

Reforma a los Conservadores de Bienes Raíces

Joel González Castillo

Profesor de Derecho Civil
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE

1. Introducción

El tema concerniente a la inscripción de los derechos reales sobre inmuebles en un registro especial, la función y efectos de esta inscripción, la organización y competencia de las oficinas encargadas de la registración y demás cuestiones atinentes al sistema para la publicidad y protección de la situación jurídica de los bienes raíces ha experimentado un gran desarrollo en otros países —especialmente europeos¹, en contraste con el atrasado régimen inmobiliario chileno.

Como se lee en el trabajo de la Fundación Fueyo: "En la práctica ocurre que, salvo la intervención del poder público en su nombramiento, y el atenuado control que sobre los registradores ejerce el poder jurisdiccional, la satisfacción del fin público que les está entregada se diluye, en la medida en que estos funcionarios desarrollan su actividad en forma semejante a la de cualquier empresario privado, que percibe por sus servicios una remuneración, representada por los derechos regulados en el respectivo arancel, sin otra obligación en el plano financiero que la de pagar a sus empleados y mantener las condiciones mínimas de funcionamiento (local, mobiliario, etc.). Los aranceles establecidos a beneficio exclusivo de los registradores, representativos de ingentes ingresos, hacen que dichos cargos sean sumamente codiciados, a la par que posibilitan —teóricamente al menos— la formación de un verdadero grupo de presión, lo que dificulta la reforma del sistema así concebido. Esta organización de corte empresarial limita las posibilidades de selección y

¹ Vid HM LAND REGISTRY, *Inventory of Land Administration Systems in Europe and North America*, Third Edition, London, 2001; CAMARA LAPUENTE, Sergio, "Los sistemas registrales en el marco del Derecho privado europeo: reflexiones comparatistas sobre la inscripción registral como formalidad de los contratos", en *Anuario de Derecho Civil*, t. 57, Madrid, 2005, pp. 929 y ss.

promoción del personal: no existe la carrera funcionaria ni la calificación por méritos, y no se estimula el perfeccionamiento profesional ni la competencia en el ejercicio de la función".²

El presente estudio se refiere a tres materias que necesariamente deben comprenderse en cualquier reforma a nuestro sistema registral: i) sustitución del sistema de folio personal por el folio real, ii) la fiscalización y responsabilidad de los Conservadores, y iii) la incorporación obligatoria de las tecnologías de la información en sus actuaciones. No se considera el cuadro normativo relativo a la tradición, posesión y prescripción, dispuestos en el Código Civil, ni las dificultades que implica la falta de coincidencia entre la descripción del predio en el título con sus características en la realidad por tratarse de materias que requieren reformas de fondo a nuestro Código sustantivo civil y un amplio debate sobre cada una de ellas.

También se precisa con estas modificaciones propuestas el grado de "legalidad"³ del Registro, aspecto que por su importancia en el perfeccionamiento de un Registro no puede ser olvidado ni dejado de considerar al promoverse cualquier innovación.

² Fundación Fernando Fiebo Lanet, *Estudios sobre Reformas al Código Civil y Código de Comercio. Cuarta Parte. Derecho Registral Inmobiliario*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 274. El autor de la ponencia principal desarrollada en dicho libro es el profesor Domingo Hernández Emparanza.

³ Entre los principios más difundidos de un Registro Territorial está el de "la legalidad", en virtud del cual se confieren al funcionario atribuciones de control preventivo sobre: 1º) la existencia y estado jurídico del derecho inscribible (con determinación de la validez y eficacia de los títulos -actos- que constituyen los antecedentes jurídicos para la inscripción), y 2º) la congruencia entre la descripción del predio en el título y los caracteres que presenta en la realidad. El control preventivo está integrado por un conjunto de precauciones para el ingreso de un derecho al Registro y luego para sus sucesivos traspaños (y que conforman la llamada legalidad). Al incorporarse por primera vez un inmueble al sistema (en la denominada "matriculación"), ha de procederse a un riguroso examen de sus antecedentes jurídicos, que demuestren su pertenencia y estado actual del derecho (con especial pronunciamiento sobre la *validez y eficacia* de los actos, por substancia y forma, y con relación a derechos reales limitados a favor de otros) y de la *congruencia* entre la descripción del predio en el título y sus reales características físicas (especialmente de su superficie, deslindes y contorno). Para este último objetivo se requiere de la organización de un catastro comarcal y un plano por cada predio. Las transferencias o gravámenes futuros (que con aquel control inicial se irán registrando más expeditamente), se rodearán también de precauciones que sigan asegurando el carácter indubitable del sistema. Este control puede entregarse en una primera instancia al funcionario, con recurso a un superior jerárquico nacional, o al juez (ordinario). Nuestro sistema ostenta una escasa "legalidad". Conforme al Reglamento las atribuciones del Conservador son limitadas en cuanto al examen de los títulos que se le presentan a inscripción, y frecuentemente hay desajustes entre los datos del predio consignados en la inscripción y sus caracteres materiales (por la falta de atribuciones de control preventivo y de exigencia de un plano). Vid. PENALILLO ARÉVALO, Daniel, *Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 247-248, 290.

