

Santiago, veintisiete de abril de dos mil veintitrés.

VISTO:

En procedimiento ordinario sobre indemnización de perjuicios, Rol N° C-10.781-2017, seguido ante el Vigésimo Octavo Juzgado Civil de Santiago, caratulado “Marchant con Gomila”, por sentencia de veintinueve de marzo de dos mil diecinueve, se rechaza la excepción de prescripción opuesta por el demandado, así como la demanda, con costas para el actor.

El mencionado fallo fue recurrido de casación en la forma y de apelación por la parte demandante, y una de las Salas de la Corte de Apelaciones de esta ciudad, por sentencia de veinticinco de junio de dos mil veintiuno rechaza el recurso de nulidad formal interpuesto en su contra y lo confirma.

En contra de esta última sentencia, la demandante interpuso recurso de casación en el fondo.

Se ordenó traer los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurrente de nulidad sustancial acusa que en la sentencia impugnada se infringieron los artículos 1.441, 1.460, 1.546, 1.793, 1.871, 2.125, 2.129 inciso 1° y 2°, 2.149, y 2.157 del Código Civil.

Al desarrollar el recurso, indica que para efectos de determinar si el notario demandado incurrió en incumplimientos, se debe atender a la naturaleza jurídica de las instrucciones notariales; en tal orden, asevera que ellas se pueden considerar como un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, convención regulada en el artículo 2.006 del Código Civil, o bien como un contrato de mandato, en cuyo caso se debe atender a lo dispuesto en los artículos 2.116 y siguientes del Código Civil; con todo, postula que independiente de la conclusión a la que se arribe en relación a la calificación jurídica de las instrucciones, se ha de tener presente que la aceptación de instrucciones notariales por parte de los notarios, supone la prestación de servicios profesionales de carreras que conllevan largos estudios, por cuanto sólo los abogados pueden servir el cargo de Notario Público, por tanto, son aplicables a la relación jurídica, las disposiciones del



mandato, entre ellas, el artículo 2.125 inciso 1° del Código Civil, norma de la cual se desprendería que, contrariamente a lo establecido en el fallo recurrido, el demandado -responsable para estos efectos por el actuar del notario suplente, en virtud de lo previsto en el artículo 402 inciso 3° del Código Orgánico de Tribunales- no estaba obligado a aceptar las instrucciones.

Recuerda que en las mencionadas instrucciones, se convino que para la entrega de los vales vista o depósitos a la vista al vendedor y al tercero que en ellas se indica, los inmuebles vendidos debían estar inscritos a nombre del comprador, libres de todo gravamen, prohibición o embargo, sin que –a su vez- se estipulase que en caso de incumplimiento de las aludidas condiciones, dichos depósitos o vales vista serían devueltos al comprador previa resciliación de los contratos de compraventa y cancelación de las eventuales inscripciones de dominio a favor del comprador. Afirma que la omisión que se representa podía derivar –como en los hechos habría sucedido- en un enriquecimiento ilícito del comprador, pues quedaría con los inmuebles inscritos a su nombre, y recibiría la devolución de parte del precio, rompiendo de aquella manera la conmutatividad de los contratos, consagrada en el artículo 1441 del Código Civil; añade que la situación descrita deja a los contratos de compraventas carentes de causa y/u objeto, infringiendo así, lo dispuesto en los artículos 1.793 y 1.871 del mismo cuerpo de leyes.

Finalmente, expresa que también se infringió el principio de buena fe, por cuanto existe una práctica notarial asentada relativa a que, en caso de incumplirse las condiciones suspensivas pactadas, previo a proceder a la devolución de los títulos representativos de dinero, se debe acreditar que los bienes se mantienen a nombre del vendedor. En esta misma dirección refiere que se vulneró el artículo 2.149 Código Civil, desde que el demandado desatendió el deber de cuidado que pesaba sobre él, ejecutando actos perniciosos para su parte.



Con base en lo expuesto, solicita se acoja el recurso de nulidad y, acto seguido, se dicte sentencia de reemplazo que acoja en todas sus partes la demanda interpuesta, con costas.

SEGUNDO: Que, para una adecuada inteligencia de las cuestiones planteadas en el recurso, resulta pertinente considerar las siguientes circunstancias y actuaciones verificadas en el proceso:

a) Comparece don Cristián Álvarez Alquinta en representación de don Carlos Alex Marchant Santana, interponiendo demanda de indemnización de perjuicios, bajo régimen de responsabilidad contractual, en contra del notario público Cosme Fernando Gomila Gatica.

