deben solo o principalmente a la eficacia del registro inmobiliario. Pero sí podemos decir con fuerza que estos indicadores mostrarían un panorama diametralmente opuesto, si las comentadas críticas fueran efectivas.

Esta parte de la doctrina no advierte que las debilidades de la inscripción, que en todo caso no tienen la entidad que se denuncia, no tienen su fuente específica en el sistema registral, sino más bien en el sistema translaticio general al ser solo consecuencia necesaria e ineludible de la recepción del principio general *nemo dat quod non habet*; o sea, que el mayor problema de nuestro registro radica en el hecho de ser solo tributario de los principios del Derecho Común y que, en verdad, lo que habría que estudiar es el alejamiento de la concepción extremadamente causalista de nuestro sistema jurídico translaticio del dominio.

En efecto, la inscripción chilena tiene un marcado carácter causal; es decir, se encuentra íntimamente vinculada al negocio obligacional que la motiva, al punto que los vicios o defectos que afecten al título,

hipoteca, solo por concepto de adquisición de vivienda, alcanzó a US\$ 52.990.000.000 (disponible en https://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/publicacion_11130.pdf). (consultado el 27 de octubre del año en curso). Dicha cantidad corresponde al 22% del Producto Interno Bruto de nuestro país al mismo año. Información disponible en <https://datos.bancomundial.org/pais/chile> (consultado el 12 de noviembre de 2017).

Con relación a la cantidad de operaciones hipotecarias, la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras de Chile informó en su momento que los créditos hipotecarios se habían multiplicado en Chile en 30 veces desde 1982. Informe de la Asociación de Bancos e Instituciones Financieras, reportaje publicado en [emol.com](http://www.emol.com) el 19 de agosto de 2013, disponible en <http://www.emol.com/noticias/economia/2013/08/19/615359/abif-en-30-veces-se-han-multiplicado-los-creditos-hipotecarios-en-chile-desde-1982.html>. (consultado el 27 de octubre de 2017).

En cuanto a las acciones reivindicatorias, con relación a si es efectivo que existe una “innumerable cantidad de juicios reivindicatorios”, es posible señalar que durante el 2015, de 2.238.067 causas contenciosas iniciadas en los Tribunales de la República, solo 996 corresponden a acciones reivindicatorias, es decir, estas representan solo 0,04% del total de litigios iniciados ese año. Estadística obtenida de la base de datos del Poder Judicial, disponible en www.poderjudicial.cl

Claro está, sería todavía necesario analizar demanda por demanda, para despejar aquellas acciones en que la causa de pedir no es imputable al Registro, como cuando se invoca la verificación de una condición resolutoria o alguna circunstancia no visible en los títulos, como lo sería –por ejemplo– una nulidad procesal en un juicio ejecutivo en que se dejara sin efecto el proceso de apremio, y aún habría que esperar el desenlace de cada uno de estos pleitos en que un número todavía menor podría acogerse la acción, fundada en un eventual error o falencia del sistema.

³⁹ CAPRILE BIERMAN, B., *Por la reforma...*, cit. p. 255.

indefectiblemente afectan también al modo. Más aún, la causalidad de la inscripción no solo es entre las partes del negocio obligacional (título traslativo), sino que también respecto de terceros adquirentes posteriores. Esto es, sin importar cuántas transferencias del dominio se verifiquen durante el plazo de prescripción de la acción de nulidad o resolución, la parte legitimada para accionar, podrá reivindicar el inmueble del actual titular registral, aun cuando este lo hubiere adquirido de buena fe y a título oneroso⁴⁰.

Si bien es cierto que esta causalidad extrema del acto traslativo no provoca una inestabilidad generalizada en la titularidad o en el tráfico, cuestión que sugieren los críticos antes referidos, sí trae al mercado actual más problemas que beneficios; de hecho, se ralentiza la circulación de los bienes por la falta de seguridad y se añaden costos de transacción perfectamente evitables, derivados de la necesaria investigación de los títulos anteriores hasta completar el ya señalado plazo de prescripción. En otras palabras, le resta eficiencia al mercado inmobiliario y crediticio.

IV. PERFECCIONAMIENTO DEL SISTEMA TRASLATIVO INMOBILIARIO

Tal como hemos dicho en lo precedente, bajo la vigencia de las normas del Derecho Común, la seguridad del titular y la seguridad del tráfico constituyen dos extremos en tensión, de tal forma que por privilegiar a uno necesariamente se perjudica al otro. Por tanto, la cuestión no es tan simple como lo sería lisa y llanamente derogar la regla de reivindicabilidad ilimitada debido a que, en este caso, por favorecer el tráfico y al tercero adquirente, los titulares se verían expuestos a perder su derecho sin su consentimiento, por cualquiera que alegue haberlo adquirido en virtud de algún título.

Por lo anterior y siguiendo al profesor Fernando Méndez⁴¹, diremos que el sistema traslativo inmobiliario debe articular los mecanismos tendientes a romper esta relación inversa (*trade off* lo denomina en su obra); solo de esta forma los activos son, al mismo tiempo, más seguros y más líquidos o fácilmente enajenables y, con ello, más valiosos. Lo anterior se consigue con la intervención directa del Estado por dos vías: por una parte derogando la regla de reivindicabilidad ilimitada y, por el otro, instaurando la institución del Registro de Derechos.

⁴⁰ MÉNDEZ GONZÁLEZ, F., *Fundamentación Económica...*, cit. pp. 81 y siguientes.

⁴¹ MÉNDEZ GONZÁLEZ, F., *Fundamentación económica...*, cit. p. 112.

1. DEROGACIÓN DE LA REGLA DE *REIVINDICABILIDAD ILIMITADA*

Según ya hemos tenido ocasión de señalar, el Derecho Romano concibió a la *traditio* como un acto jurídico causado. Nuestro Código Civil no se aparta de esta concepción señalando que la tradición no solo requiere el consentimiento del tradente (artículo 672) y del adquirente (artículo 673), sino que también, para su validez, requiere de un título traslativo de dominio, el que debe ser válido (artículo 675). Lo anterior a diferencia de los sistemas traslativos de tradición germánica, en donde la tradición se independiza del título, con lo que la misma tiene un carácter abstracto no solo respecto de terceros, sino que también entre las partes del negocio obligacional subyacente⁴².

De lo que aquí se trata no es de apartarnos de nuestra tradición jurídica romanista, sino de distinguir la causalidad de la tradición entre partes, que no se abandona, de la abstracción respecto de terceros, que se incorporaría al sistema traslativo inmobiliario por la vía de la recepción del llamado principio de Fe Pública Registral del que ya hablaremos.

La causalidad de la tradición *inter partes* y su abstracción *inter tertios*, implica que las circunstancias que puedan privar de eficacia a un negocio obligacional (título traslativo) solo podrán afectar a las partes del mismo, no siendo comunicables sus consecuencias a los eventuales terceros adquirentes posteriores en la cadena de transferencias del mismo bien, en la medida en que su adquisición lo haya sido a título oneroso y de buena fe.

En definitiva, quien haya sido titular registral y se haya visto privado de un derecho en virtud de un acto nulo o resuelto, estará protegido por una *regla de propiedad* y consecuentemente tendrá a su haber la acción reivindicatoria, solo si su *accipiens* no se hubiera desprendido de tal derecho en favor de un tercero de buena fe y a título oneroso. En caso contrario, solo estará protegido por una *regla de responsabilidad* y, por tanto, solo podrá dirigirse en contra de su *accipiens* persiguiendo la correspondiente responsabilidad civil, quedando el tercer adquirente a salvo de la reivindicación.

Por su parte, el adquirente de buena fe y a título oneroso queda protegido por una *regla de propiedad* respecto de un antecesor en el dominio (que no sea su tradente), razón por la que no podrá ser privado de su derecho sin su consentimiento, aun cuando el título del propietario anterior haya sido declarado ineficaz.

⁴² Para más información relativa al sistema traslativo alemán y el carácter "abstracto" de la tradición, se puede consultar PAU PEDRÓN, A., *La Publicidad...*, op. cit., pp. 66-76. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Volumen III, Tomo I, Editorial Tecnos, Octava Edición 2012, reimpresión 2013, p. 56. MÉNDEZ GONZÁLEZ, F., *La función de la Fe Pública Registral en la transmisión de bienes inmuebles. Un estudio del sistema español con referencia al alemán*. Registradores de España, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, pp. 44-61.

En palabras de Fernando Méndez⁴³, con la derogación de la norma de *reivindicabilidad ilimitada* se produce una inversión de las reglas de protección de las titularidades sobre los *iura in rem* inmobiliarios, respecto de las establecidas por el Derecho Común. En consecuencia, quien adquiere a título oneroso y de buena fe, pasa a estar protegido en relación con un propietario anterior (*verus dominus* del Derecho común, como él lo denomina), por una *regla de propiedad* en lugar de por una *regla de responsabilidad* y, al contrario, el propietario anterior (*verus dominus* conforme a las reglas del Derecho común), pasa a estarlo solo por una *regla de responsabilidad* y su correspondiente acción indemnizatoria, ejercitable contra quien dispuso de su derecho sin su consentimiento.

En fin, respecto de aquellos escépticos que piensan que esta medida puede introducir algún tipo de *sacudimiento* en la propiedad inmobiliaria, podemos decir que la causalidad extrema de nuestro sistema, unida a la vigencia de la regla de *reivindicabilidad ilimitada*, afecta al ciento por ciento de los eventuales inversores o adquirentes de derechos inmobiliarios, con lo que perviven las asimetrías informativas que siempre acarrearán inseguridad jurídica, desincentivo a la inversión (sobre todo a largo plazo), elevando costos de transacción, frenando el intercambio y por esta razón la constante reasignación de los recursos y consecuente especialización, todo ello redundará en un menor valor de los bienes y un menor crecimiento.

En cambio, la causalidad *inter partes* y la abstracción *inter tertios* con su consecuencia en la derogación de la *regla de reivindicabilidad ilimitada* solo afectará eventualmente a quien se vea privado de su derecho por haberlo transferido en virtud de un acto viciado o resuelto y solo si tal derecho hubiere sido a su vez transferido por su *accipiens* a un tercero, a título oneroso, y encontrándose este último de buena fe. Y aun en este caso, quien ha perdido su derecho en virtud de un acto ineficaz, tiene a salvo la acción para perseguir la responsabilidad civil de su contraparte en el negocio obligacional nulo o resuelto.