2. Sustitución del sistema de folio personal por el folio real

2.1 Tipos de registros o folios

En cuanto a la técnica empleada para organizarlo, se distinguen dos grandes grupos de registros: reales y personales.

Básicamente, y según que el registro se organice en función del sujeto (personas) u objeto (predios), se distinguen dos variedades técnicas, que conducirán a la adopción del sistema de folio personal, en el primer caso, o al sistema de folio real, en el segundo. Los registros personales se llevan por los nombres de los propietarios, mientras que los reales se ordenan por predios.

2.1.1 Registros de folio personal o indirectos

En este tipo de registros, las inscripciones en los libros se asientan por orden cronológico, valiéndose de índices organizados en progresión alfabética, por los nombres de los titulares.

En este sistema, el eje de la publicidad registral es la persona, o sea, el titular registral, en lugar de la finca. Es la opción de los tradicionales sistemas francés⁴ e italiano, si bien el primero se ha acercado a la técnica del folio real, a través de la incorporación de los llamados "ficheros inmobiliarios".

En esta técnica registral, que ha sido objeto de duras críticas en el derecho comparado, el procedimiento de inscripción y la factura de los índices se realiza atendiendo a la identidad de los titulares, dejando en segundo plano la identidad física del inmueble. El sujeto y no el objeto del derecho es el elemento orientador y determinante del sistema.

El folio personal presenta el grave inconveniente de tomar difícil, y por lo mismo lento, incluso inseguro, el pleno conocimiento del estado jurídico de cada inmueble, ya que, como es la persona del propietario y no la finca la que sirve de fundamento a la inscripción y de elemento determinante para su individualización por los interesados, las inscripciones van quedando dispersas en la multitud de registros que se van construyendo con los años. Esa dificultad subsiste aún a pesar de la existencia de índices más o menos completos que si bien facilitan la labor del interesado cuando se conoce al menos aproximadamente el nombre del titular, hacen punto menos que

⁴ Vid. PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS, Manuel, "El sistema registral francés", en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario* N° 426-7, Madrid, pp. 721 y ss.

imposible conocer la situación jurídica de un bien raíz cuando sólo se sabe su ubicación y deslindes, careciéndose de antecedentes respecto de las personas que ostentan titularidad sobre ellos.

En América Latina⁵ continúan adscritos al folio personal Bolivia, Cuba, Ecuador, Venezuela y Chile.⁶

Pero lo más destacable es que la vigencia hasta hoy del folio personal en estos países no se debe a una definitiva preferencia, sino más bien a dificultades (generalmente más supuestas que efectivas) o falta de voluntad o inercia, que mantienen el estado existente.

2.1.2 Registros de folio real o directos

Aquí el Registro funciona sobre la base de asignar a cada finca una hoja independiente o registro particular, que constituye su matrícula y en la que se concentra toda su historia jurídica.

Como bien se explica en la obra de la Fundación Fueyo "El inmueble constituye un objeto fijo, naturalmente visible, tangible e inmutable. Lo que cambia o puede variar es la persona del propietario.

Puestos a la tarea de organizar el Registro en torno a un elemento firme y estable, y que al mismo tiempo puede proporcionar un conocimiento cabal de las relaciones incorporadas al Registro, nada más propio que hacerlo sobre la base de los inmuebles, que proporcionan el fundamento sólido y duradero que la publicidad registral requiere, para ser efectivamente publicidad.

Eso hace resaltar la inconsecuencia que significa pretender la estabilidad de los derechos reales sobre bienes raíces, introduciendo al mismo tiempo un elemento de inestabilidad, cual es la consideración de la persona de los titulares, antecedente esencialmente variable, de suyo impropio para motivar toda la organización registral.

Estas ideas conforman el criterio que justifica la consagración positiva del sistema de folio real (...) adoptan el procedimiento de folio real las legis-

laciones de Suiza, Alemania, España y Argentina, entre otras. Con ligeras variantes, presentan todas ellas un rasgo común, consistente en abrir a cada inmueble un folio u hoja independiente en el Registro, haciendo constar en la misma todas las sucesivas transferencias, gravámenes y prohibiciones que se constituyen con posterioridad a la inscripción (primera inscripción), desterrándose de este modo definitivamente la técnica cronológico-personal, seguida especialmente por el sistema francés.