Funda la pretensión en que su representado y Carlos Domingo Celle Cafferata, mediante instrucción notarial N°1.450 de 10 de diciembre de 2012, aceptada por la Notario Público suplente Leonor Gutiérrez Gatica -correspondiente a la 4ª Notaria de Santiago, de la cual es titular el demandado- se dejó bajo resguardo del demandado 4 depósitos a la vista, emitidos el 27 de noviembre de 2012, por el Banco Santander a la orden de don Carlos Domingo Celle Cafferata, por el monto el total de \$20.000.000.-, endosados en blanco, para que –cumplidas las condiciones- le fuesen entregados a doña Melanie Muriel Freres Hellebaut, en representación de Jorge Freres, Hijas y Cia. Ltda.; de igual forma, se dejaron otros 2 depósitos a la vista emitidos el 21 de noviembre de 2012, por el Banco Santander a la orden de don Carlos Celle Cafferata, por el monto total de \$70.000.000.-, endosados en blanco, para que sean entregados al actor, una vez cumplidas las condiciones indicadas en la Instrucción.

Añade que los depósitos a la vista debían ser entregados a las personas indicadas, una vez que se acreditará a quien ejerciere, en su momento, como notario en la Cuarta Notaria de Santiago -mediante copia autorizada de las respectivas inscripciones de dominio y de un certificado de gravámenes y prohibiciones- que los inmuebles señalados en las instrucciones se encontraban inscritos a nombre del comprador Carlos Celle Cafferata, libre de todo gravamen, prohibición o embargo a favor.



Menciona que si dentro del plazo de 90 días, contados desde el otorgamiento de las escrituras públicas a que acceden las instrucciones, no se acreditare el cumplimiento de las condiciones, el notario debía devolver los vales vista al comprador, sin que, a su vez, se exija el otorgamiento de las respectivas escrituras de resciliación de las compraventas celebradas.

Indica que las compraventas recayeron sobre dos inmuebles ubicados en Peñuelas, Coquimbo, fijándose como precio el monto de \$159.000.000 por cada uno de ellos, quedando un saldo de precio por pagar equivalente a la sumatoria de las cantidades indicadas en los vales vista. Manifiesta que a la celebración de estos contratos concurrió el Banco Santander alzando las hipotecas, así como también el representante legal de Jorge Freres, Hijas y Cia. Ltda, quien para efectos de lo dispuesto en el artículo 1464 N° 3 del Código Civil, compareció autorizando las compraventas y se comprometió a solicitar el alzamiento de los embargos trabados a su favor, obligación con la que no cumplió, razón por la que el 6 de junio de 2013 el demandado devolvió los depósitos a la vista al vendedor Celle Cafferata, sin exigir la resciliación de los contratos de compraventas, quedando los inmuebles a nombre del comprador, quien –además- pudo recuperar parte del precio.

En lo que respecta a los incumplimientos de la parte demandada, refiere que la notario suplente, por quien sería responsable el demandado en virtud de lo dispuesto en el inciso final del artículo 402 del Código Orgánico de Tribunales, faltó al deber de cuidado, pues debió exigir la modificación de las instrucciones notariales, ordenando que previo a la devolución de los vales vista al comprador, las partes suscribiesen escrituras de resciliación de compraventa. Sostiene que la segunda infracción se produce al entregarse los vales vista al comprador, lo que implicó empobrecimiento para su parte.

En lo atinente a los daños, solicita el pago de \$ 70.000.000.- por los saldos de precios adeudados, además de \$20.000.000.- correspondientes al dinero que debió pedir prestado a cambio del pago de intereses. Asimismo, solicita el pago de \$200.000.000.- por lucro cesante, y la misma cantidad por daño moral.



b) Comparece don Marcelo Nasser Olea por la parte demandada, solicitando el rechazo de la demanda, controvierte la existencia de una convención que lo una con el demandante, agregando que en caso de existir alguna relación contractual no lo es sólo con el actor; expresa que su representado dio cabal cumplimiento a las instrucciones que recibió.

Indica que el 10 de diciembre de 2012 en la Notaria que sirve su representado, se celebraron dos contratos de compraventas, por un monto total de \$318.000.000.-; añade que los inmuebles objeto de las convenciones se encontraban embargados a favor de Jorge Freres, Hijas y Cia. Ltda. y por el Banco Santander, además existía hipoteca a favor de este último, por más de \$220.000.000.-

Afirma que a la celebración de las compraventas comparecieron, autorizándolas, quienes tenían a su favor gravámenes sobre los inmuebles; en ellas se consignó que el Banco Santander retendría \$ 228.000.000.-, alzando todos los gravámenes. Relata que, a su vez, Jorge Freres, Hijas y Cia. Ltda. se obligó a solicitar el alzamiento de los embargos existentes en el plazo de 60 días. Concluye que de lo expuesto se colige que los contratos celebrados responden a operaciones mucho más complejas que simples compraventas.

En cuanto a los fundamentos de derecho, insiste en que en la especie no es aplicable la responsabilidad contractual, siendo el régimen correspondiente el de la responsabilidad extracontractual, acción que, atendido el tiempo transcurrido estaría prescrita.