2. INSTAURACIÓN DE UN REGISTRO DE DERECHOS. ELEMENTOS TIPIFICANTES DEL MISMO

De nada serviría la intervención normativa del Estado si a la vez no se implementara la institución del Registro de la Propiedad, articulada bajo la forma de un Registro de Derechos. Se trata de una institución destinada al cumplimiento de una función pública consistente, básicamente, en la concreción de los presupuestos fundamentales que permiten dotar de la necesaria seguridad jurídica al tráfico inmobiliario. Para los efectos de

⁴³ MÉNDEZ GONZÁLEZ, F., *Fundamentación económica...*, cit., p. 114.

este trabajo, describiremos a una institución de este tipo, sobre la base de los siguientes aspectos esenciales:

- a) *Los derechos reales inmobiliarios nacen, se transfieren, se modifican y extinguen **intra registro***. Un Registro de Derechos opera virtualmente como una industria pero, en este caso, una industria de transformación jurídica, que añade valor a la *materia prima* que ingresa al proceso, arrojando un producto final diferente. En efecto, en el *in put* del registro encontramos actos o contratos que, como tales, son fuentes de derechos personales (con todas las consecuencias que ello acarrea) y en el *out put* observamos que, luego del proceso registral, tenemos una inscripción conservatoria que sanciona a un derecho real, bien para constituirlo, para transferirlo, modificarlo o extinguirlo. En este mismo trabajo, al hablar de las *reglas de certeza* articuladas por nuestro sistema traslativo inmobiliario, hemos traído a colación la que nos parece una de las más grandes innovaciones aportadas por nuestro Código Civil. Nos referimos a la circunstancia que la tradición del dominio y demás derechos reales se verifica por la inscripción conservatoria (artículo 686). Esta norma, unida a la exigencia de practicar las inscripciones que ordena el artículo 688, en el caso de la sucesión por causa de muerte y a la que ordena el artículo 689, en el caso de la usucapión, más otras como los artículos 696, 724, 728, 730 inciso segundo, son las que nos permiten decir que el registro inmobiliario chileno, funcionalmente, opera como una industria donde medios materiales y humanos a través de un proceso productivo, transforman derechos personales en derechos reales; con lo que y a modo de ejemplo podemos decir que al registro ingresa un *comprador* y sale un *propietario*.
- b) *El procedimiento registral*. La institución del Registro Inmobiliario, que funciona como una *industria de transformación jurídica*, requiere de un procedimiento reglado tendiente a garantizar que el *producto final* cumpla con los estándares necesarios para asegurar la materialización de la función primordial del Registro. Por otro lado, el cúmulo y entidad de las prerrogativas que conceden los derechos reales a sus titulares, la identificación de toda la comunidad con el concepto de *sujeto pasivo* frente a estas titularidades, debido a su oponibilidad *erga omnes* y, principalmente, considerando los poderosos efectos sustantivos de la inscripción en un sistema traslativo inmobiliario articulado sobre la base de un registro de derechos, impone el establecimiento de un procedimiento eficaz en cuanto dar garantías tanto a las partes de los actos o contratos que se someten al mismo, como a los terceros, tengan o no tengan derechos prioritarios, concurrentes o subordinados al que se pretende inscribir. En este sentido, Fernando Méndez justifica la necesidad de un procedimiento registral de la siguiente forma: *Mientras no se solicite la inscripción y solo haya actos y negocios inter*

partes, el Estado a nada queda comprometido, porque en nada afectan a terceros tales actos y negocios. Pero cuando se solicita la inscripción, esto es, la declaración por parte del Estado de que la titularidad de un derecho sobre una cosa pertenece a una persona con exclusión de los demás y que el Estado así lo reconoce y compromete el uso de su fuerza coercitiva frente a cualquiera que perturbe su ejercicio, el Estado no puede asumir tal compromiso sin un procedimiento previo. Y tal procedimiento, dados los intensos efectos externos de la resolución, no puede quedar sometido a mecanismos de mercado⁴⁴.

Bajo el título de *Principios Registrales* o con otras expresiones análogas, la doctrina jurídica ha identificado y estudiado en profundidad las bases del procedimiento registral en torno a sus pilares fundamentales como lo son entre otros: la exigencia de Titulación Auténtica, la Rogación, la Prioridad, el Tracto Sucesivo, la Especialidad o Determinación, la Publicidad y, en el centro de todos ellos, la Calificación Registral. La correcta recepción en el Derecho positivo de los denominados *Principios Registrales*, unida a otras vigas maestras como lo son las exigencias de que el registrador debe ser un profesional del Derecho, altamente especializado, independiente y sujeto a responsabilidad civil, penal y administrativa, permiten otorgar a la inscripción los efectos que el tráfico jurídico requiere para desenvolverse de manera segura y eficiente. Es aquí donde encontramos otra fuente de urgente necesidad de intervención legislativa. El Reglamento para el Registro Conservatorio de Bienes Raíces es deficiente en la regulación del procedimiento registral, lo que es entendible ya que fue pionero en hispanoamérica y el desarrollo de la dogmática jurídica en esta materia se impulsó, especialmente, a partir de la dictación de la Ley Hipotecaria Española en 1861. Como fuere, habiendo alcanzado el conocimiento jurídico un gran desarrollo y existiendo amplios consensos en la doctrina en cuestiones fundamentales a este respecto, nada justifica el que esta materia no haya sido abordada por el legislador, dada la importancia que tiene el Registro inmobiliario, tanto para las personas y su vital necesidad de ser propietario del inmueble que habitan como para la economía en general, por las especiales características de los inmuebles, como su perennidad, imposible ocultación o la circunstancia que pueden soportar un cúmulo de titularidades diferentes sobre los mismos.

- c) *Efecto de la inscripción en relación con su titular. Presunción de exactitud e integridad del Registro. La Legitimación Registral.* García García, sobre la base del derecho positivo español⁴⁵, define a la Legitimación

⁴⁴ MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando, *De la publicidad contractual...*, cit. p. 199.

⁴⁵ La Ley Hipotecaria española, que ha ejercido influencia en las legislaciones registrales de América, salvo Chile, establece en su artículo 38, inciso primero: "A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su

Registral como el principio hipotecario en virtud del cual los asientos del Registro se presumen exactos y veraces y, como consecuencia de ello, se considera al titular registral legitimado para actuar en el tráfico jurídico y en los procesos judiciales como tal, es decir, tanto en el ámbito judicial como en el extrajudicial y en la forma y con la extensión que el propio asiento determina⁴⁶.

Tenemos entonces que, a nuestro juicio y siguiendo la doctrina española⁴⁷, un sistema de Registro de Derechos debe establecer un sistema de presunciones legales a favor del titular inscrito que involucren los siguientes aspectos: que los derechos reales registrados existen; que los mismos pertenecen a la persona a cuyo nombre se encuentran inscritos; que los derechos tienen la extensión que aparece del asiento respectivo; que el titular registral tiene la posesión del derecho; que, cancelado un asiento registral, se presume extinguido el derecho a que el mismo se refiere y, por último, y más que como una presunción como una verdad jurídica, que no existen titularidades reales fuera del registro.

José Chico y Ortiz señala que inicialmente el principio de legitimación protege la inscripción, considerando que la misma debe ser respetada como cierta por todos, estando obligados a pasar por lo que el Registro declara; salvo, agregamos, prueba en contrario rendida en un procedimiento impugnatorio del asiento registral⁴⁸. En efecto, tratándose de presunciones simplemente legales, su mérito puede ser destruido pero el peso de la prueba descansará sobre quien lo impugna. Sin embargo, este ataque no puede ser directo respecto del valor probatorio, sino que indirecto sobre la eficacia del asiento respectivo; de este modo el impugnante deberá ejercer las acciones que corresponda y obtener un pronunciamiento jurisdiccional que deje sin efecto en todo o en parte, la inscripción de que se trate.

Consecuencia necesaria de la aplicación de este cúmulo de presunciones, en el sentido que el Registro es exacto e íntegro, es la circunstancia que el titular registral queda legitimado para actuar en la vida jurídica ejerciendo las atribuciones que le otorga su derecho.

- d) *Efecto de la inscripción con relación a terceros. La Fe Pública Registral.* En un sistema de Registro de Derechos este constituye el efecto más poderoso de la inscripción. Lo que se busca por esta vía es facilitar el

titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos”.

⁴⁶ GARCÍA GARCÍA, J., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, T. I, Editorial Civitas, Madrid, año 1998, p. 673, citado por MÉNDEZ GONZÁLEZ, F., *De la Publicidad Contractual...*, cit. p. 149.

⁴⁷ DíEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Editorial Civitas Thomson Reuters, quinta edición, T. III, pp. 501 y siguientes.

⁴⁸ PONS, Marcial, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid 2000, cuarta edición actualizada, T. I, p. 191.

tráfico protegiendo la apariencia jurídica y reforzando la posición del tercero que adquiere a título oneroso y de buena fe, confiado en lo que publica y certifica el registro. Una vez que obtiene la correspondiente inscripción, su derecho queda a salvo de las contingencias que sufran los títulos de sus antecesores en el dominio. Dicho en otras palabras, la nulidad y la resolución no dan acción reivindicatoria contra terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe.

Por su importancia, transcribimos a continuación el artículo 34 la Ley del Registro español que consagra expresamente este principio: *El tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.*

La buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro.

Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente.

La Fe Pública Registral constituye una necesaria consecuencia de las presunciones de exactitud e integridad del Registro. Efectivamente, si el titular registral se encuentra legitimado para disponer de su derecho y un tercero contrata con él haciendo fe de lo que informa el Registro, lo lógico es que el sistema proteja su adquisición de eventuales reclamaciones de titulares anteriores. Esto no quiere decir que el Registro convalide los actos viciados que consigan acceder al mismo. Es más, y de acuerdo con lo que hemos expuesto, la adquisición bajo el imperio de la Fe Pública Registral sigue siendo causada entre las partes del negocio obligacional y, por tanto, invalidado o resuelto el acto, el tradente tiene a su haber la acción reivindicatoria contra su adquirente; sin embargo, carece de ella respecto de un tercer adquirente posterior que cumpla con los requisitos legales. En esto consiste, precisamente, la derogación de la reivindicabilidad ilimitada de que hemos hablado en lo precedente.

Es admisible hacer notar que, en nuestro derecho, no es del todo desconocida la limitación al ejercicio de la acción *rei persecutoria*. El Párrafo Segundo del Decreto Ley N° 2.695, bajo el epígrafe *De las acciones de dominio*, específicamente en su artículo 26, señala que los terceros podrán, dentro del plazo de un año contado desde la inscripción del inmueble practicada por resolución administrativa o judicial, deducir las acciones de dominio que estimen asistirles. En consecuencia, para el caso de regularización de la pequeña propiedad raíz, queda derogada la regla de la reivindicabilidad ilimitada del Derecho Común, reemplazándose por la reivindicabilidad limitada a un año contado desde que se efectuó la inscripción que se impugne.