En cuanto a su materialidad, en el sistema español todas las inscripciones que afectan al inmueble se van practicando una tras otra, en el mismo folio (compuesto de varias hojas en blanco, sin secciones ni casillas especiales para el derecho y las limitaciones). En el régimen alemán, en cambio, la hoja inmobiliaria figura dividida en secciones, en cada una de las cuales se anotan respectivamente las transferencias, gravámenes e hipotecas. Cada sección consta de tres columnas, en las que se anotan la constitución, modificaciones y cancelaciones".⁷ El artículo 3º de la Ordenanza Inmobiliaria alemana consagra este principio, llamado del *grundbuch*, hoja independiente o especialidad. La hoja inmobiliaria consta de 6 folios (12 páginas). Cada hoja registral de esta especie de cuaderno –en que la primera página hace de portada y la última se deja en blanco– consta de dos partes: la primera contiene la descripción del inmueble, y la segunda las mutaciones del mismo, dividida en tres secciones destinadas respectivamente al dominio, las cargas y limitaciones y las hipotecas y gravámenes.

Alemania,⁸ Suiza, Australia,⁹ España,¹⁰ y en general los países más avanzados en materia de Derecho Registral Inmobiliario, emplean la técnica del folio real. La mayoría de los países de América Latina¹¹ han ido incorporando progresivamente el folio real, restando pocos países aún apegados a la anacrónica

⁷ Fundación Fueyo, *ob. cit.*, pp. 308-309.

⁸ Vid PAU, Antonio, "Panorama del sistema inmobiliario alemán", en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario* Nº 551, Madrid, 1982, pp. 951 y ss.; MARTÍNEZ VELENCOSO, Luz María, "La protección de los adquirentes de inmuebles en el Derecho alemán: Caracteres y efectos de la Vormerkung", en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario* Nº 657, Madrid, 2000, pp. 665 y ss.; FRIEDMANN S., Fernando, "El régimen de la propiedad inmueble en Alemania y sus relaciones con el Derecho chileno", en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XXXII (1935), pp. 54-68, 69-80.

⁹ Vid CASADO PALLARES, José, "El Registro de la propiedad en Australia actualmente", en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario* Nº 368-9, pp. 1 y ss.; Nº 370-1, pp. 145 y ss.; Nº 372-3, pp. 297 y ss., Madrid, 1959.

¹⁰ El artículo 243 de la Ley Hipotecaria Española señala: "El Registro de la Propiedad se llevará abriendo uno particular a cada finca en el libro correspondiente. Todas las inscripciones, anotaciones y cancelaciones posteriores relativas a la misma finca se practicarán a continuación, sin dejar claros entre los asientos".

¹¹ Por ejemplo en Argentina el artículo 11 de la Ley 17.801 sobre Registro de la Propiedad Inmueble dispone: "La matriculación se efectuará destinando a cada inmueble un folio especial con una característica de ordenamiento que servirá para designarlo".

⁵ Vid BARNES, Grenville, STANFIELD, David y BARTHEL, Kevin, "Land Registration Modernization in Developing Economies: A Discussion of the Main Problems in Central/Eastern Europe, Latin America, and the Caribbean", en *URISA Journal*, Vol. 12, No. 4, Fall 2000, pp. 27-36.

⁶ Vid FUEYO LANERI, Fernando, "Particularismo del sistema legal de los Registros de la propiedad inmueble en Chile y juicios críticos al respecto", en *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y Evolución*, I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1991, T. VI, Vol. II-A, pp. 297 y ss.; "El sistema legal de Chile", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 495, Madrid, 1973, pp. 377 y ss.

fórmula del folio personal –entre ellos el nuestro–, lo que hace aun más notoria la necesidad de procurar su urgente adaptación, para adecuarnos a la modernidad que reclama el tráfico inmobiliario en nuestros días.

La tendencia moderna hacia la organización del sistema de folio real es abrumadora, determinando el cambio progresivo hacia él de numerosos ordenamientos que se inclinaban por el personal.

La técnica del folio real, como ya se dijo, se basa en el criterio de abrir a cada inmueble un registro o folio particular, especialmente destinado a concentrar su historia jurídica. Pero esta unidad del folio registral ha ido experimentando con el tiempo algunas excepciones, con motivo de la aparición de nuevas situaciones jurídicas reales, de carácter complejo.

