

Santiago, dieciocho de marzo de dos mil veintiséis.

En cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

Vistos y teniendo, además, presente:

1º) Lo razonado en los considerandos octavo al décimo cuarto de la sentencia de nulidad que antecede, los que se tienen por expresamente reproducidos.

2º) Que el demandado Óscar Fernández Mora no logró con la prueba rendida desvirtuar la presunción simplemente legal establecida en el inciso segundo del artículo 465 del Código Civil, por medio de la cual se presume que los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción son válidos, atendido que se desprende de los hechos establecidos en la causa que el demandado ejerció como notario titular, con los derechos, deberes y obligaciones del cargo hasta marzo de 2020, fecha en que se declaró por sentencia judicial su estado de demencia; máxime si él mismo propuso durante años y bajo su responsabilidad a su reemplazante, lo que fue aceptado reiteradamente por la Corte de Apelaciones de La Serena, al momento de proveer los escritos suscritos por el mismo notario, reconociéndole plena capacidad para ejercer el cargo.

3º) Que sin perjuicio de que las razones anteriores bastan para el rechazo íntegro de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el demandado Fernández Mora, es importante indicar que aun cuando se considerara que este último se encontraba demente a la época de ocurrencia de los hechos fundantes de la demanda -lo que como se dijo no se acreditó- de igual forma se considerarían los actos ejecutados por éste plenamente válidos por aplicación de la teoría del error común.

La doctrina nacional ha definido el error común como aquel susceptible de ser compartido por todos los habitantes de una localidad o por la inmensa mayoría de ellos. Cuando la voluntad o el consentimiento de las partes se encuentra determinado por este error generalizado y concurren ciertos requisitos, se admite que esa voluntad o consentimiento no queden viciados y el acto jurídico en que incide sea válido y no nulo, pues se trataría de un error invencible. El ejemplo clásico es el de los actos autorizados por un funcionario público nombrado con infracción de algún requisito legal, o después de haber cesado en sus funciones o mientras se hallaba suspendido. Los actos autorizados por dicho funcionario serían válidos, porque las partes no tienen obligación de saber las causas que inhiben a un funcionario para desempeñar su cargo ni es tarea suya averiguarlo; a ellos les basta confiarse en las apariencias, esto es, que un funcionario que ejerce públicamente sus funciones cumple con todas las condiciones legales al efecto,



que es lo normal en la práctica. Para que el error no invalide el acto es necesario: 1) que sea compartido por todos o la inmensa mayoría de los habitantes de una localidad; 2) debe el error ser causado por un justo motivo, un fundamento lógico que autorice a considerar verdadera una situación falsa, y 3) debe existir buena fe de parte de quien invoca el error común. Concurriendo los tres requisitos enunciados, el error se reputa invencible: el o los autores del acto jurídico han estado en la imposibilidad de sustraerse a él. (Enrique Alcalde R. y Cristián Boetsch G., “Teoría General del Contrato, Doctrina y Jurisprudencia”, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, 2021, pp. 122-123)

Nuestro Código Civil no establece la teoría del error común, pero contiene varios artículos que se fundan precisamente en ella (v.gr.: el artículo 1013 respecto de la inhabilidad de los testigos del testamento; los artículos 704 N° 4, 1267 y 1269, respecto de los herederos putativos, y; el artículo 1576 que establece que es válido el pago hecho de buena fe a la persona que estaba en posesión del crédito). De ahí que la doctrina y nuestra jurisprudencia ha aceptado su aplicación como un principio general del derecho, por la seguridad dinámica, entendiéndose por tal la necesidad de confiar en las apariencias, pues es imposible que se conozca el todo de ninguna cosa. El que obra prudentemente, basándose en las apariencias, merece la protección legal, aunque incurra en error. (Avelino León Hurtado, “La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos”, Editorial Jurídica de Chile, Tercera Edición, 1973, p.182).

Esta Corte Suprema, desde hace ya largos años, se ha pronunciado generalmente en favor de la aplicación de este principio, asentando la siguiente doctrina: “Para los efectos de la validez de un instrumento otorgado ante funcionario correspondiente, basta que éste exhiba su investidura con las apariencias que ordinariamente ostentan dichos funcionarios, o sea, que esté en posesión, a lo menos, de un título “colorado” que le permita intervenir a la faz del poder público y ser considerado como tal por el común de las gentes; y de aquí la máxima aceptada universalmente *error communis facit jus* [...]. Todo otro requisito que se pretenda que deban averiguar las personas que acuden a sus oficinas, so pena de acarrear la nulidad del acto, si se comprobara algún defecto en su designación o en sus calidades, fuera de hacer responsable al público en situaciones en que no le compete intervenir y de producir una constante inestabilidad en las relaciones jurídicas, resultaría absurdo, pues sería prácticamente imposible una investigación certera al respecto, y se llegaría a extremos inverosímiles.” (Corte Suprema, fallo de 17 de octubre de 1938, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XXXVI, Segunda Parte, Sec. 1ª, p. 286).