Si nuestro ordenamiento ha establecido tal limitación en una normativa históricamente cuestionada, que no da garantía a los verdaderos propietarios, que no observa ninguna de las herramientas de certeza del procedimiento registral ¿por qué no puede ser posible dotar de mayor fuerza los efectos de la inscripción registral cuando esta es fruto del proceso registral con todas las salvaguardas que ello implica?

Conforme con lo que hemos expuesto, el tráfico jurídico regido por las reglas de Derecho Común termina perjudicando al último adquirente quien deberá soportar el costo de perder su derecho no obstante no tener participación alguna en la configuración del vicio de nulidad o de la verificación de la condición resolutoria de que se trate. La respuesta jurídica para evitar tal situación no deseable, es la institución del Registro de Derechos con Fe Pública Registral. Sin embargo, no se puede dejar de reconocer que, en el caso extremo de fallo del sistema, se abre la posibilidad a que un titular inscrito pueda llegar a verse despojado de su derecho por un acto viciado; pero tal posibilidad se minimiza en un sistema que funciona correctamente, con altos estándares de profesionalismo y especialización de los registradores; con facultades de calificación claras, precisas y suficientes; con un procedimiento registral reglado correctamente; con la obligación de responder el conservador por los errores en que se hubiere incurrido; etcétera.

V. CONCLUSIÓN

En las líneas que anteceden hemos intentado transmitir someramente algunas de las ideas de lo que se ha dado en llamar *Derecho de la Seguridad del Tráfico* cuya dogmática se ha ido articulando sobre la base de los conceptos del análisis económico del Derecho que procuran cambiar el paradigma imperante bajo las reglas del Derecho Común en el que prima la *Seguridad Jurídica (o estática)*, en perjuicio de la *Seguridad del Tráfico (o dinámica)*. Con la mantención de dichas reglas y su consecuencia lógica en la concepción privilegiada de la acción reivindicatoria, se produce una dicotomía entre la seguridad jurídica (que se favorece) y la seguridad del tráfico (que se perjudica). Con la instauración de un Registro de Derechos caracterizado básicamente por sus notas distintivas también escuetamente comentadas en este trabajo, lo que se obtiene es la compatibilización de ambas seguridades, la estática y la dinámica, con lo que todos ganan: gana el propietario, el adquirente, el acreedor, el deudor y el Estado.

Gana el propietario y adquirente porque, aun cuando pierde la posibilidad de reivindicar su derecho de un tercero que lo adquirió a título oneroso y de buena fe, de quien aparecía habilitado según el Registro para disponer de él, también gana porque a su vez no podrá ser privado

de su derecho por el reclamo de un titular anterior (en la medida que su adquisición lo haya sido a título oneroso, de buena fe y de un titular inscrito).

Gana el acreedor porque el derecho de su deudor (si hablamos del derecho de prenda general) y su propio derecho (si hablamos del derecho real de hipoteca) son también titularidades inatacables por las causales que hemos comentado, constituyéndose en garantía segura para su crédito.

Gana el deudor por cuanto al disminuir el riesgo para el acreedor, disminuye también el tipo de interés que deberá pagar por el crédito y se mejorará el acceso al mismo.

Gana también el Estado debido a que su involucramiento tanto normativo como institucional trae aparejada una simplificación y abaratamiento de las transacciones, con lo que estas se multiplican generando mucho más contratación afecta a impuestos.

En fin, ganan todos por la vía del crecimiento toda vez que el mercado funciona de manera más eficiente, haciendo más expedita, barata y segura la constante reasignación de los recursos a aquellos que están dispuestos a pagar un mejor precio por los mismos, ya que son capaces de obtener un uso más eficiente⁴⁹.

No podemos cerrar estas líneas sin dejar de expresar nuestra admiración por la obra de don Andrés Bello que por más de un siglo y medio ha dado grandes frutos al país. En todos estos años nuestro Sistema Registral ha tenido la virtud de seguir cumpliendo su función en un grado satisfactorio y, por lo mismo, merece que la comunidad jurídica le preste un poco más de atención sin prejuicios ni estridencias; sin dogmatismos ni recetas foráneas, y podamos de una vez por todas implementar las modificaciones que necesita, para seguir siendo una herramienta de crecimiento económico, así como lo ha sido desde la máquina a vapor hasta la informática.

⁴⁹ MÉNDEZ GONZÁLEZ, F., *De la publicidad contractual...*, cit. pp. 211 y siguientes.

**EL SISTEMA DE REGISTRO
DE SOCIEDADES EN CHILE:
¿DOS CARAS DE UNA MISMA MONEDA?**

SANTIAGO ZÁRATE GONZÁLEZ
Doctor en Derecho
Profesor
Universidad Central de Chile

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto exponer cómo funcionan los dos sistemas de inmatriculación de sociedades comerciales en Chile; uno establecido por mandato del artículo 21 del Código de Comercio de 1865, y desarrollado en el Reglamento para el Registro de Comercio de 1° de agosto de 1866; y, otro, más moderno y de plataforma digital, establecido por la Ley N° 20.359 de 8 de febrero de 2013, cuyo Reglamento fue dictado el 28 de marzo del mismo año. Estos regímenes coexisten y se comunican entre sí, produciendo distintos efectos a partir de sus características propias, las que exponemos a continuación, entregando una visión crítica a partir de las reformas que al sistema se pretende por expertos de la Universidad de Chile.

Palabras clave: Comercio, inmatriculación, plataforma, efectos.

ABSTRACT: The present work aims to show from the Chilean reality how two systems of immatriculating commercial companies operate in Chile; One established by mandate of article 21 of the Commercial Code of 1865, and developed in the Regulations for the Registry of Commerce of August 1, 1866; And another, more modern and digital platform, established by Law N° 20,359 of February 8, 2013, whose Regulations were issued on March 28 of that year. These regimes coexist and communicate with each other, producing different effects based on their own characteristics, which are discussed below, delivering a critical vision based on the reforms that the system is intended by experts from the University of Chile.

Key words: Trade, immatriculation, platform, effects.

I. INTRODUCCIÓN

La dictación en 1865 del Código de Comercio, tuvo por objeto someter al procedimiento de codificación toda la legislación mercantil que hasta ese momento, y preferentemente, se contenía en normas de disperso origen, como las Ordenanzas de Bilbao de 1737¹, aplicables en Chile, a pesar de su proceso de independencia.

Recordemos asimismo que la primera codificación que se puso en marcha fue la de las leyes civiles (Código Civil de 1855), de modo que la mercantil quedó pendiente hasta que el presidente Montt encargó al jurista y abogado argentino, José Gabriel Ocampo, comenzar dicha tarea en 1852, debido ello, principalmente, a que Andrés Bello no pudo realizarla².

La labor de Ocampo, concretamente, se extendió desde 1852 hasta 1861, fecha esta última en que el borrador del proyecto quedó listo para ser revisado por una comisión *ad hoc*. Antes, en 1854 había trabajado y terminado el proyecto de ley acerca de sociedades anónimas, norma que pasó luego a formar parte del código mismo. El código en cuestión fue promulgado el 23 de noviembre de 1865, entrando en vigencia el 1° de enero de 1867.

En el artículo 21 del mencionado código se creó un registro especial de comercio en el que se pudiese “inscribir” la constitución, modificación y disolución de sociedades o compañías, con el fin de darle publicidad a negocios jurídicos de naturaleza mercantil, tanto realizados por personas naturales (en su rol de comerciantes) como jurídicas; incluyendo actos que si bien pueden estar relacionados con otras áreas del Derecho (sociedad conyugal, partición de una herencia), contuvieren los mismos una relación jurídica comercial³.

Este registro creado en virtud de un Decreto Supremo reglamentario, sin numeración, del Ministerio de Justicia, Culto e Instrucción, fechado el 1° de agosto de 1866, estableció tanto el oficio de Conservador de Comercio⁴ como el sistema de llevanza del registro, conforme con ciertas

¹ *Ordenanzas de Bilbao*, en *Los Códigos españoles, concordados y anotados* XII (Madrid, 1851), pp. 444-541.

² Recordemos que Bello fallece en 1865, sin trabajar en los demás códigos encargados por el presidente Manuel Montt (comercial, penal y de procedimientos).

³ El artículo 7° del Reglamento para el Registro de Comercio señala lo siguiente: “1.° *Las capitulaciones matrimoniales, inventarios solemnes, testamentos, actos de partición, sentencias de adjudicación, escrituras públicas de donación, venta, permuta u otras de igual autenticidad que impongan al marido alguna responsabilidad a favor de la mujer; 2.° Las sentencias de divorcio o separación de bienes, i las liquidaciones practicadas para determinar las especies o cantidades que el marido debe entregar a mujer divorciada o separada de bienes; 3.° Los documentos justificativos de los haberes del hijo o pupilo que está bajo la potestad del padre o guardador*”.

⁴ El artículo 21 del Código de Comercio no llama Conservador al funcionario, sino “Secretario”, lo que resulta ser al menos peculiar: *Las reglas y formalidades relativas a la organización del registro del comercio, a los deberes y funciones del secretario encargado de él*. Por su

directrices (que hoy llamaríamos principios), en directa relación con normas contenidas, sin embargo, en otra legislación, cual es, aquella referida al registro de la propiedad inmueble, que data de 1857⁵.

Dentro de los títulos que deben inscribirse (hasta hoy), señala el artículo 7°, en su numeral 4 que: *En el Registro de Comercio deberán inscribirse: 4°. Las escrituras de sociedad, sea ésta colectiva, en comandita o anónima; las escrituras en que los socios nombraren gerente de la sociedad en liquidación; y las de disolución de la sociedad que se efectuare, antes de vencer el término estipulado; la prórroga de éste, el cambio, retiro o muerte de un socio; la alteración de la razón social; y, en general, toda reforma, ampliación o modificación del contrato.*

No obstante, si bien se habla de *inscribir las escrituras de sociedad*, aquello no resulta ser correcto, ya que lo que se presenta al Conservador es una copia autorizada del extracto de la escritura de constitución, modificación o disolución de una sociedad (que es un resumen de la escritura), además de una copia de la escritura misma, instrumento del que el funcionario se sirve para llevar a efecto el acto registral.