En subsidio, y para el evento de no acogerse la excepción de prescripción, alega la ausencia de un incumplimiento grave, falta de culpa y falta de legitimación pasiva, desde que fue la sociedad Jorge Freres, Hijas y Cia. Ltda. la que incurrió en incumplimiento. Es así como, puntualiza que su parte ajustó su proceder a las instrucciones dadas por el actor y Celle. Finalmente, controvierte la procedencia de los rubros indemnizatorios y montos.

c) En el trámite de réplica el demandante no aporta nuevos antecedentes, así como tampoco el demandado en el escrito de réplica.



d) El tribunal de primera instancia desecha la excepción de prescripción opuesta por el demandado, de la misma manera rechaza la demanda, con costas.

e) En alzada se rechaza el recurso de casación en la forma, y confirma la sentencia.

TERCERO: Que para efectos de ordenar el raciocinio que se desarrollará y contextualizar las infracciones que denuncia el recurrente, es pertinente puntualizar que los sentenciadores tienen como hechos no controvertidos en la causa que:

a) Con fecha 10 de diciembre de 2012, Carlos Marchant Santana y Carlos Celle Cafferata, otorgaron instrucciones a don Cosme Fernando Gomila Gática, notario titular de la 4° Notaria de Santiago; Marchant y Celle comparecen en calidad de vendedor y comprador, respectivamente, de las compraventas celebradas con la misma fecha, respecto del Lote 4 y Lote 7 A, resultantes de la subdivisión de la Parcela N° 218 de la Colonia Peñuelas, Loteo Lomas de San Jorge, Comuna de Coquimbo, Cuarta Región.

b) Con las instrucciones los señores Marchant y Celle, dejaron dos grupos de vales vista, a saber: 1.- Los depósitos a la vista N°0128074, N°0128075, N°0128076 y N° 0128077, emitidos con fecha 27 de Noviembre de 2012, por el Banco Santander a la orden de la compradora, por \$5.000.000.- cada uno de ellos y endosados en blanco; 2.- Los depósitos a la vista N°0127873 y N°127872, emitidos con fecha 21 de noviembre de 2012, por el Banco Santander a la orden de la compradora por \$35.000.000.- cada uno y endosados en blanco.

c) Los instrumentos individualizados en el primer grupo de la letra que antecede, debían ser entregados por el demandado a doña Melanie Muriel Freres Hellebaut, en tanto que los del segundo grupo a Carlos Alex Marchant Santana, una vez que se le acredite, mediante los respectivos certificados, que los inmuebles objeto de las compraventas se encontraban inscritos a nombre del comprador, libre de todo gravamen, prohibición o embargo; así como también probar la entrega material de los inmuebles.



d) No consta el cumplimiento de las condiciones exigidas al demandante Carlos Alex Marchant Santana, como para que le fueran entregados los correspondientes vales vista a él; agregan que se constata la vigencia de los gravámenes que pesan sobre los inmuebles, y que ceden en favor de la Sociedad Jorge Freres e Hijas y Cia. Ltda.

e) Se estipuló un plazo de 90 días, contados desde la fecha de suscripción de los contratos de compraventas, para acreditar al señor Notario el cumplimiento de las condiciones establecidas en las instrucciones, plazo que se cumplía el 10 de marzo de 2013; añaden que la devolución de los instrumentos al comprador se realiza el 6 de junio de 2013.

CUARTO: Que, el fallo de segunda instancia hace suyos los fundamentos de primer grado, el cual tuvo en consideración que la relación entre las partes es de naturaleza convencional, lo que hace aplicable el régimen de responsabilidad contractual y lleva a descartar la excepción de prescripción, defensa opuesta en relación a la responsabilidad extracontractual, determinando en todo caso que el plazo de 5 años – aplicable a la responsabilidad contractual- tampoco transcurrió.

Determina que no existe prueba en el proceso que permita tener por cumplidas las condiciones indicadas en las instrucciones y que harían procedente la entrega de los vales vista al demandante, pues si bien consta la inscripción de los inmuebles a nombre del comprador, no sucede lo mismo con la condición que recaía sobre los gravámenes, pues del Certificado de Hipotecas y Gravámenes de 10 de julio de 2017, se desprende que a esta fecha ambos predios siguen con los embargos vigentes.

Zanja que el plazo de 90 días dentro del cual debían cumplirse las condiciones consignadas en las instrucciones, venció el 10 de marzo de 2013, y que sólo con fecha 6 de junio de 2013 se procedió a la devolución de los vales vista al comprador.

En cuanto a los incumplimientos que se imputan al demandado, sanciona que no es posible exigir al notario que revise las instrucciones notariales, y solicite modificaciones a las mismas, como postula el demandante, ya que no se trata de funciones que se encuentren en la órbita



de su competencia; por último, zanja que el notario dio adecuado y correcto cumplimiento a las instrucciones entregadas.