En otra oportunidad, esta Corte, manteniendo esta doctrina declaró que “acreditado que no existía en el departamento correspondiente abogado en el ejercicio legal de la profesión a la fecha en que se hizo el nombramiento de notario interino, que recayó sobre una persona que no tenía la calidad de abogado ni que el juez tuviera conocimiento fidedigno de que realmente existiera en la localidad una persona con título de abogado, el funcionario nombrado para el cargo de notario interino estaba en posesión al menos de un título “colorado”, que le permitía, a la faz de las autoridades de la localidad, ser considerado como notario y revestir aquel carácter ante el público que ocurría en demanda de sus servicios. Así se justifica su actuación en los numerosos instrumentos extendido en los registros a su cargo [...]. En consecuencia, es válido el testamento otorgado ante el notario interino que, sin tener título de abogado, desempeña el cargo en las condiciones dichas”. (Corte Suprema, fallo de 3 de enero de 1944, en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XLI, Segunda Parte, Sec. 1ª, p. 547).

En el caso de autos, es clara la procedencia de la doctrina del error común, toda vez que concurren todos sus requisitos, a saber: a) todos o la inmensa mayoría de los habitantes de La Serena, incluyendo la Corte de Apelaciones de esa ciudad, incurrieron en el error que el notario titular de la Segunda Notaría de La Serena era plenamente capaz; b) este error fue causado por un justo motivo, ya que mantenía su calidad de notario titular en la ciudad, sin que se haya declarado alguna inhabilidad o incompatibilidad en el cargo, y; c) la concurrencia de la buena fe por parte de los usuarios que concurrían diariamente a las dependencias de la notaría, en especial, de la sociedad demandante, quien en conjunto con el comprador dejaron en custodia un vale vista por un monto considerable.

4º) Que establecido, entonces, la legitimación pasiva del demandado, esta Corte confirmará lo decidido por la jueza *a quo* en lo que se refiere al rechazo de la excepción de falta de legitimación, por lo que corresponde -a continuación- analizar los requisitos de procedencia de la acción interpuesta.

5º) Que la demandante entabló la presente acción de indemnización de perjuicios, fundada en la responsabilidad contractual que les cabría a los demandados por el incumplimiento del contrato de mandato por no cumplir con el encargo en la forma convenida y, en especial, a la obligación de custodia del vale vista dejado en su oficio, lo que habría originado los perjuicios patrimoniales que demanda.

6º) Que, en primer lugar, es importante precisar la naturaleza de las instrucciones notariales, respecto de lo cual esta Corte ha tenido la oportunidad de indicar que éstas 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 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 incluida en el libro respectivo, el arancel será convencional”.

De esta forma, 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” (Ignacio Vidal Domínguez, “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 éstas 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.” (Corte Suprema, Rol N° 14.317-2016).

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” (Luis Álvarez Díaz,



“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 7° 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 al texto en que constan las instrucciones (Corte Suprema, Rol N° 66.273-2021).

Cabe consignar, sólo a modo ilustrativo y para dar cuenta que la práctica notarial fue acogida por el legislador, el artículo 1 de la Ley N° 21.772, que modifica el sistema registral y notarial en sus aspectos orgánicos y funcionales (que entrará en vigor el 2 de abril de 2026) incorpora las instrucciones notariales como función del notario en los artículos 401 N° 11 y 439 ter del Código Orgánico de Tribunales.

7°) Que como quedó asentado en el proceso, el 7 de enero de 2020, la sociedad demandante y Francisco Gabriel Carvajal Palacios, la primera en calidad de vendedora y, el segundo, como comprador, impartieron instrucciones a la Segunda Notaría de La Serena, servida por Jhon Gallardo Gómez, como notario suplente del titular Óscar Fernández Mora, por medio de la cual se le encargó al referido oficio -con independencia de quien ejercía las veces de notario- la custodia del vale vista N° 0187057 a fin de que fuese entregado al Banco de Crédito e Inversiones una vez inscrita la propiedad vendida a nombre del comprador en el registro conservatorio, libre de hipotecas y gravámenes; encargo que no se cumplió no obstante cumplirse con las condiciones estipuladas, atendido que el indicado vale vista fue sustraído desde las dependencias de la notaría, para luego ser reemplazado por otro documento adulterado de mucho menor valor. Finalmente, el documento original fue cobrado por un tercero desconocido el 6 de febrero de 2020, en la ciudad de Los Andes.