La forma de llevar el registro se condice con el modelo de folio personal, basado en el sistema de “transcripción” del extracto (que como dijimos es el instrumento idóneo para realizar la registración)⁶. Esto es, que la manera de realizar el acto de registración es mediante la reproducción íntegra del extracto presentado (junto con la escritura pública donde consta el pacto social completo). Esta forma de registración fue tomada del derecho francés⁷ que utilizó, hasta bien entrado el siglo XIX, la *transcripción* como mecanismo de acceso al registro de las hipotecas (en el Código Civil), y también de las sociedades colectivas y en comanditas, en el artículo 42 del Código de Comercio francés de 1807, el que disponía con supina claridad: *El extracto de las actas de una sociedad colectiva y en comandita debe ser entregado, dentro de la quincena de su fecha, en la Secretaría del Tribunal de Comercio del distrito en el cual*

parte, el inciso 2° del artículo 1° del Reglamento para el Registro de Comercio dispone: *El encargado de llevar dicho registro será nombrado por el Presidente de la República y tendrá el título de Conservador de Comercio.*

⁵ Nos referimos al Reglamento para la Oficina del Registro Conservatorio de Bienes Raíces, de 24 de junio de 1857.

⁶ Nelson Gutiérrez sostiene, contrariamente, que se trata de una inscripción, cuestión que rebatimos debido a la forma en que se realiza el acto mismo en el registro. No se anota como en los sistemas antiguos españoles, sino que se copia íntegramente el documento llamado extracto, de lo que se sigue que a pesar de ser este un resumen de la escritura pública de sociedad, ello no alcanza a producir la mutación del sistema a uno de inscripción. Véase GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, Nelson, *El registro de comercio chileno. Primera parte*, en link: <http://fojas.conservadores.cl/articulos/el-registro-de-comercio-chileno> (23 de septiembre de 2017).

⁷ Dispone el artículo 42 del Código de Comercio francés de 1807, lo siguiente: *L'extrait des actes de société en nom collectif et en commandite doit être remis, dans la quinzaine de leur date, au greffe du tribunal de commerce de l'arrondissement dans lequel est établie la maison du commerce social, pour être transcrit sur le registre, et affiche, pendant trois mois, dans la salle des audiences.*

se establecerá la casa de comercio social [casa matriz], para ser transcrito en el registro, y visualizada [publicitada], durante tres meses, en la sala de audiencias”; cuestión que asimismo sucedió con la inmatriculación de los actos traslativos de dominio sobre inmuebles, al menos hasta 1855, año en que se pasó al sistema de inscripción⁸, sin perjuicio de ello, en materia de registración comercial, siguió aplicándose el mecanismo de transcripción.

Respecto de los fines de la “transcripción”, es claro que lo que se buscó por el codificador fue dar publicidad a los actos que contuvieran alguna característica mercantil, de modo que más que tratarse de una publicidad material, el Registro de Comercio trató de la publicidad formal, cuyo principal efecto es la oponibilidad respecto de terceros. Así, cumpliéndose con algunos requisitos formales (de escrituración, publicación, “transcripción” y plazos) se puede acceder al registro.

En relación con los efectos de dicha actuación, la verdad es que no existe consenso en si la misma produce efectos constitutivos o no, por cuanto no se tiene certeza acerca de los fines de la transcripción respecto del derecho de los socios y de la nueva persona nacida de esta relación, salvo aquellos provenientes de la transcripción misma⁹.

Por otro lado, el pacto social debe constar por escritura pública, confeccionada a base de una minuta redactada al efecto por un letrado (abogado)¹⁰. De esta escritura pública debe confeccionarse un extracto que contenga algunas de las designaciones expuestas en la escritura pública¹¹.

Luego, debe publicarse un ejemplar del extracto mencionado en el Diario Oficial de la República, para rematar finalmente con la transcripción de otra copia del extracto en el Registro de Comercio correspondiente al territorio en donde la sociedad se constituya o asigne convencionalmente

⁸ Véase la *ley francesa sobre hipotecas* de 23 de marzo de 1855.

⁹ Es cierto que la transcripción produce el efecto de hacer oponible a terceros la constitución, modificación o disolución de una sociedad, pero también es cierto que por consiguiente el registro de comercio es un registro jurídico, y por tanto constitutivo de derechos. A estas alturas no nos queda claro si una cosa puede ser comunicable a la otra, sobre todo teniendo en cuenta que los restantes numerales del artículo 7° del Reglamento de 1866, aluden, por ejemplo, a la sentencia de partición en un juicio divisorio, título que a todas luces es declarativo. Pensamos que la distinción no agota las posibilidades, pero induce a error. Nos quedamos con lo expresado en el artículo 42 del Código de Comercio francés de 1807, ya mencionado, y en la idea de publicidad formal del registro.

¹⁰ Así lo dispone el artículo 413 del Código Orgánico de Tribunales chileno (COT): *Las escrituras de constitución, modificación, resciliación o liquidación de sociedades, de liquidación de sociedades conyugales, de partición de bienes, escrituras constitutivas de personalidad jurídica, de asociaciones de canalistas, cooperativas, contratos de transacciones y contratos de emisión de bonos de sociedades anónimas, solo podrán ser extendidas en los protocolos notariales sobre la base de minutas firmadas por algún abogado.*

¹¹ Conforme se señala en el inciso 3° del artículo 18 del Reglamento de 1866: *La inscripción de las Sociedades requieren la presentación de un extracto de sus principales cláusulas, autorizado, por el notario ante quien se hubiere extendido el contrato: igual extracto es necesario en el caso de disolución o modificación.*

su domicilio social (casa matriz u oficina principal). Todo esto en el plazo fatal de sesenta días contados desde la suscripción del pacto social, bajo sanción de nulidad del acto.

Este sistema se mantuvo inalterable hasta 2012 (salvo con la aparición de otro tipo de figuras asociativas, como la sociedad de responsabilidad limitada en 1923 y la de sociedades por acciones en 2007, pues antes se había dictado una ley de saneamiento de vicios de nulidad en 1999)¹²; en el que se comienza a debatir en los medios acerca de lo engorroso y costoso que resultaba ser la constitución o modificación de una sociedad.

En efecto, pues desde que la minuta de la escritura pública debe ser redactada por un abogado¹³; que la escritura pública y el extracto sean elaborados por un Notario Público; que deba publicarse una copia del extracto en el Diario Oficial de la República; y, que deba transcribirse una copia de dicho extracto en el Registro de Comercio; por lo menos los clientes debían esperar un tiempo y pagar una suma considerable de dinero por el proceso completo, incluidos los honorarios del abogado. El *quantum* a pagar depende del monto del capital social, suma sobre la que se debe calcular el arancel del Notario y también del Conservador, y de la cantidad de palabras en el caso del extracto a publicar en el Diario Oficial. Entonces, entre los trámites engorrosos, el costo de las distintas etapas, y el plazo de sesenta días en que la sociedad debía estar constituida, se hacía evidente que el sistema debía ser perfeccionado¹⁴.

Sin perjuicio de los ajustes señalados, el plan de perfeccionamiento no se hizo esperar y vino de la mano de los avances tecnológicos, cuya principal finalidad fue permitir la concreción eficiente del principio de libre circulación de los bienes y del crédito, pues el mecanismo establecido en la ley antigua no tenía una correspondencia eficiente con la actualidad; aspectos que terminaron por inducir al legislador a modificar, al menos en parte, el sistema, sin que aquello por cierto importare la supresión del sistema anterior o antiguo.

¹² Las sociedades de responsabilidad limitada se crearon por Ley N° 3.918 de 14 de marzo de 1923. Asimismo, la norma por la que las sociedades pueden sanear sus vicios de nulidad es la Ley N° 19.499 de fecha 11 de abril de 1997. Ley N° 20.190 de 5 de junio de 2007 que creó, entre otras cosas, las sociedades por acciones (SpA). Véase todas en sitio web: www.leychile.cl

¹³ La minuta es obligatoria, según se desprende del artículo 413 del Código Orgánico de Tribunales chileno (COT), como ya expresamos, cit. (n. 10).

¹⁴ Hoy, los costos son más exigüos y acotados, debido a la implementación de la publicación gratuita del extracto en el diario oficial, y el acortamiento del plazo para realizar dicha publicación que bajó de 15 a 3 días, e incluso a 1 día, si se paga un precio extra.

II. ANÁLISIS DE LOS SISTEMAS IMPERANTES EN NUESTRA LEGISLACIÓN POSITIVA

En la dinámica comentada, por Ley N° 20.659 de 8 de febrero de 2013, se creó un sistema paralelo de registro comercial para personas jurídicas de derecho privado con fines de lucro, denominado *Registro de Empresas y Sociedades*, bajo la siguiente idea fundacional: *crea tu sociedad en un día*; con lo que se concitó una gran expectación en torno a las normas que regularían el sistema mismo (tiempos de espera o demora de los trámites, y en especial, el costo que tendría para los usuarios). El Reglamento de la Ley N° 20.659 que simplifica el régimen de constitución, modificación y disolución de las sociedades comerciales fue dictado el 28 de marzo de 2013.

En virtud de esta norma y de su reglamento, se pasó de un sistema de plataforma física, de papel o impresa, a uno de plataforma digital o electrónica, utilizando como mecanismo de acceso al registro el folio personal¹⁵, esta vez, por “inscripción”, la que difiere del modelo utilizado por el anterior sistema, ostensiblemente.

En efecto, se trata en la especie de un formulario en línea que es llenado por los interesados, y que se conecta directamente con el Servicio de Impuestos Internos para los efectos de obtener el Rol Único Tributario, y la denominada “iniciación de actividades”, trámites que antes de esta ley solo se podían realizar cuando la sociedad estuviere *transcripta* en el Registro de Comercio (plataforma física, de papel o impresa). En virtud de ello, se obtiene en consecuencia la constitución de una sociedad y su respectiva iniciación de actividades tributarias, en un mismo acto y día. De hecho, la plataforma misma dispone de un *link* especial destinado a que los interesados puedan proporcionar todos los antecedentes necesarios para el llenado del formulario, en formato PDF, de modo de hacer aún más rápida la constitución.

Sin embargo, no son todas las formas asociativas las que pueden acceder a este sistema, sino solo aquellas señaladas en la ley, de modo que ya se vislumbra un nicho de reforma que permita la constitución de toda clase de sociedades, civiles o comerciales, y de toda otra forma asociativa, también.

En cuanto a los efectos, el nuevo sistema produce los mismos que encontramos en el sistema antiguo, es decir, de oponibilidad frente a terceros, lo que no es un tema muy pacífico, debido principalmente a que la norma de la que fue extraído el sistema de registro comercial es la del artículo 42 del *Code de Commerce* de 1807, que dispone la transcripción del extracto y la publicidad formal mediante avisos colocados por tres meses en la Secretaría del tribunal de comercio.

¹⁵ Aunque no nos queda claro que usar esta nomenclatura en la actualidad pueda ser pertinente.

Las ventajas del sistema se encuentran a la vista: es más rápido, menos engorroso en cuanto a los trámites a realizar, concentrado en un solo espacio (virtual), barato (significa costo “cero” para los constituyentes)¹⁶, de efectos permanentes frente a terceros (oponibilidad), etcétera.