La excepción más frecuente se refiere a la propiedad horizontal, regulada de manera distinta en las diversas legislaciones y que presenta problemas, esencialmente derivados de la situación de condominio en que se encuentran una serie de personas que comparten ciertos bienes y servicios de un edificio, en el que poseen un piso o departamento, sobre el que ejercen dominio exclusivo.

Diversas doctrinas se han propuesto para dilucidar la naturaleza jurídica de esta institución. Predomina la conclusión de que coexisten en ella una propiedad independiente de las unidades con una propiedad común del suelo y otros elementos comunes. Para el efecto registral, la consecuencia es que cada unidad considerada independientemente del inmueble en su conjunto, podrá ser objeto de inscripción separada –sin perjuicio de la principal, que comprende todo el edificio– en el Registro. Al abrirse una hoja especial a cada piso o departamento, se permite su más perfecta individualización, y se evita recargar en forma excesiva y sin provecho la inscripción principal. La ley española del 21 de julio de 1960 adopta este acertado procedimiento, subordinando la inscripción separada a la del conjunto del edificio, que ha de constar previamente.

Otras legislaciones, sin embargo, inspiradas en el apotegma “una sola cosa, un solo derecho de propiedad”, y encajando la institución de la propiedad horizontal en la fórmula de la comunidad o copropiedad, niegan acceso al Registro al derecho de cada propietario de pisos, autorizando la práctica de una sola inscripción de conjunto, al margen de la cual se registran, en forma de subinscripciones o anotaciones marginales, las transmisiones o modificaciones que afectan la situación de cada piso o apartamento en particular, práctica que se complementa con la exigencia de acompañar un plano, que permita orientarse mejor al que consulta el Registro.

2.2 Ventajas del folio real

Esta categoría de Registro exhibe evidentes ventajas sobre el folio personal. La existencia de una hoja separada para cada inmueble permite que los interesados puedan imponerse, con el solo examen de la hoja inmobiliaria, de la propiedad, de los gravámenes, hipotecas u otras limitaciones que afectan a un predio; así se simplifica el régimen, se evitan errores, se facilita el objetivo de la publicidad y se gana notable rapidez.

Por lo mismo, se facilita el “Estudio de Títulos”, pues con un solo examen se conoce toda la historia de la propiedad al estilo de lo que ocurre hoy en día en nuestro país con el Certificado de Anotaciones Vigentes que para un determinado vehículo motorizado otorga el Servicio de Registro Civil e Identificación en que en un solo documento se puede apreciar la cadena de propietarios y los gravámenes que afectan a ese vehículo.

La búsqueda de los títulos se reduce a la de la hoja o carpeta; por tanto, aumenta enormemente su rapidez.

Además, el índice de predios, ordenado alfabéticamente por los nombres de las propiedades o rol de avalúo, contribuye eficazmente a impedir la doble inscripción o cadenas de inscripciones paralelas, que tienen por objeto un mismo inmueble. En suma, el registro de folio real aumenta en alto grado su acceso, rapidez y seguridad.

Es por ello que varios de los Congresos Internacionales de Derecho Registral, ya desde 1972, recomiendan abiertamente su aplicación.

3. Fiscalización y responsabilidad de los Conservadores

3.1 Fiscalización de los Conservadores

A este respecto el profesor Domingo Hernández expresa: “El Estado, además de intervenir en la creación del servicio y regular su funcionamiento, ejerce supervigilancia o tutela sobre el registrador a través de órganos de la propia Administración, a la cual éste se subordina –como el Ministerio de Justicia en Alemania, o el de Hacienda en Francia, o de los Tribunales de Justicia, en el caso de Chile–, órganos todos que tienen como misión controlar el buen desempeño ministerial del registrador, pudiendo hacer efectiva su responsabilidad en caso de incumplimiento en los deberes propios de su cargo”.¹²

¹² Fundación Fueyo, *ob. cit.*, p. 38.

3.1.1 Situación actual en Chile

Los Conservadores de Bienes Raíces en nuestro país son considerados "Auxiliares de la Administración de Justicia". En esta calidad son designados por el Presidente de la República, a propuesta en tema de la respectiva Corte de Apelaciones.

Respecto a la responsabilidad administrativa, funcionaria o disciplinaria, los Conservadores se encuentran sujetos a la vigilancia de las Cortes de Apelaciones (art. 539, inc. 2°, del C.O.T.), las que pueden imponerles las penas correctivas que se especifican en los artículos 537 y 542 del mismo cuerpo legal (amonestación privada, censura por escrito, multa, suspensión de funciones hasta por 4 meses y aun arresto hasta por 8 días, conmutable en multa).