8°) Que bajo tales supuestos fácticos, esta Corte comparte lo razonado y concluido por el tribunal de primera instancia, en cuanto se tuvo por acreditada la existencia de la relación contractual y el hecho generador del incumplimiento contractual en que se sustenta la acción deducida, respecto de las instrucciones notariales, por cuanto quedó fehacientemente probado que en dependencias de la notaría fue sustraído el vale vista original y sustituido por otro documento adulterado, percatándose de dicha situación solo una vez que fue denegado el pago del vale vista por parte de la institución bancaria respectiva.

En ese orden de cosas, no cabe más que concluir que los hechos antes descritos, constituyen una conducta culpable por parte de los demandados, desde que no cumplieron con su obligación de resguardo y conservación del vale vista que se comprometieron a preservar, el demandado en su calidad de notario suplente en funciones al momento de la ocurrencia de los hechos y el demandado Fernández Mora, en su calidad de notario titular de la Segunda Notaría de La Serena; inobservancia que resultó en la vulneración de los sistemas de seguridad de la entidad -como no mantener la caja fuerte debidamente resguardada y limitado su acceso- y la posterior adulteración del documento, ocasionando la pérdida efectiva del valor del vale vista sustraído en la suma de \$280.331.667; concurriendo así los requisitos de responsabilidad civil contractual.

9°) Que establecido lo anterior, corresponde analizar la procedencia de los perjuicios reclamados.

En lo referente al daño patrimonial demandado, es un hecho de la causa que el vale vista N° 0187057 por la suma de \$280.331.667 fue cobrado por un tercero desconocido, causándole una pérdida efectiva en el patrimonio de la sociedad demandante por el monto antes señalado, por lo que se confirmará la decisión de primer grado en orden a condenar el pago por dicho concepto. Lo anterior es sin perjuicio de constatar que en la sentencia que se revisa, se otorgó la suma de \$281.331.667, por haberse así pedido en la demanda, por lo que no habiendo sido motivo de las apelaciones de las partes, esta Corte carece de facultades, en esta sede, para corregir el monto concedido.

10°) Que respecto al restante daño emergente y lucro cesante reclamado, esta Corte coincide con el rechazo de dichos conceptos por no haberse acreditado, sin perjuicio de la procedencia de los intereses corrientes requeridos en el petitorio de la demanda.

11°) Que en lo que dice relación con la forma de pago de la indemnización, esta Corte coincide con la jueza de primer grado en que los demandados concurren solidariamente por existir norma que así lo dispone, esto es, al tenor del artículo



402 inciso tercero del Código Orgánico de Tribunales (Corte Suprema, Rol N° 14.317-2016).

12°) Que por último, la suma ordenada a pagar solidariamente por los demandados será reajustada de acuerdo a la variación que experimente el Índice de Precios del Consumidor desde la fecha en que se cobró el vale vista original (6 de febrero de 2020) hasta su pago efectivo, y con intereses corrientes para operaciones reajustables contados desde que los demandados se constituyeron en mora, esto es, desde la última notificación de la demanda hasta su pago en efectivo.

Por estas consideraciones y lo dispuesto, además, en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, **se confirma** la sentencia definitiva de once de mayo dos mil veintitrés dictada en causa Rol C-1037-2020 del Segundo Juzgado Civil de La Serena, **con declaración** que la suma ordenada a pagar solidariamente por los demandados será reajustada de acuerdo a la variación que experimente el Índice de Precios del Consumidor desde la fecha en que se cobró el vale vista original (6 de febrero de 2020) hasta su pago efectivo, y con intereses corrientes para operaciones reajustables contados desde que los demandados se constituyeron en mora, esto es, desde la última notificación de la demanda hasta su pago en efectivo.

Regístrese y devuélvase, vía interconexión.

Redacción a cargo de la abogada integrante Sra. Etcheberry.

N° 60.214-2024

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Mauricio Silva C., señor Mario Carroza E., señora María Soledad Melo L. y las Abogadas integrantes señora Leonor Etcheberry C. y señora Pía Tavorari G.

No obstante, haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, no firma el Ministro señor Carroza, por estar con feriado legal.





En Santiago, a dieciocho de marzo de dos mil veintiséis, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