Es más, es posible cambiar de sistema, accediendo al antiguo (que todavía permanece vigente), mediante el otorgamiento del respectivo “certificado digital de migración”, y viceversa, esto es, que se puede cambiar al sistema antiguo desde el nuevo; aspecto novedoso que implica la comunicabilidad de las plataformas, lo que deberá ser estrictamente controlado por el Servicio de Impuestos Internos, ya que involucra movimientos tanto de sujetos como de capitales, cuestión que puede servir para tratar de evadir impuestos, o en el peor de los casos, convertir este tipo de sociedades en empresas de papel, y por tanto, irrastreables¹⁷. En este sentido, cuando hablamos de empresas de papel nos referimos a aquellas que quedan constituidas en ese formato, pero que no realizan actividad alguna que no sea la de convertirse en un bolsón de gastos para otras empresas relacionadas. Si bien el sistema de *Holding* se basa en la existencia de sociedades paralelas entre las que existe una conexión o comunicabilidad, estableciéndose al menos una de ellas en bolsón de los gastos del sistema mismo (esto con el fin de disminuir el monto de los tributos de aquellas de las empresas que consignent mayores ganancias); no son de difícil control. Así, la que gana más termina no tributando, y la que gasta más, declara aquellos gastos como necesarios y termina por no tributar, acción que en todo caso se realiza siempre dentro de un marco aceptable de elusión. Sin embargo, cuando las empresas son de papel y existen solo allí, se hace muy difícil el control de los entes fiscalizadores del Estado.

Respecto del plazo para la constitución de la sociedad (suscripción del formulario de acceso) es de sesenta días contados desde que el primer constituyente o modificante suscribe electrónicamente el formulario respectivo. En el sistema antiguo se cuenta este plazo desde la fecha del instrumento público de constitución, es decir, una vez cerrada la misma conforme con las normas propias del notariado.

La sanción por no realizar el trámite es, sin embargo, distinta en ambos casos. En el sistema antiguo la sanción sigue siendo la nulidad del acto de constitución, modificación o disolución. En el sistema nuevo la sanción consiste en que *se tendrán por no suscritos* [los formularios], aunque el inciso 2° del artículo 20 del Reglamento de 2013 señala claramente que

¹⁶ No se requiere minuta de abogado, ni escritura pública, ni extracto, ni publicación en el Diario Oficial, ni transcripción en el Registro de Comercio.

¹⁷ Véase el caso de las empresas de distribución de pornografía que son inubicables tanto física como jurídicamente (caso de Canadá y Luxemburgo). Lo mismo ocurrió en la isla de Malta donde una periodista falleció por enfrentarse a esos carteles el 16 de octubre pasado: <http://ciperchile.cl/radar/periodista-de-investigacion-es-asesinada-en-malta-con-una-bomba-en-su-auto/>

el efecto es el de caducidad: *La falta de suscripción del formulario dentro del plazo de 60 días desde la firma del primer titular, no se considerará un vicio formal de nulidad, sino que producirá la caducidad del formulario no suscrito.*

Expuesto de esta manera, los dos sistemas solo difieren en dos aspectos: uno al que podríamos llamar formal (la plataforma: de papel a digital); y, otro, al que podemos llamar substancial o material (el mecanismo de acceso: de transcripción a inscripción). Respecto del primero, se cambia la manera de suministrar la información para constituir una sociedad, desde un formato de papel (representado tanto en las escrituras públicas de constitución como de los libros de registro, utilizados por algo más de cien años); a un formato digital que reduce significativamente los tiempos y costos del sistema. Respecto del segundo, se sustituye el mecanismo de transcripción usado en el registro antiguo por el de inscripción, que requiere de dos pasos electrónicos previos, a saber: el llenado del formulario respectivo y que otorga acceso al sistema, y la firma electrónica avanzada (digital), cuyos requisitos deben cumplirse conforme a la Ley N° 19.799 de 12 de abril de 2002, y su reglamento.

Realizados los dos pasos previos se puede proceder a la suscripción del formulario, que es un proceso concentrado que reemplaza los trámites de la ley antigua, en los términos expresados en el artículo 19 del Reglamento de 2013: *La inscripción de los formularios reemplaza, respecto de las personas jurídicas que se acojan a la ley, las solemnidades de otorgamiento de escritura pública, inscripción y publicación de extractos requeridas por las leyes que las regulan*¹⁸.

Ahora bien, cómo realiza el sistema esta inscripción, es algo que queda entregado a la imaginación del creador del sistema y no a su operador, ya que al realizarse el proceso internamente, no es posible al usuario enterarse del formato que toma la inscripción, electrónicamente hablando. De hecho, si uno quiere obtener una copia autorizada de la inscripción misma, el sistema solo le otorga certificados (de vigencia, de estatuto actualizado y de anotaciones)¹⁹.

Otra cuestión novedosa que trae la moderna ley es lo referido a instrumentos o documentos que den cuenta de actos celebrados *extra tabulas*, esto es, fuera del sistema, pues, conforme con lo expresado en el artículo 11 del Reglamento de 2013 no tendrán ninguna validez sino en virtud de su acceso al sistema, cualquiera que este sea (antiguo o nuevo). En efecto, la mencionada norma señala lo siguiente: *Cuando los titulares de una*

¹⁸ La norma usa, erróneamente a nuestro entender, la palabra “inscripción” en su encabezamiento, ya que se trata de la suscripción del formulario. Por otro lado, aquello puede deberse a la circunstancia de que el proceso de “inscripción” es, en el nuevo sistema, un proceso más complejo que involucra asimismo a la transcripción antigua, aunque en el artículo 11 del Reglamento se utilice la letra “e” haciendo copulativos tanto la suscripción como la inscripción.

¹⁹ Artículos 29 a 32 del Reglamento de 2013.

persona jurídica constituida en o migrada al régimen simplificado, realicen cualquier acto tendiente a la modificación, transformación, división, fusión, terminación o disolución de una persona jurídica fuera del Sistema y conforme a las disposiciones legales y reglamentarias que las establecen o regulan, se entenderá que dichos actos se perfeccionarán únicamente mediante la suscripción e inscripción del formulario correspondiente.

La norma es interesante, desde que se otorga al sistema una gran importancia, pues todo acto que no acceda al sistema es inválido, lo que obedece a la aplicación de un modelo de *registro jurídico*, pues otorga protección (sin señalarlo expresamente) a quienes ingresan al mismo.

Por otro lado, respecto del sistema de saneamiento de vicios de nulidad, debemos ser críticos negativamente de ambos sistemas, ya que en el nuevo también se establece la aplicación a estos vicios de la Ley N° 19.499 y su reglamento, lo que nos parece al menos involutivo. Es decir, en lugar de revisar esa legislación en la que hay que corregir los errores que la misma contiene y que han sido objeto de debate en nuestro país²⁰, la norma nueva se conforma con aplicar al nuevo sistema una ley que a todas luces requiere de exhaustiva revisión. En este sentido, somos partidarios de aplicar un sistema de inoficiosa nulidad, esto es, que si la sociedad no cumple con los estándares mínimos establecidos en la ley, la misma sea considerada una sociedad de hecho para todos los efectos jurídicos, los que, como sabemos, hacen aplicables a las mismas lo establecido para las sociedades colectivas en cuanto a la extensión de la responsabilidad de los socios. Es decir, si una sociedad no cumple con los requisitos legales, no es nula, sino solo considerada una sociedad de hecho. De la misma manera, creemos que la salida establecida por la propia nueva ley es aún mejor ya que involucra la caducidad y no la nulidad; aspectos ambos que habrá también que discutir más a fondo.

La corrección de errores evidentes o manifiestos, es, por otro lado, un tema relevante, pues se observa una contradicción desde el punto de vista de la nulidad, pues sus normas deslindan con ella y además con las reglas que acerca del particular contiene el estatuto general previsto en el Reglamento conservatorio de bienes raíces. En efecto, por un lado, la nulidad deslinda, en el sistema nuevo, con normas aun por revisar de la ley respecto de saneamiento; y por otro, limita la concurrencia de errores evidentes o manifiestos, en relación con aquellos corregibles expresados en el Reglamento conservatorio, ya que este último se refiere a *errores, omisiones o cualquiera otra modificación equivalente (...) conforme al título inscrito (...)*, según se desprende de lo señalado en el artículo 88

²⁰ Nos referimos a aquellos vicios que irrogan nulidad en el sistema antiguo, como el no constituir, modificar o disolver una sociedad dentro del plazo de 60 días contados desde la suscripción y cierre de la escritura pública respectiva. Asimismo, no publicar ni transcribir el extracto dentro del mismo plazo, ya ante el Diario Oficial, ya ante el Conservador de Comercio respectivo.

del Reglamento mencionado: *La rectificación de errores, omisiones o cualquiera otra modificación equivalente que el Conservador, de oficio o a petición de parte, tuviere que hacer conforme al título inscrito, será objeto de una subinscripción; y se verificará en el margen de la derecha de la inscripción respectiva, al frente de la designación modificada.*

El Reglamento de 2013 utiliza la expresión *vicios formales*, con lo que aplica los mismos criterios que hay que revisar en la ley de saneamiento, dejando en el límite inferior las correcciones referentes a errores de forma que son perfectamente saneables, ya sea de oficio o a petición de parte por el administrador del sistema.

Por último, en lo referido al funcionamiento de ambos sistemas, conforme se puede leer del preinforme que respecto de la reforma al Código de Comercio ha iniciado una Comisión de expertos nombrada al efecto, la discusión o debate (si es que ha existido alguno)²¹, se ha referido a temas sustantivos que dicen relación con materias fundamentales de todo sistema de registro que persiga la eficacia constitutiva o material, y un cierto nivel de eficiencia. Marco Antonio Sepúlveda L. ha señalado en tal sentido que *es un tema de política legislativa la determinación de la organización de los registros y de los efectos jurídicos de sus asientos, constituyendo un aspecto central la elección de aquellos principios básicos de publicidad registral que mejor se acomoden a nuestra sociedad y, en nuestro caso, además, a una legislación mercantil moderna*²². Esta decisión es relevante por cuanto los registros jurídicos son lejos la mejor alternativa para generar seguridad y certeza, aspectos ineludibles de un buen sistema de registro.

Desde otra perspectiva, toda apertura al comercio globalizado debe ser estrictamente controlada por los órganos estatales respectivos, cuestión que no se cumple a cabalidad en lo que al nuevo sistema se refiere. Es decir, si nos decidimos por un sistema de transparencia absoluta y solo cambiamos la plataforma (de papel o digital), no es posible a los órganos de control cumplir con su rol en forma estricta.