QUINTO: Que como nuestro ordenamiento jurídico carece de un estatuto que regule la responsabilidad notarial, son muchas las interrogantes que se pueden plantear en relación al asunto materia juicio, sin embargo, no todas ellas son relevantes al momento de analizar el arbitrio, ya que atendido el carácter de derecho estricto del recurso de casación en el fondo, se ha dicho que para éste pueda prosperar las normas que se acusan como infringidas, han de ser tanto las que el fallador invocó en su sentencia para resolver la cuestión controvertida, como aquellas que dejó de aplicar, puesto que en caso contrario esta Corte no podría dictar sentencia de reemplazo (CS, 14 diciembre 1992, RDJ, T. 89, secc. 1ª, pág. 188). Por otro lado, es necesario que los desaciertos jurídicos hayan trascendido hasta la decisión del asunto, de modo que autoricen la sanción solicitada; ergo, corresponde abocarse al examen de aquellas cuestiones que resultan atinentes al recurso.

En concordancia con lo expuesto, cabe poner de relevancia que las instrucciones notariales, no han sido tratadas en la ley, existiendo relativo consenso –más allá del esfuerzo argumentativo de cierto sector de la doctrina- en torno a que ninguna de las funciones consignadas en el artículo 401 del Código Orgánico de Tribunales, satisface por completo las características de las instrucciones notariales; así, es posible establecer que la única referencia expresa a ellas –tal como se indica en el considerando décimo tercero de la sentencia de primer grado- la encontramos en el Decreto N° 587 Exento del Ministerio de Justicia, sobre Arancel de Notarios Públicos, en cuyo artículo 1 se mandata que: “Los notarios podrán cobrar como máximo en el ejercicio de su ministerio, los derechos que a continuación se expresan: N° 16°: “Instrucciones, por cada instrucción el libro respectivo, el arancel será convencional”.

SEXTO: Que, la ausencia de regulación legal no ha impedido que las instrucciones notariales constituyan una práctica habitual en el tráfico jurídico, acordándose bajo diversas formas, lo que nos permite adherir al concepto de quienes las entienden como: “Una manifestación de voluntad



que en un instrumento, normalmente aparte de una escritura pública (también puede ser privada), suscriben los otorgantes del contrato, o alguno de ellos que tienen un interés correspondiente, en orden a que el ministro de fe, a quien se hace depositario por lo general de dinero o valores, cumpla con los encargos que se le cometen, en tanto ocurra el vencimiento de un plazo, se cumpla una condición o se verifique el cumplimiento de ciertos requisitos, según ha quedado determinado por los interesados” (Vidal Domínguez, Ignacio, *El Estudio de los Títulos de Dominio*, Segunda Parte, Editorial Fallos del Mes Ltda., Santiago, 2000, p. 12).

La definición entregada es comprensiva de las distintas modalidades que pueden adoptar las instrucciones notariales, siendo posible advertir que en ella se pone énfasis en el carácter contractual de las mismas, característica que de alguna manera trasunta al examen de su naturaleza jurídica y, muy probablemente, el estatuto de responsabilidad que les es aplicable; no obstante lo enunciado – al igual que sucede con gran parte de la actividad notarial- la categorización pretendida no resulta sencilla, es así como esta Corte ha indicado que: “La función notarial posee un carácter complejo, con presencia de componentes privados y públicos y de gran relevancia en el ámbito comercial, inmobiliario, del derecho de sociedades, de familia y sucesorio. Destacan entre estas la de ministro de fe, de testigo privilegiado y su labor de autenticar documentos y otras que se han ido agregando en el concierto comparado, como la del deber de consejo e información.” (C.S. 14.317-2016).

SÉPTIMO: Que, es precisamente el carácter complejo de la función notarial, lo que ha llevado a parte de la doctrina a establecer que: “No hay dos funciones, una pública y otra privada, sino una interacción de ambas que da lugar a una función única. Por ello, sostenemos que el único antecedente válido para determinar el estatuto indemnizatorio es la naturaleza de la obligación infringida” (Álvarez Díaz, Luis. *Extensión de Las Obligaciones Emanadas de las Instrucciones Notariales*, Revista Chilena de Derecho Privado, N° 25, 2015, p. 93).