Nuestro actual sistema de fiscalización no es adecuado, en primer lugar debido a la sobrecarga de trabajo de las Cortes, que se ha traducido en un control tenue de parte de sus integrantes a los Conservadores. Y en segundo lugar, debido a la ausencia de un superior jerárquico experto y con atribuciones de control y de fijación de uniformidad de criterios en la operatividad del sistema. A este respecto el Informe de la Cámara Chilena de la Construcción, antes citado, transcribe algunas opiniones vertidas por Conservadores, en los siguientes términos. Según el Informe, el Conservador de Concepción manifestó: "En cuanto al actual sistema de fiscalización de los Conservadores, considera que es bueno, pero se beneficiaría en gran medida si quienes controlan los Conservadores conociesen mejor el tema".¹³ Según el mismo Informe, el Conservador de Temuco opinó en igual sentido: "En cuanto al actual sistema de fiscalización de los CBR, considera a los Ministros Visitadores una mala forma de fiscalización, ya que según el CBR, ellos no conocen la función registral y, por lo tanto, no saben qué buscar en cuanto a eventuales fallas. El Conservador preferiría un sistema de fiscalización basándose en gente del mismo sector registral".¹⁴

3.1.2 Situación en España. Dirección General de los Registros y del Notariado¹⁵

En España las oficinas del Registro están distribuidas en circunscripciones territoriales llamadas demarcaciones, cada una a cargo de un Registrador de la Propiedad, que tiene el carácter de funcionario público dependiente del Ministerio de Justicia, al cual se vincula a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

¹³ Cámara Chilena de la Construcción, ob. cit., p. 12

¹⁴ Ídem, p. 55.

¹⁵ Ver Anexo.

La responsabilidad disciplinaria por incumplimiento de sus deberes funcionarios se hace efectiva ante esta Dirección. Esta ejerce la "inspección y vigilancia de todos los Registros de la Propiedad", además de resolver los recursos administrativos que se interpongan contra las calificaciones que de los títulos hagan los registradores.

3.1.3 Propuesta del profesor Domingo Hernández. Creación de una Superintendencia de Registros Inmobiliarios.

En su estudio presentado a la Fundación Fueyo el profesor Hernández formula la siguiente proposición: "Con el objeto de lograr unidad en la función directiva, uniformidad de procedimientos y técnicas registrales y el perfeccionamiento profesional inherente al adecuado cumplimiento de la función del servicio, propiciamos la institucionalización del Registro como servicio público, organizado bajo la dependencia mediata del Ministerio de Justicia e inmediata de la que podría denominarse Superintendencia de Registros Inmobiliarios, a cuya cabeza estará un superintendente, por cuyo intermedio se relacionará el Registro con la Subsecretaría de Justicia".¹⁶

En cuanto a estructura organizativa básica, propone la de un servicio funcionalmente descentralizado, al estilo de las instituciones fiscalizadoras regidas por el D.L. N° 3.551, de 1980 (Fiscalía Nacional Económica, Servicio Nacional de Aduanas, Dirección del Trabajo y Superintendencia de Seguridad Social).

La Superintendencia ejercería la inspección y supervigilancia de los Conservadores de Bienes Raíces distribuidos a lo largo del país, y progresivamente podría extender su competencia hasta abarcar también a los notarios de todo el territorio. Ello sin perjuicio de que con el correr del tiempo, y si apareciere aconsejable, pudiera tomar a su cargo la tutela y fiscalización de todos los servicios de Registro de la República, así como su coordinación, incorporando entre otros a la Dirección de Registro Civil e Identificación y otros órganos que a la fecha ejercieren funciones análogas.

Respecto a la carrera funcionaria, sugiere la provisión de los cargos de Conservadores de Bienes Raíces por concurso de antecedentes, lo que unido a la clasificación jerárquica de los oficios, según la densidad de la población de la circunscripción correspondiente, permitiría mejorar considerablemente el nivel profesional de la función registral, al facilitar la promoción mediante ascensos de los que demostraren mayor capacidad y competencia en sus respectivas plantas, cualquiera que sea el ámbito de competencia territorial de las oficinas.

¹⁶ Fundación Fueyo, ob. cit., pp. 276-277.

Los concursos para la provisión de cargos, así como los escalones con el resultado de las calificaciones anuales a que deberían ser sometidos los funcionarios de todas las plantas de las distintas oficinas de Conservadores distribuidas a lo largo del país, deberían ser reglamentados y controlados por la Superintendencia del ramo.