Refiriéndose por otro lado al tema del funcionamiento, la Comisión ha expresado lo siguiente: *En lo que respecta al principal sujeto de inscripción, las sociedades, si vamos a tener en Chile un solo registro, lo que registralmente es indudable, pero que no es así, dada la existencia del Registro que contempla el artículo 11 de la Ley N° 20.659, nos parece que se deben inscribir todas, incluso las sociedades colectivas civiles (por lo demás, actualmente, son objeto de inscripción las sociedades de responsabilidad limitada civil). Ello conlleva una modificación al Código Civil respecto de la sociedad colectiva civil, las que por falta de solemnidad, se*

²¹ Cuyo único experto es Marco Antonio Sepúlveda Larroucau.

²² Preinforme de la Comisión de Estudio de la Nueva Codificación Comercial, enero de 2017, pp. 17-24, en: <http://codificacioncomercial.cl/wp-content/uploads/2017/02/InformePreliminar-9aSubcomision.pdf> (23 de septiembre de 2017).

*confunden con las llamadas “sociedades de hecho”, en tanto cuanto estas tengan un giro civil*²³. Este tema es importante, por cuanto quedan fuera del sistema no solo otros tipos de sociedades, sino que también formas asociativas que pudieren converger en un sistema único de registro, sea este jurídico o no.

En los *Comentarios del informe preliminar*, publicados en el sitio web de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile²⁴, se establecen algunos lineamientos generales respecto de los temas tratados en el documento en cuestión, que en lo relativo al registro, pasamos a comentar.

Respecto de los registros jurídicos a que alude el preinforme antes citado, debemos concordar con Sepúlveda Larroucau, en el sentido que los fines que persigue tal instituto, ya que se trata en la especie de registros que aparte de contener una norma de publicidad formal, producen al mismo tiempo efectos permanentes a favor de las partes. La sustantividad a que alude el autor solo se entiende en la medida que se quiera revestir al sistema de eficacia constitutiva y no simplemente formal. Expuesto de esa manera, debemos consentir que es necesario, primero, decidir qué se quiere conseguir con el establecimiento de un registro con eficacia constitutiva, ya que la mayor parte de los negocios comerciales se celebran *extra tabulas*, de modo que la existencia de un sistema de registro no aparece como necesario para los fines de vincularnos comercialmente unos con otros²⁵.

No creemos necesario en tal sentido acceder al registro si nuestro único fin es darle publicidad a la adquisición de un efecto de comercio, sobre todo pensando que algunas normas han establecido un sistema digital de depósito de valores, cuyo efecto ha sido desmaterializar los antes denominados *títulos-valores*²⁶.

En otras palabras, si el objeto del negocio comercial no existe físicamente, ¿qué sentido tiene que exista un registro con eficacia constitutiva?

²³ *Ídem*, p. 21.

²⁴ Comentarios al Informe Preliminar de la Novena Subcomisión denominada “Judicatura especializada para resolver Contendidas Mercantiles y Derecho Registral”, en *link*: <http://codificacioncomercial.cl/wp-content/uploads/2017/02/InformePreliminar-9aSubcomision.pdf> (25 de septiembre de 2017).

²⁵ La tendencia en la actualidad es a evitar todo aquello que resulte una obstrucción a las relaciones comerciales entre los sujetos, no desprovistas en todo caso, de un sustento ético y de control, sea del comportamiento del consumidor (en tanto demandante), como del comerciante (en tanto oferente). Véase MULLAINATHAN, Sendhil, y THALER, Richard H., *Behavioral Economics*, en *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences* (Cambridge, 2000).

²⁶ Sobre el tema, véase GUERRERO M., María Fernanda, *El mercado de valores desmaterializado, Aspectos técnico-legales*, conferencia dada en Santiago de Chile, el 20 de abril de 1994, en: <http://ilazion.com/wp-content/uploads/2012/05/El-mercado-de-valores-desmaterializado.pdf> También GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La prenda sin desplazamiento de valores desmaterializados o emitidos sin impresión del título que los evidencie*, en *Revista Chilena de Derecho* 38 (Santiago, 2011) 1, pp. 57-88. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *La noción de ‘valor’ como objeto de transacción en el mercado de valores según el derecho chileno*, en *Revista de Derecho PUCV* XLVII (Valparaíso, 2016), pp. 37-55.

Ninguno. Salvo que se quiera proteger a terceros contratantes, ya que de ser esa la finalidad de la existencia de un registro jurídico que otorga toda la seguridad y certeza necesarias para lograr esos fines. Y en ese sentido, me refiero nuevamente al caso de algunas empresas cuya existencia es de papel y que los órganos de control no alcanzan a vigilar suficientemente, como es el caso chileno, y que al ser difíciles de fiscalizar, son al mismo tiempo muy atractivas para capitales extranjeros obtenidos de formas poco claras. Me refiero a las empresas de pornografía por *internet*²⁷, ya que las mismas se constituyen en los denominados paraísos fiscales y desde allí atraen todo el capital sin tener que entregar ni un centavo a los Estados contribuyentes mediante el pago con tarjetas de crédito.

Llama la atención que la constitución de las mismas haya sido realizada por medios electrónicos que imposibilitan el control efectivo y eficaz de sus actividades. Me imagino al SII de Chile queriendo fiscalizar a un sujeto que ya desde su nacimiento no existe, ubicado en un país donde el servicio no tiene competencia, y con cuyo Estado no existe un nexo comercial o político que permita, por ejemplo, la extradición de las personas que figuran como sus representantes. Porque esa es la única posibilidad: arrestar al representante legal, quien no es precisamente el dueño de la empresa, sino alguien que es simplemente una pantalla, y por tanto, un sujeto prescindible dentro de la organización. ¿Irá a la cárcel por la empresa? Claro que estará dispuesto. Gana millones cada día, ¿por qué no habría de estarlo? Solo pensemos que una persona que en Chile delinque por primera vez respecto de delitos llamados de cuello y corbata, no pasa un solo día en la cárcel, y si bien sus antecedentes aparecerán marcados en mérito de la sentencia condenatoria que eventualmente se dicte, existe un procedimiento para borrarlos una vez cumplida la misma, en el mejor de los casos.

En el mismo sitio donde se encuentran ambos documentos²⁸, se agregó hace muy poco un tercero que terminó mezclándose con los anteriores y que vino a expandir la mirada que hasta ese momento existía del registro, lo más probable que por influjo de Marco Antonio Sepúlveda L.

En los numerales 9° al 15° se habla de los temas registrales de comercio, esta vez defendiendo de alguna forma las ideas planteadas otrora por Sepúlveda Larroucau en las sesiones respectivas de la Comisión, a las que me abocaré en las próximas líneas.

Se señala en el numeral 9°, que *En materia registral, dada la antigua data del Reglamento para el Registro de Comercio (1° de agosto de 1866), nos parece que debe ser analizado detenidamente a fin de actualizarlo y,*

²⁷ Me refiero a Christopher Mallick, quien amasó una fortuna a raíz del porno en internet, hasta que el FBI lo acorraló y procesó por fraude en los Estados Unidos.

²⁸ *Complemento del Preinforme de la Comisión*, agregado y mezclado con los anteriores, en: <http://codificacioncomercial.cl/wp-content/uploads/2017/02/InformePreliminar-9a-Subcomision.pdf>

eventualmente, elevarlo al rango de ley y no de un mero Decreto Supremo, como su actual connotación. Consideramos que no existe ningún problema que el registro se encuentre regulado en un Decreto Supremo (como también lo está el de bienes raíces)²⁹, ya que su estatus normativo está amparado en el principio de especialidad normativa y no en el de jerarquía, razón que se basta a sí misma.

En el numeral 10° se consigna lo siguiente: *Debiera hacerse exigible de manera obligatoria la inscripción en el Registro de Comercio, entre otros, de los siguientes actos: (a) La designación y remoción de los apoderados de aquellos sujetos que deben inscribirse en el Registro de Comercio, y sus facultades; y (b) La resolución de reorganización de empresas y otras situaciones de relevancia jurídica y de interés para terceros que pudieren afectarlas en el marco de la “Ley de reorganización y liquidación de empresas y personas”, distintas a aquellas que son propias del Registro Conservatorio de Bienes Raíces. Además, en relación con este último Registro, deben evitarse duplicidades de inscripción.* Al respecto, debemos hacer varios comentarios:

- a) el sistema en plataforma de papel es un caso muy raro dentro de los sistemas registrales comparados, pues cada vez que el legislador ha pretendido fijar un plazo y hacerlo obligatorio para la inscripción (que reiteramos en Chile es “transcripción”), ha fallado rotundamente, de manera que resulta conveniente mantener el sistema de plazo para realizarla pero quitándole la obligatoriedad a la misma.
- b) los actos inscribibles deben relacionarse directamente con la relevancia jurídica constitutiva de aquellos, y con su mera publicidad formal, pues no se puede pretender tener un registro jurídico al que puedan acceder actos que son irrelevantes desde la óptica de los fines registrales. Así, por ejemplo, no es relevante que se contengan en el registro actos como el de remoción de los mandatarios (gerentes) de las sociedades porque ello no evidencia que el acto tenga importancia para el registro, sino solo para los terceros que contratan con la empresa. O sea, produce efectos solo de oponibilidad formal, sobra decir que no resulta necesario que el mismo acceda a un registro jurídico. Por ello es que es tan importante que al registro solo accedan aquellos actos que impliquen la constitución de un derecho con efectos permanentes, cuestión que no existe en la remoción de un apoderado.

Sí lo es, por otro lado, el retiro de un socio o su renuncia intempestiva, pues en ambos casos importan una mutación jurídica del pacto social, y ello importa no solo a los terceros sino también a los restantes socios. Respecto de la nueva legislación de insolvencia, habrá que decidirlo

²⁹ Algunos piensan erróneamente que se trata de un DFL.

cuando se elija qué sistema queremos tener: el antiguo, el nuevo, o una mixtura de ambos.

En el número 11°, se dispone: *Deben contemplarse otras inscripciones, especialmente aquellas incorporadas por reformas al propio Código de Comercio o en leyes especiales que lo complementan; por ejemplo, empresas individuales de responsabilidad limitada, sociedades de responsabilidad limitada, sociedades por acciones, cooperativas, resolución de liquidación, declaración de bienes familiares del artículo 146 del Código Civil, etcétera.* En este punto concordamos con la Comisión en el sentido de que si vamos a tener un solo registro, es imprescindible que accedan todas las formas asociativas posibles, sean estas de personas o de capital, creadas por leyes especiales tanto en el pasado como en el presente y en el futuro. Una disposición general (bolsón) podría contenerlas todas. Siempre y cuando las mismas produzcan efectos jurídicos de calidad y no meramente de apariencia.

En el numeral 12°, se indica que: *Las sociedades de todo tipo debiesen ser inscritas en el Registro de Comercio, el que debiese ser único, incluyendo las colectivas civiles.* Al respecto, nos remitimos al punto anterior.