El carácter complejo de la función notarial, así como la interacción a que hace referencia el autor recién citado, no son condiciones ajenas a las instrucciones notariales; es así como no es posible dar el mismo tratamiento a la infracción del deber de custodia y conservación que el notario debe dar al libro de Instrucciones o al objeto de la instrucción –como en el caso serían los depósitos a la vista-, que a una imputación basada en el incumplimiento del encargo dado en la instrucción. Efectivamente, el primer caso se asocia directamente al incumplimiento de las obligaciones que impone y regula la ley, a cuyo respecto rigen – por ejemplo- las prohibiciones y obligaciones consagradas en los artículos 435 y 436 del Código Orgánico de Tribunales, respectivamente, las cuales no son sino tributarias de la función consignada en el numeral 7º del artículo 401 del mismo Código, esto es, “Guardar y conservar en riguroso orden cronológico los instrumentos que ellos se otorguen, en forma de precaver todo extravío y hacer fácil y expedito su examen”; en tanto que, el segundo supuesto tiene como antecedente inmediato y directo el incumplimiento de una obligación con origen en la convención, razón por la que para determinar su existencia, sentido y eventual inobservancia, se debe acudir en primer lugar al texto en que constan las instrucciones.

OCTAVO: Que, al abordar el recurso, es pertinente recordar que en la demanda se imputan dos incumplimientos al demandado, el primero de ellos se funda en que la Notario suplente – por quien respondería el demandado en virtud de lo que dispone el inciso final del artículo 402 del Código Orgánico de Tribunales- faltó al deber de cuidado al aceptar las instrucciones; sostiene que, frente a las consecuencias perniciosas que el cumplimiento del encargo podía provocar a su parte, éste debió exigir la modificación de las instrucciones notariales, en orden a que frente a una eventual devolución de los depósitos a la vista a la parte compradora, las partes suscribiesen escrituras de resciliación de las compraventas; el segundo incumplimiento, se hace radicar en que con la devolución de los depósitos a la vista al comprador, provocó un empobrecimiento a su parte.



Del examen de los incumplimientos esgrimidos, a la luz de lo razonado en el considerando que antecede, se colige que el demandante invoca el incumplimiento de obligaciones de origen contractual, recurriendo a obligaciones de origen legal, sólo en tanto identifica a las instrucciones notariales con alguno de los contratos típicos que existen en nuestro ordenamiento jurídico, todo lo cual justifica que la controversia se haya planteado, y resuelto por los jueces de instancia, bajo el estatuto de la responsabilidad contractual

NOVENO: Que, conviene recalcar que la definición relativa a que el estatuto aplicable es el de la responsabilidad contractual, se produce a partir de la calificación de las obligaciones que se estiman como incumplidas, y no como consecuencia de clasificación de las instrucciones notariales en alguna de las categorías contractuales.

La estructura del recurso, unida a la definición que estamos frente a obligaciones esencialmente contractuales, impone a efectos de dotar de contenido a las mencionadas obligaciones -así como para identificar el régimen supletorio aplicable- definir con qué contrato es posible asociar a las obligaciones en cuestión; aspecto sobre el cual existe un importante esfuerzo doctrinario, en donde mayoritariamente se insiste en hacer coincidir los componentes de las instrucciones notariales con cada uno de los elementos de un contrato típico, es así como se llega a identificarlas con contratos de depósito, estipulación a favor de otro, comisión de confianza, prestación de servicios profesionales o mandato. Como es de esperar, todas estas opciones son susceptibles de objeciones importantes, pues ni una de las alternativas es comprensiva de todas las obligaciones que ordinariamente se contraen en virtud de las instrucciones; siendo del caso agregar que una de ellas ni siquiera es posible comprenderla dentro de los contratos, como sucede con la estipulación a favor de otro, o en otra alternativa se soslaya el carácter remunerado de las instrucciones como sucedería con los depósitos.

DÉCIMO: Que, no obstante lo dicho, si nos detenemos en el carácter oneroso de las instrucciones, la naturaleza del encargo, la formación profesional que se precisa de quien recibe las instrucciones, es



que priman como opciones contractuales, el que estamos frente a una prestación de servicios profesionales o un mandato, distinción que en términos generales no supone gran incidencia en la definición del estatuto supletorio, desde que el artículo 2012 Código Civil hace extensivas las reglas del arrendamiento de servicios a los servicios de profesiones o carreras que suponen largos estudios, los cuales conforme mandata el artículo 2118 Código Civil se sujetan a las normas del mandato.

Luego, del hecho que los incumplimientos imputados, consistentes en la improcedente aceptación de las instrucciones y la ejecución de las mismas en perjuicio del demandante; así como también que, quienes suscriben la instrucción encargan la gestión de uno o más negocios, estableciendo una relación de confianza con quien debe realizar el encargo por cuenta y riesgo de ellos, se colige que el contrato típico al que más se asimilan las instrucciones - para estos efectos- es el de mandato.

UNDÉCIMO: Que, como sabemos, el mandato es un contrato de confianza, de lo cual se sigue que sea *intuitio personae*, en atención a que el encargo se efectúa a partir de las características o cualidades de una persona en particular, por tanto, ésta no puede ser sustituida por cualquier otra para cumplir con esa obligación, propiedad que no se reproduce en idéntica forma en las instrucciones, ya que la confianza que en el mandato descansa en las cualidades personales del mandatario, en las instrucciones está amparada esencialmente por la fe pública de la que es depositario el notario, condición que nuevamente nos remite al carácter complejo de la función notarial, y la inescindibilidad de lo público y lo privado concurrentes en ella.