En relación al control y fiscalización de los Conservadores, integrados al interior de la función pública, si bien en una estructura ampliamente descentralizada, éstos –agrega– deberían quedar sujetos a la responsabilidad administrativa, exigible previo procedimiento disciplinario especial, en que debería graduarse la gravedad de las faltas y su sanción, así como los órganos con potestad disciplinaria, las sanciones aplicables y el régimen de recursos.

Un tal mecanismo –continúa– permitiría excluir a los Conservadores –y eventualmente también a los notarios y archiveros– de la calificación de personal aplicable a los magistrados y funcionarios judiciales, conforme a lo previsto en el Título X del Código Orgánico de Tribunales (N° 3, párrafo 3°), con lo cual se disminuiría la carga de trabajo de los tribunales, marginándolos de funciones administrativas no inherentes a la jurisdicción.

Según su parecer, la organización que propicia permitiría obtener unidad en la función directiva, cuya conveniencia es ocioso resaltar, en la medida que la Superintendencia, como organismo eminentemente técnico, ejercería la supervigilancia e inspección de los Conservadores de Bienes Raíces y, muy principalmente, la potestad de resolver los recursos administrativos interpuestos contra los actos de éstos, sin perjuicio de la facultad de interpretar el sentido y alcance de la normativa aplicable en materia registral.¹⁷

Especial importancia tendría la referida Superintendencia en cuanto instancia administrativa en la calificación de legalidad: “Una de las más importantes atribuciones de la Superintendencia de Registros Immobiliarios debería ser la facultad administrativa de revisión, en cuya virtud podrá conocer de las reclamaciones y recursos administrativos que se dedujeren en contra de las resoluciones dictadas por los Conservadores en el procedimiento de calificación registral.

Para tales efectos este órgano constituirá una segunda instancia administrativa, estando representada la primera por la solicitud de reposición ante el propio Conservador que emitió la resolución recurrida. –

Las resoluciones emanadas de la Superintendencia, al pronunciarse sobre los recursos jerárquicos interpuestos ante ella, contribuirán indudablemente a la

¹⁷ Cfr. Fundación Fueyo, ob. cit., pp. 277-278.

formación de una valiosa jurisprudencia administrativa, fielmente ajustada al espíritu del ordenamiento jurídico registral.

Sólo una vez agotada la vía administrativa, podrán hacerse valer las acciones jurisdiccionales a que haya lugar, ante los tribunales ordinarios, para lo cual deberá regularse un procedimiento contencioso administrativo especial, breve y concentrado, para ante el juez civil competente.

Quedaría resguardada de esta manera la garantía constitucional del debido proceso así como la eficiencia y legalidad de las actuaciones del Conservador”.¹⁸

En resumen según el profesor Hernández la Superintendencia de Registros Immobiliarios desarrollaría fundamentalmente tres tipos de funciones:

a) Función consultiva.

La Superintendencia estará facultada para dictaminar sobre las dudas que le formularen los Conservadores, en orden a la correcta interpretación de las leyes y reglamentos que rijan la organización y funcionamiento del Registro.

b) Función inspectiva o fiscalizadora.

La Superintendencia tendrá a su cargo el control de todas las oficinas del Registro que funcionen en el territorio del país, lo que materializará a través de periódicas visitas de inspección, cuyos resultados deberán servir de antecedentes para la calificación de los funcionarios.

En uso de la potestad disciplinaria que esta función conlleva deberá imponer sanciones –que deberán reglamentarse– cuando constatare infracciones a las obligaciones funcionarias por parte de los registradores y personal subalterno.

c) Función resolutive.

Conocerá de las reclamaciones interpuestas en contra de las resoluciones de los Conservadores, recaídas en el proceso de calificación de legalidad. Deberá conocer, además, de las apelaciones interpuestas por los funcionarios subalternos en contra de las calificaciones funcionarias realizadas por los conservadores. A su vez, la calificación de estos últimos corresponderá directamente a la Superintendencia, y éstos podrán deducir los recursos pertinentes para ante la Contraloría General de la República.

¹⁸ Fundación Fueyo, ob. cit., pp. 278-279

La estructura de la Superintendencia estaría integrada por un jefe superior de servicio denominado Superintendente de Registros Inmobiliarios, que la representará judicial y extrajudicialmente. Deberá poseer título de abogado, y ser designado por el Presidente de la República, mediante decreto supremo, relacionándose con éste a través del Ministerio de Justicia.