En el numeral 13° se señala: *Debe darse eficacia constitutiva a la inscripción, evitándose sancionar con nulidad la omisión de requisitos tales como la confección de un extracto de los estatutos de la sociedad y la publicación del mismo en el Diario Oficial. Ambos trámites debiesen ser derogados a nuestro juicio.* Estamos contestes con la posición sostenida por la Comisión en este punto, pero se debe tener mucho cuidado en la elección de los actos que accedan al registro, ya que si se trata de negocios que no conllevan la constitución de un derecho, la verdad es que no tiene ningún sentido que el registro sea jurídico. Ahora, si lo que se quiere con ello es solo lograr publicidad formal, y por tanto oponibilidad respecto de terceros, la respuesta es obvia: que se cree un registro no jurídico y sin eficacia constitutiva.

Por otro lado, sea jurídico o no el registro, la sanción no debiera ser la nulidad del acto porque es contrario al libre tráfico jurídico o del crédito. Nótese que en la actualidad existe una ley de saneamiento. ¿No habría sido más fácil disponer que si no se cumple con las formas la sanción no fuere la nulidad sino la caducidad, como en el sistema nuevo? Además, si el registro antiguo (de papel) produce efectos de oponibilidad respecto de terceros, no tiene sentido que la sanción sea la nulidad. Abogamos por este último sistema, independientemente de si el registro es jurídico o no, en definitiva.

Por último, la publicación en el diario oficial y la confección del extracto por un notario, son actos sin ninguna finalidad práctica. Hoy carecen de sentido y no hacen más que burocratizar el tráfico.

Respecto del número 14°, se señala por la Comisión que: *En relación con los principios registrales de carácter sustantivo y en beneficio del tráfico jurídico, nos parece que se deben implementar en Chile con total*

claridad, a lo menos, los de “oponibilidad” (oponibilidad de lo inscrito e inoponibilidad de lo no inscrito) y “fe pública registral” como medida de protección a los terceros. En este punto, no tenemos certeza de que la Comisión entienda la problemática planteada, ya que es necesario decidir primero qué sistema es el que queremos, para recién abocarse a los efectos del mismo. La decisión será entonces si tenemos uno de eficacia constitutiva (jurídico), o uno de oponibilidad (publicidad formal), como el que ha existido hasta ahora.

Finalmente, en el número 15° se dispone: *Debe legislarse respecto a los límites de la función calificadoradora del conservador (principio de legalidad)*. En este tema hay completo desconocimiento de lo que se trata al hablar de la función calificadoradora del Conservador. Esto porque esta función, que solo es reconocida mediante el principio de legalidad, no aparece naturalmente sino a partir de fines del siglo XIX y albores del XX. Solo a partir de entonces se sabe que antes de esta época solo existieron ensayos de sistemas en toda Europa, en el caso de lo comercial, con alto influjo de la legislación que respecto del registro de hipotecas y luego de inmuebles se fue dando.

Los sistemas de registro en estas materias se basaban en la publicidad y especialidad, dos aspectos que no resultaban más que de la práctica registral de los pueblos de la Antigüedad. Así, el Reglamento del registro conservatorio de bienes raíces de 1857 tiene raíces en las legislaciones europeas que adoptaron o crearon sistemas que hasta hoy perduran en sus bases esenciales. Algunas de esas fuentes son precisamente las del proyecto de ley hipotecaria del Cantón de Ginebra de 1827, y la hipotecaria griega de 1836, sendas normas que contemplaron mecanismos de revisión de la legalidad de los títulos que accedían al registro, con gran detalle, cuestión que tuvo siempre un tinte jurisdiccional debido a que los funcionarios a cargo de los registros eran jueces o funcionarios asimilados a tales cargos³⁰.

Esto es importante de manifestar, pues la función calificadoradora en materia comercial existe en el artículo 8° al siguiente tenor: *El Conservador inscribirá en el Registro los documentos que se le presenten, y en caso de resistencia, que no puede dimanar de otras causas que de no corresponder el documento a la nomenclatura que procede, de no estar extendido en el papel competente, de no haberle cumplido con lo ordenado por el artículo 18, el interesado puede ocurrir al Juez de Comercio, quien resolverá, con audiencia del Conservador, si debe o no practicarse la inscripción. En el caso afirmativo la inscripción contendrá el decreto que la ha ordenado. El decreto denegativo es apelable en la forma ordinaria [sic].*

³⁰ Véase ZÁRATE GONZÁLEZ, Santiago, *Orígenes histórico-jurídicos del registro inmobiliario chileno*, tesis doctoral PUCV (Valparaíso, 2016).

Son solo tres por tanto las causales por la cuales el Conservador de Comercio podría denegar una solicitud y son:

- i) No corresponder el documento a la nomenclatura que procede. Esta causal se encuentra redactada tan mal que no admite comentario positivo. De hecho, así como en esta norma, abundan los errores gramaticales y de ortografía y redacción en otras, lo que habla muy mal de su redactor, el que no podemos suponer fuera el propio José Gabriel Ocampo³¹.
- ii) No estar extendido en el papel competente. Hoy no existe ningún tipo de papel competente, como el sellado que existía hasta bien entrado el siglo XX en Chile.
- iii) No haber cumplido con lo ordenado por el artículo 18³², esto es, que se le exhiba al Conservador una copia autorizada de las escrituras en donde aparecen los actos inscribibles de naturaleza comercial que la misma norma señala.

Como se puede apreciar entonces, la función calificadora del Conservador de Comercio es abiertamente insuficiente, por lo que si la Comisión plantea su modificación, que la misma no convierta al Conservador en un mero buzón de actos y títulos irrelevantes. Parafraseando a Sepúlveda, existe una especie de hiperinflación registral, expresión que refiere a esta propensión marginal al registro, a crear registros para todo, pero sin que los mismos cumplan un objetivo claro como es el de constituir situaciones jurídicas perennes.

Algo de lo que no se ocupó la Comisión fue de establecer el sistema de inscripción y no mantener el de transcripción como señalamos que atañe al registro antiguo. Si optamos por mezclar lo mejor de ambos sistemas (que de paso sería ideal), debe realizarse el acceso al registro por medio de una inscripción, que en concreto es un resumen del título exhibido de donde se extraen los principales antecedentes para que el registro pueda constituir un referente confiable de los actos que a él acceden. Nos parece que la existencia de un formulario no le desestructura la inscripción misma, ya que consideramos que se trata de un acto complejo y no simple.

De esta manera, las conclusiones de la Comisión dejan entrever que queda todo un camino por recorrer y que la discusión recién comienza. Echamos de menos un debate más profundo, lo que solo se puede

³¹ Véase el artículo 21 del Reglamento para el Registro de Comercio de 1866: *Las inscripciones se inscribirán entre dos márgenes...*

³² El artículo 18 dispone en su inciso 1º lo siguiente: “Para proceder a la inscripción deberá exigir el Conservador que el interesado, o quien tenga su poder, le presente copia autorizada de las capitulaciones matrimoniales, inventarios solemnes, cláusulas especiales del testamento, actos de partición, escrituras públicas de donación, venta, permuta, u otras de igual naturaleza que impongan al marido, padre o guardador un gravamen a favor de la mujer, hijo o pupilo”.

conseguir con la invitación a las sesiones de otros juristas que puedan dar sus opiniones técnicas. Piénsese por ejemplo que desde la dictación del Código de Comercio de 1865 se ha producido la descodificación y recodificación de leyes de contenido comercial (caso de la ley de quiebras N° 18.175, o de la nueva ley de reorganización y liquidación de empresas y personas N° 20.720 de 9 de enero de 2014, que volvió a descodificar la materia).

Apreciamos de nuestro análisis que el interés de la Comisión ha sido otro, ya que los avances tecnológicos pueden terminar con el sistema antiguo, una vez que se introduzca completamente la idea matriz principal: el acceso total al sistema de todos los tipos de sociedad que existen en Chile; y, en segundo lugar, porque las normativas crean asimismo sistemas privados de registro y llevanza de libros internos que nadie conoce; de modo que resulta indispensable avanzar en los aspectos generales descritos por la Comisión, para luego reformar de manera definitiva la actual legislación, alcanzando con ello un modelo mixto cuyos cimientos, con todo y sin duda, ya se encuentran en el nuevo sistema.

III. CONCLUSIONES

Una reforma que no establece principios y normas claras, carece de bases sólidas, y permite con ello el florecimiento de empresas de papel que hacen ganar mucho dinero a sus dueños, pero que no crea vínculos claros ni con la sociedad (comunidad toda) ni con los ordenamientos jurídicos; sin un adecuado sistema de control de sus actos, separando aquellos claramente lícitos de los ilícitos.

Todo esto permitirá sin duda alguna conducirnos por la senda de la modernización de los mecanismos de seguridad jurídica, y sustancialmente respecto de las materias propias de esta área del Derecho, sin tener que arrepentirnos de utilizar los avances de la tecnología.

Entendemos que la existencia de un doble sistema de inmatriculación comercial es sin duda una misma moneda con dos caras. En la forma, el uso de plataformas virtuales sin lugar a dudas que facilita la creación de empresas, lo que representa en sí mismo un riesgo que se puede advertir ya en la existencia “en el papel” de miles de empresas creadas hasta hoy³³, y que no necesariamente poseen una vinculación con las entidades que se supone deben controlar, sobre todo en lo concerniente al pago de impuestos. Si los contribuyentes no tienen un domicilio conocido y registrado en el Servicio, es muy difícil que los controles funcionen.

³³ Al año 2013, las empresas constituidas por la plataforma digital ascendió a 3.812, según informe del Ministerio de Economía, en sitio web: <http://www.economia.gob.cl/wp-content/uploads/2013/07/Boletin-Empresa-en-un-D%C3%ADa-junio.pdf>

De la misma manera, entendemos que los avances tecnológicos permiten mejorar la vida de las personas, en cuanto facilitan el ejercicio de múltiples derechos que no son habitualmente ejercidos (valga toda redundancia). Solo a manera de ejemplo, el sufragio por medios electrónicos mejora la participación ciudadana, aun cuando se pueda prestar para fraudes electorales, no se puede desmentir que facilitan el acceso. Otro ejemplo claro es el pago de impuestos en línea o el otorgamiento de copias legalizadas desde el Archivo Nacional, o desde alguna Notaría o Conservador. Es decir, se avanza y en ese movimiento se puede advertir que los sistemas apresuran la marcha hacia linderos nunca antes alcanzados. La ley, sabemos, actúa siempre *a posteriori*, de forma que implica necesariamente la revisión constante de remedios ante situaciones descontroladas que nos ofrece el mundo de los negocios. El mejor ejemplo es que un negocio que produce lucrativos beneficios día a día, no pague impuestos, o los eluda, o los evada, simple y derechamente.