La mayor parte de quienes ven en las instrucciones notariales un mandato, afirman que ellas son *intuitio personae*, ya que siempre serán cumplidas por la misma notaría –con independencia de quien ejerza la función- agregando que la confianza también se puede dar en relación a personas jurídicas; sin embargo, el motivo por el cual la instrucción puede ser cumplida por una persona natural distinta a la que se dio la instrucción, no es porque así lo deciden quienes suscriben las instrucciones, sino que



encuentra su fundamento en la necesidad de dar continuidad a la función notarial -la que en caso alguno se radica en una persona determinada- circunstancia que se ve claramente reflejada en el inciso final del artículo 402 del Código Orgánico de Tribunales, el cual dispone que: “ Durante el tiempo que dure la ausencia o inhabilidad del notario, el reemplazante designado podrá autorizar las escrituras públicas y dar término a aquellas actuaciones iniciadas por el titular que hayan quedado pendientes, debiendo dejar constancia de tal circunstancia en el respectivo instrumento...”.

Lo expuesto, evidencia que la correspondencia entre las instrucciones y el mandato es relativa, situación que en gran parte obedece a que las instituciones que el derecho privado brinda se tornan en insuficientes para actos o convenciones en que interviene la función pública, no como un mero ministro de fe, sino que pasando a formar parte de una relación jurídica. En abono a esta consideración, conviene traer a colación lo indicado por parte de la doctrina, la cual sanciona que: “Las instrucciones no son en sí mismas contratos típicos”, agregando que las instrucciones se entregan a un notario “por la confianza e imparcialidad que su cargo pueda brindarle al otorgante, y su vinculación con otras figuras será simplemente por la razón recién indicada y no porque verdaderamente constituyan una figura típica”; así, concluye que ellas “no constituyen en sí un contrato de mandato”, zanjando que hay elementos que no concurren “como el carácter *intuitu personae*; sin embargo, si la misión es encontrar una normativa supletoria aplicable, al parecer sería la más adecuada en tanto no exista otro a aplicar” (Fischer Yávar, Luis. Las Instrucciones Notariales en Chile, su Naturaleza Jurídica, Revista de Derecho Inmobiliario, Año 4, N° 1, Editorial Metropolitana, Chile, 2020, p. 120 y 121).

DUODÉCIMO: Que, ahora bien, refiriéndonos derechamente a los incumplimientos imputados, como se ha dicho, el primero de ellos se configura en la aceptación de las instrucciones, sin exigir que ellas fuesen modificadas, exigiendo a los instructores que previo a proceder a la devolución de los depósitos a la vista al comprador, resciliaran los contratos de compraventas.



Como se advierte, este incumplimiento tendría lugar durante la redacción de las instrucciones, etapa en la que el notario público puede intervenir o no (Vidal Domínguez, Ignacio. *Derecho Notarial Chileno*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2015, p. 254 y 253), pues si bien los notarios pueden asesorar a quienes concurren a sus oficios, que aquello no se verifique no es un requisito que impida a los comparecientes instruir al notario, o ponga de suyo al notario en una hipótesis de incumplimiento.

De consecuencia, resulta evidente que para que esta hipótesis de incumplimiento pueda tener lugar, se requiere de la intervención efectiva del notario en la redacción de este instrumento, ya que es la única forma en que éste pudo llegar a proponer modificación a las mismas, supuesto de hecho que, aunque suele ser de común ocurrencia, no se tuvo por acreditado por los sentenciadores de instancia; así, aparece que las alegaciones del impugnante persiguen alterar los hechos fijados por los sentenciadores de instancia, en relación a lo cual cabe recordar que sólo los jueces del fondo se encuentran facultados para fijar; y, efectuada la correcta valoración de la prueba éstos resultan inamovibles conforme a lo previsto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, no siendo posible su revisión mediante el recurso deducido, pues el recurrente no ha denunciado contravención a normas reguladoras de la prueba, situación que dificulta el acogimiento del recurso en este extremo.

Con todo, y aun de haberse acreditado la intervención efectiva del notario en la redacción de las instrucciones, la modificación que el recurrente estima debió ser propuesta, no resultaba posible de convenir de manera eficaz por quienes suscribieron las instrucciones, ya que como se desprende de la lectura de las mismas, ellas están vinculadas con dos compraventas celebradas con la misma fecha, en la misma notaria; actos jurídicos a los que concurren terceros ajenos a las instrucciones, renunciando a derechos y recibiendo parte del precio de las compraventas, por lo que, el acuerdo sobre una eventual resciliación afectaría sus derechos, obligándolas a prestaciones en las que no consintieron, lo que no hace sino demostrar la impertinencia de una sugerencia en este sentido.