Habría igualmente un intendente, también abogado, que deberá ser funcionario de carrera, designado previo concurso de antecedentes y oposición, y el personal de funcionarios que determine la ley, distribuido en plantas, según su especialidad.¹⁹

El profesor Andrés Cuneo critica la creación de este organismo en los siguientes términos: "En mi opinión tampoco queda bien perfilada la Superintendencia que se propone, ya que no se considera, entre sus funciones, una que debería ser básica para los fines de unificación, cual es la reguladora, de modo de producir normas obligatorias, de carácter general, al modo de la superintendencia que corresponden al modelo de la Superintendencia de Valores (DL N° 3.558, de 1980)".²⁰

3.1.4 Propuesta del Profesor Andrés Cuneo²¹

En opinión de este profesor debería optarse por dos modelos posibles más puros: 1) un servicio público que aunque descentralizado para la prestación de los servicios, obedece a una organización central capaz de introducir uniformidad de criterios, racionalización de los procedimientos, eficiente aprovechamiento de los recursos, jerarquía de los funcionarios, etc.; 2) o bien concebir a los Conservadores como entes independientes entre sí que son fiscalizados por una superintendencia al modo de la del DL N° 3.558 de 1980, dotada de facultades suficientes para fiscalizar y regular.

En la primera opción, el control es muy diverso al de la segunda. En la primera, la organización del servicio no sería muy distinta a la del Registro Civil actual, por ejemplo, que tiene un sistema de control interno y es fiscalizado por la Contaduría General de la República. Frente a sus resoluciones se podría establecer algún tipo de recursos de ilegalidad al modo de los que existen en contra de las resoluciones de otros órganos administrativos, como las municipalidades o las propias superintendencias estructuradas según el modelo de la de valores.

¹⁹ Cfr. Fundación Fueyo, ob. cit., pp. 279-280.

²⁰ Fundación Fueyo, ob. cit., p. 385.

²¹ Cabe precisar que más que una propuesta se trata de un comentario de este profesor a la ponencia principal del Profesor Domingo Hernández contenida en el libro de la Fundación Fueyo.

En la segunda, el control y fiscalización es ejercido por un ente ajeno a los Conservadores que prestan el servicio, del mismo modo como son fiscalizadas las compañías de seguros o las administradoras de fondos de pensiones, en su caso. En este esquema, además del control, a la superintendencia le correspondería la función de interpretar administrativamente la ley y de dictar normas de general aplicación, contribuyendo de un modo directo a la uniformidad que se desea.²²

Podemos agregar que si se opta por la creación de una Superintendencia, la que mejor se puede tomar como modelo es la de Quiebras, regulada en los artículos 7° a 13 de la Ley N° 18.175. Así su art. 8° entrega a dicha Superintendencia, entre otras, las siguientes facultades que perfectamente se pueden adecuar para los Conservadores y notarios: "1. Fiscalizar las actuaciones de los síndicos... La facultad de fiscalizar comprende la de interpretar administrativamente las leyes, reglamentos y demás normas que rigen a las personas fiscalizadas, sin perjuicio de las facultades jurisdiccionales que corresponden a los tribunales competentes;... 3. Impartir a los síndicos y a los administradores de la continuación del giro instrucciones de carácter obligatorio sobre las materias sometidas a su control...". Con estas facultades se lograría una efectiva fiscalización de los Conservadores y la necesaria uniformidad de criterios en el examen de legalidad de los títulos que se les presentan para su inscripción.

3.1.5 Propuesta de la Asociación de Notarios y Conservadores de Chile. Creación de una Oficina de Notariado y del Registro

Esta organización propone la creación de "una Oficina del Notariado y del Registro dependiente de la Excelentísima Corte Suprema, que tendría la particularidad especial de mantener dentro de esa perspectiva un servicio dependiente del Poder Judicial, pero especializado, algo así como la Academia del Poder Judicial, pero dirigida sólo al Notariado y al Registro y los Archivos Judiciales. Que dicha Oficina sea la encargada de confeccionar las temas para la designación de los funcionarios con mayores méritos profesionales y aquellos que efectivamente han hecho los cursos de perfeccionamiento necesarios y que dispongan de la preparación suficiente para acceder a esta carrera. Estamos ciertos que en estos momentos no existe una carrera funcionaria concebida en el plano estrictamente académico o basada en méritos personales, no obstante está contemplado en la ley y creemos que ésta es una de las formas de perfeccionarlo. Estamos ciertos que la carrera funcionaria debe existir y que la mejor forma de hacerlo es a través de esta Oficina dependiente de la Corte Suprema de Justicia.

²² Cfr. Fundación Fueyo, ob. cit., pp. 385-386.