La regulación de los mercados es sin duda una prioridad, sobre todo pensando que se anhela y desea cada vez más libertad. Sin embargo, ¿quién asume el costo social de aquello? Resulta necesario, por tanto, abocarse a la regulación de los mercados partiendo por la constitución de entidades de comercio y su debido registro. Aunque este último no sirva más que como un mecanismo de control, debe existir con la clara finalidad de saber con quién o quiénes se está comerciando, y mejor aún, ante quién o quiénes se debe reclamar por un producto defectuoso o por un mal servicio recibido. Si se piensa de esa manera, no es un tema menor.

No obstante, se requiere de decisiones políticas, las que obedecen en un gran porcentaje de casos al interés de grupos pequeños más que a la voluntad general, provocando de paso un sinfín de problemas de técnica legislativa deficiente, unido a la creación de normas ineficientes y de controles ineficaces que deben su existencia a la contingencia y no a la visión del cuerpo social que se supone debe prevalecer en el seno de la discusión parlamentaria, la que en realidad no existe.

En consecuencia, resulta clave decidir si se quiere un sistema transparente de registración, con todas las ventajas de la modernidad, o, si por el contrario, se va a elegir un mecanismo que nos conduzca a la inexistencia de controles efectivos en la creación y disolución de sociedades o compañías, las que preferentemente se encuentran destinadas a la creación de riqueza, fin este último que resulta ser su efecto propio.

Nosotros abogamos por un sistema único de registro jurídico (de eficacia constitutiva), de plataforma digital, en que el acto realizado ante él revista caracteres de seguridad y certeza jurídica. Un mecanismo de acceso simple cuyo incumplimiento de requisitos no acarree la nulidad del acto sino su caducidad.

Que los actos inscribibles tengan relevancia constitutiva y no meramente declarativa, es decir, que estar registrado signifique algo importante y no una mera ilusión.

Que la transcripción dé paso a la inscripción mediante formulario electrónico sin necesidad de minuta de abogado, de escritura pública y menos de publicación en el diario oficial, gastaderos todos de dinero que hoy no tienen sentido más que para quienes se lucran de aquello.

Que si vamos a calificar, pues que lo hagamos, ya que un Conservador que solo sirve de buzón dista mucho de ser un personaje útil en todo el sistema. Si le vamos a conferir la custodia de nuestros derechos, pues que tenga herramientas que le permitan hacerlo. De lo contrario, ¿para qué queremos un Conservador de Comercio?

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, Nelson, *El registro de comercio chileno. Primera parte*, en sitio web: <http://fojas.conservadores.cl/articulos/el-registro-de-comercio-chileno>
- MULLAINATHAN, Sendhil y THALER, Richard H., “Behavioral Economics”, en *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences* (Cambridge, 2000).
- GUERRERO M., María Fernanda, *El mercado de valores desmaterializado, Aspectos técnico-legales*, conferencia dada en Santiago de Chile, el 20 de abril de 1994, en: <http://ilazion.com/wp-content/uploads/2012/05/El-mercado-de-valores-desmaterializado.pdf>
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, “La prenda sin desplazamiento de valores desmaterializados o emitidos sin impresión del título que los evidencie”, en *Revista Chilena de Derecho* 38 (Santiago, 2011) 1, pp. 57-88.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, “La noción de ‘valor’ como objeto de transacción en el mercado de valores según el derecho chileno”, en *Revista de Derecho PUCV XLVII* (Valparaíso, 2016), pp. 37-55.

Fuentes

- Código de Comercio chileno* (Santiago, 1865).
- Código Civil francés* (París, 1804).
- Código de Comercio francés* (París, 1807).
- Código Orgánico de Tribunales* (Santiago, 1943).
- Ley francesa sobre hipotecas de 23 de marzo de 1855* (París, 1855).
- Ley N° 3.918 sobre sociedades de responsabilidad limitada*, de fecha 14 de marzo de 1923 (Santiago, 1923).
- Ley N° 19.499 sobre saneamiento de vicios de nulidad*, de fecha 11 de abril de 1997 (Santiago, 1997).
- Ley N° 20.659 sobre simplificación en la constitución de sociedades comerciales* (Santiago, 2013).

- Ley N° 20.190 sobre modificaciones al mercado de valores* (Santiago, 2007).
- Ley N° 20.720 que sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas* (Santiago, 2014).
- Ordenanzas de Bilbao de 1737*, en *Los Códigos españoles, concordados y anotados* (Madrid, 1851) XII, pp. 444-541.
- Preinforme de la Comisión de Estudio de la Nueva Codificación Comercial*, de enero de 2017, pp. 17-24, en: <http://codificacioncomercial.cl/wp-content/uploads/2017/02/InformePreliminar-9aSubcomision.pdf>
- Comentarios al Informe Preliminar de la Novena Subcomisión denominada "Judicatura especializada para resolver Contendidas Mercantiles y Derecho Registral"*, en: <http://codificacioncomercial.cl/wp-content/uploads/2017/02/InformePreliminar-9aSubcomision.pdf>
- Complemento del Preinforme de la Comisión*, agregado y mezclado con los anteriores, en: <http://codificacioncomercial.cl/wp-content/uploads/2017/02/InformePreliminar-9aSubcomision.pdf>
- Reglamento para la Oficina del Registro Conservatorio de Bienes Raíces* (Santiago, 1857).
- Reglamento para la Oficina del Registro de Comercio* (Santiago, 1866).
- Reglamento de la Ley N° 20.659* (Santiago, 2013).

CUADERNOS DE EXTENSIÓN JURÍDICA

NOTARIOS Y CONSERVADORES

Instrucciones para los autores

1. Los artículos deben ser redactados con interlineado simple, sin espacio entre párrafos, y sangría en la primera línea de 1,25 cm. Se utilizará letra Times New Roman N° 12 para el texto principal y N° 10 para el texto de las notas al pie de página.

Los trabajos deberán tener una extensión máxima de 25 páginas. Se enviarán por correo electrónico a la dirección grosso@uandes.cl.

La fecha para su envío se ha fijado hasta el día martes 31 de octubre de 2017.

2. Todos los artículos deberán ser encabezados con el título del artículo, seguido por el nombre del autor con indicación de su grado académico y actual filiación institucional, o cargo actual (Notario, Conservador, Abogado en, etc.) según correspondiere.

3. Los artículos deberán ser divididos en secciones numeradas con romanos (I, II, III, etc.). Las nuevas subdivisiones se harán en párrafos con números arábigos, seguidos con punto (1. 2. 3., etc.). Las subdivisiones al interior de estos párrafos se harán con letras con paréntesis solo final [a) b) c), etc.]. Se sugiere evitar las numeraciones punteadas: (1.1, 1.2.3, etc.).

4. Para las palabras en idioma distinto al castellano, destacar palabras u oraciones del trabajo o de sus citas (en el cuerpo o en las notas al pie de página) se utilizará la *cursiva*. No se recomienda el uso de la letra **negrita** para estos fines.

5. Las referencias bibliográficas se insertarán en las notas de pie de página. Se solicita indicar el o los apellidos de los autores en letra **VERSALES** (no mayúscula), su nombre en letra redonda (normal), seguido por el título de la obra en *cursiva*, el lugar, editorial, número de edición (salvo que sea la primera), año, y ubicación del texto citado con indicación de las páginas.

Si se trata de un artículo de revista después de los apellidos y nombre del autor, se indicará el título del artículo entre comillas (sin cursivas), luego irá la proposición “en” seguida del título de la revista o libro colectivo (en *cursiva*).

Lo mismo se ocupará en caso de artículos publicados en obras colectivas, pero antes del título del libro y luego de la preposición “en” se

indicarán el o los apellidos y nombres del o los editores o coordinadores del libro, luego el título del libro en cursiva, lugar, editorial, año y referencia a las páginas pertinentes.

Tratándose de textos que sólo están disponibles en la web se indicará la dirección url seguida de la fecha de la consulta entre paréntesis.

Ejemplos:

Libro:

PRÉVOST, Andrés, *Tomás Moro y la crisis del pensamiento europeo*, trad. Manuel Morera, Madrid, Palabra, 1972, pp. 24-26.

Artículo de revista:

ELTON BULNES, María, “La moralidad del interés por sí mismo en Adam Smith”, en *Intus-Legere* 5 (2011), 2, p. 9.

Capítulo de libro:

PEÑA VIAL, Jorge, “La libertad como consentimiento”, en Mariano de la Maza, Luis y Covarrubias, Andrés (edits.), Santiago, Ediciones Universidad Católica, 2013, pp. 48-52.

Documento electrónico:

DUNCOMBE, Stephen, “Editor’s preface”, disponible en <http://theopenutopia.org/about/> (consultado el 8 de septiembre de 2016).

6. Para citas posteriores de una obra ya citada, se sugiere colocar únicamente el apellido del autor, seguido de la inicial de su nombre, y luego las primeras palabras del título seguidas de la expresión “cit.,” más la página o páginas citadas.

Ejemplos:

– Cita posterior de Libros:

PRÉVOST, A., *Tomás Moro y la crisis...* cit., p. 221.

– Cita posterior de artículos, capítulos de libros o documento electrónico:

ELTON, M., “La moralidad del interés...” cit., p. 12.

PEÑA, J., “La libertad...” cit., p. 32.

7. Sin perjuicio de lo anterior, se aceptarán artículos que sigan de manera coherente otros estilos de citación reconocidos internacionalmente (reglas ISO, APA, MDL, etc.).

En Santiago, a 20 de septiembre de 2017

Derecho Notarial y Registral

Contribuciones académicas para su futura reforma

DERECHO NOTARIAL

REFORMA A LA INSTITUCIONALIDAD NOTARIAL: HACIA UNA NUEVA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LOS ESTABLECIMIENTOS NOTARIALES

EL NOTARIO COMO AUXILIAR DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y LA ADECUACIÓN DEL SISTEMA DE SANCIONES Y DE FISCALIZACIÓN EN EL PROYECTO QUE MODERNIZA Y FORTALECE EL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA REGISTRAL Y NOTARIAL

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS NOTARIOS EN LA JURISPRUDENCIA CHILENA

FE DE IDENTIFICACIÓN, FE DE IDENTIDAD, FE DE CONOCIMIENTO

DERECHO REGISTRAL

PANORAMA ACTUAL DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL EN CHILE

EL SISTEMA REGISTRAL CHILENO. CAMINO DESDE LA POSESIÓN INSCRITA A UN REGISTRO DE DERECHOS

EL SISTEMA DE REGISTRO DE SOCIEDADES EN CHILE: ¿DOS CARAS DE UNA MISMA MONEDA?