DÉCIMO TERCERO: Que, siguiendo con el análisis del primer incumplimiento, pero ahora en lo relativo a que el notario no debió aceptar las instrucciones, por las razones ya expresadas en el considerando que antecede. Al efecto, tendremos presente que parte importante de la doctrina sostiene que: “Para que el notario reciba las instrucciones primero deben cumplirse ciertos supuestos; por ejemplo, que estas sean lícitas, no burlen el interés fiscal, no encubran contratos simulados y sea posible ejecutarlas de manera legítima...” (Gaete González, Eugenio, *Teoría General de las Actas Notariales*, 2º edición, Valparaíso Chile, Prolibro Ediciones, 2019, p 351), razonamiento que esta Corte comparte, pues al quedar entregado el objeto del encargo a la libertad de quienes instruyen, resulta lógico que el notario pueda negarse a aceptar la instrucción, siempre que esto obedezca a razones tan graves como las indicadas por el autor citado, esto es, rechazarlas por considerar que aquéllas son ilícitas, burlan el interés fiscal o son imposibles de ejecutar, es decir, que la censura pueda recibir sin lugar a dudas amparo, y que no se traduzca en una simple negativa a prestar el servicio.

Ahora bien, aunque los jueces de instancia resolvieron que un notario no podía negarse a aceptar instrucciones, lo cierto es que tal error no posee incidencia en la resolución del asunto, desde que no nos encontramos frente a uno de los casos, en que un notario estaría habilitado para aquello. Debiendo añadirse que de conformidad a lo razonado en el párrafo final del motivo que antecede, una imposición como la pretendida por el recurrente, devendría en que las instrucciones no pudiesen ejecutarse de forma eficaz.

DÉCIMO CUARTO: Que en lo que respecta a la segunda obligación que se alega incumplida, esto es, la ejecución del mandato en perjuicio de su parte, conviene tener presente que aunque en la especie se apliquen por analogía las normas del mandato, aquello debe hacerse en tanto sea compatible con las atribuciones y prohibiciones que rigen la actividad notarial; no obstante ello, cabe destacar que la principal obligación que impone la ley a quien administra un mandato, es la de ceñirse rigurosamente a sus términos conforme prescribe el artículo 2131 del Código Civil, estando facultado el intérprete, al momento de aplicar las



cláusulas contractuales, para acudir a las demás disposiciones que regulan este contrato, sólo cuando las instrucciones son oscuras. Es así como un destacado autor señala que: “ La ley, mediante sus disposiciones, no pretende otra cosa que interpretar la voluntad del mandante cuando ésta no aparece claramente expresada o cuando el mandante ha omitido manifestarla en lo relativo a ciertos actos o cosas” (Stitchkin Branover, David. *El Mandato Civil*, Editorial Jurídica, Santiago, 2008, p. 330).

Sin perjuicio de lo dicho, es sabido que el artículo 2131 del Código Civil contempla excepciones que permiten apartarse del tenor del contrato, entre las cuales el autor citado no incluye lo dispuesto en el artículo 2149 del Código Civil, pues entiende que esta disposición no es otra cosa que una concreción del principio general de la buena fe contractual, (*Ídem*, p. 345), siendo ciertamente este principio general del derecho, el que obliga a mirar todos los intereses que concurren a la suscripción de las instrucciones; tal tarea nos permite ver que nos encontramos frente a un encargo particular o específico –en contraposición a uno amplio o general- y que, a la formación de las instrucciones concurren voluntades contrapuestas, circunstancias que imponen mayor apego al tenor de las instrucciones, pues cualquier intento por adecuarlas implica -entre otras consideraciones- apartarse del interés que a las partes les pareció oportuno proteger al momento de pactarlas, encontrándose en ese acuerdo de voluntades el interés del encargo.

DÉCIMO QUINTO: Que, en este orden, esta Corte, confirmando un fallo dictado en sede de protección, reprodujo el razonamiento relativo a que: “Debe tenerse en consideración que la práctica de dejar en poder de los notarios valores u otros documentos para ser entregados al cumplirse con determinados requisitos ha servido y sirve, en innumerables oportunidades para llevar adelante negociaciones, lo que sería imposible si los señores Notarios se prestaran a variar, o aceptar que se variaran, las instrucciones recibidas al perfeccionarse los contratos (C.S. 15.371-1990); de la misma manera, en sentencia dictada en causa sobre indemnización de perjuicios estableció que: “Si bien las denominadas



instrucciones no se encuentran reglamentadas en nuestra legislación en forma precisa y tampoco se han fijado sus alcances, ellas constituyen una práctica notarial que se ha constituido en una fuente de derechos u obligaciones para quienes las emiten, pero, particularmente también para el Notario que las recibe y acepta, como ocurrió en el presente caso, quien además tiene el deber de cumplirlas de la forma que se ha convenido, lo que lo obliga, atendido su carácter de ministro de fe, la confianza que las partes en él han depositado, y por ser depositario de las voluntades ajenas, a cumplirlas a cabalidad, según lo acordado por las partes y sin que puedan efectuar interpretaciones que no se encuentran contenidas en el Acta de Instrucciones, debiendo ajustar su actuación exclusivamente a las instrucciones de las partes, particularmente si estas son claras y precisas....” (C. de Apelaciones de Coyhaique: Rol N° 5-2009; cuyos recursos de casación en la forma y en el fondo fueron desestimados C.S.: Rol N° 3016-2009).

Lo expuesto deja en evidencia que, siendo claro el tenor del encargo, cuyo es el caso, la principal obligación del notario es ajustar su proceder a aquellos términos, sin que esté habilitado para apartarse de él, por cuestionable que parezca su virtuosidad para alguna de las partes que confirió el encargo.

DÉCIMO SEXTO: Que, lo hasta aquí razonado, deja de manifiesto que la aplicación del artículo 2149 del Código Civil propuesta por el recurrente, es improcedente en un doble aspecto, el primero de ellos dice relación con que los sentenciadores no repararon en el perjuicio que el demandado le habría causado al ejecutar las instrucciones, obviando que en ellas confluían los intereses del comprador y el suyo, de manera que, cualquier posible vulneración a la disposición en comento pasaba por establecer que se produjo perjuicio a los mandantes, y no sólo a su parte. A mayor abundamiento, la lectura de las instrucciones da cuenta de compraventas complejas, a cuya celebración concurrieron acreedores del vendedor; además que con las instrucciones no sólo se deja títulos representativos de dinero que debían ser entregados a su parte, sino



también a un tercero ajeno al contrato de compraventa y a las instrucciones, condiciones que merman la posibilidad de conocer la real dimensión de los intereses comprometidos.

En segundo lugar, surge la pregunta relativa a si el notario tenía la posibilidad de abstenerse de ejecutar las instrucciones aceptadas, si de aquello se derivaba perjuicio sólo para uno de los instructores, interrogante que se ha de responder negativamente, por cuanto aquella decisión implicaba dirimir la supuesta colusión de intereses, convirtiendo al notario – en la práctica- en un árbitro, infringiendo con ello la prohibición establecida en el inciso final del artículo 480 del Código Orgánico de Tribunales, el cual prescribe que: “Es prohibido a los notarios la aceptación y desempeño de arbitrajes y particiones.”

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en consecuencia, no se puede sino descartar la inobservancia al artículo 2149 del Código Civil; igualmente se desechara la denuncia de infracción a las disposiciones que regulan el arrendamiento de servicios materiales y el mandato, es decir, a los artículos 2006, 2116, 2125, 2129 y 2157 del mismo Código, por cuanto no aparece que los sentenciadores hayan aplicado erróneamente o dejado de aplicar las mencionadas disposiciones en cuanto fueren compatibles con la naturaleza de las instrucciones.

Reiterando los fundamentos recién entregados, se descarta la vulneración a los artículos 1460 y 1546 del citado Código, debiendo agregarse, además, que en este extremo el recurso carece del desarrollo que impone al recurrente de casación el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, esta Corte no advierte cómo los sentenciadores pudieron incurrir en infracción a los artículos 1441, 1793 y 1871 del Código Civil, en tanto la supuesta contravención se sustenta en elementos que son propios de otros contratos, que en nada se relacionan con las instrucciones notariales y que, en consecuencia, acertadamente, no fueron aplicadas por los sentenciadores para la solución de la controversia.



DÉCIMO OCTAVO: Que lo razonado y expuesto resulta suficiente para demostrar, que la sentencia atacada mediante el recurso formulado por el demandante dio correcta interpretación y aplicación a las normas legales que resultaban atinentes para resolver el asunto planteado, por lo que las infracciones normativas que en su libelo se le atribuyen a dicho fallo carecen de asidero jurídico y corresponde, por consiguiente, desestimar dicha impugnación.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764, 766 y 767 del Código de Procedimiento Civil, **se rechaza** el recurso de casación en el fondo interpuesto por el abogado Cristián Álvarez Alquinta, en representación de la demandante, en contra de la sentencia de veinticinco de junio de dos mil veintiuno, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra Sra. María Angélica Repetto G.

N° 66.273-2021.





MDJZXEEXLZ

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Mauricio Alonso Silva C., María Angélica Cecilia Repetto G., Leopoldo Andrés Llanos S., María Soledad Melo L. y Abogado Integrante Diego Antonio Munita L. Santiago, veintisiete de abril de dos mil veintitrés.

En Santiago, a veintisiete de abril de dos mil veintitrés, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