Esto además permitiría la uniformidad que propicia en su trabajo el profesor Hernández, especialmente para evitar disparidad en la calificación de los títulos respecto a las mismas materias, por ejemplo si inscribimos o no aquellas cesiones de derechos sobre bienes inmuebles determinados cuando no han mediado previamente las inscripciones correspondientes de los artículos 686 y 688 del Código Civil; si debemos o no inscribir aquellos contratos a los cuales les afectan las prohibiciones voluntarias, etc. En fin, esta uniformidad de criterios debería surgir de esta Oficina del Notariado y del Registro, función que está cumpliendo en la actualidad el Directorio de la Corporación Chilena de Estudios de Derecho Registral, pero sin fuerza obligatoria.

Esta Oficina estaría encargada de la calificación, confección de las ternas y de crear un banco de información registral para los Conservadores y de uniformidad de criterio jurisprudencial, ya que también tendría una función resolutoria frente a las reclamaciones que se interpongan. Estamos ciertos que esta Oficina dependiente del Poder Judicial será la más adecuada para ejercer tales funciones, pues así se consigue mantener el Sistema Registral y Notarial en el ámbito del Poder Judicial y creemos que ello debe continuar así".²³

Comentando la proposición anterior, don Edmundo Rojas, Conservador de Bienes Raíces de Santiago, agrega que esta Oficina del Notariado y Registro debe ser un servicio dependiente de la Corte Suprema. Y le asigna las siguientes funciones:

- a) Que se encargue en lo administrativo del ejercicio de las facultades directiva, correccional y económica que nuestro ordenamiento jurídico entrega a la Corte Suprema en relación con los funcionarios del orden judicial y en este caso en lo referente a notarios, Conservadores, archiveros judiciales y otros auxiliares de la administración de justicia, si se estimare del caso.
- b) Que dicha oficina sea la encargada de confeccionar las ternas para la designación de dichos funcionarios con arreglo al mérito de la hoja de vida funcionaria de cada uno y que por ende tenga a su cargo su calificación para que ésta se haga con arreglo a un criterio uniforme.
- c) Que mantenga la jurisprudencia de interés registral para tender a la uniformidad de los criterios de calificación de los títulos, publicitando aquélla e impartiendo a los Conservadores las correspondientes instrucciones y normas de procedimiento.

Con la creación de dicha Oficina se consigue:

²³ Fundación Fúeyo, ob. cit., pp. 417-418.

- a) Mantener el sistema registral y notarial en el ámbito del Poder Judicial.
- b) Contar con un organismo que ejerza las facultades directiva, correccional y económica de acuerdo a la ley y a las normas que le imparta la Corte Suprema, y

c) Que, sin perjuicio de las facultades que en tal sentido confiere la ley a los tribunales, sea esta oficina la encargada de las funciones que según el proyecto propuesto por el profesor Domingo Hernández serían las de la Superintendencia cuya creación se propone, con lo cual se liberaría a las Cortes de Apelaciones de sus funciones en lo que a los Conservadores, Notarios y Archiveros Judiciales se refiere, manteniendo, como se ha dicho, a estos auxiliares de la administración de justicia dentro del ámbito del Poder Judicial y sujetos a la función de los tribunales superiores de justicia a través de esta oficina.²⁴

Cualquiera sea la opción que se elija para la fiscalización de los Conservadores (Superintendencia, Dirección, Oficina, etc.) el organismo respectivo debe estar revestido de la facultad de dictar normas generales de carácter obligatorio para lograr la uniformidad de criterios en la calificación de los títulos.

Como acertadamente señala el profesor Hernández: "La organización descentralizada de las oficinas del Conservador de Bienes Raíces, y su plena autonomía respecto del Poder Ejecutivo, han representado un impedimento entre nosotros para el desarrollo de una jurisprudencia especializada y uniforme en orden a la calificación de legalidad de los títulos, puesto que la parte perjudicada con la negativa del Conservador debe ocurrir ante el juez de primera instancia de la comuna o agrupación de comunas en que el Conservador ejerce sus funciones, quien resuelve "sin más trámite" lo que corresponda, previo informe del Conservador. La posibilidad de recurrir en vía administrativa ante una instancia de carácter especializado, permitiría al afectado resolver tales situaciones en un tiempo considerablemente menor, y con evidentes ventajas desde el punto de vista técnico, abriendo camino al desarrollo de una jurisprudencia administrativa unitaria, que a no dudarlo disminuiría el trabajo de la jurisdicción civil hoy competente en la materia. Tal vía de reclamación no obstaría, por cierto, a la opción de recurrir ante la jurisdicción judicial, contra lo resuelto por el órgano administrativo de control de los Conservadores..."²⁵

Este problema ya lo destacaban en 1975 los profesores Álvarez y Peñaillilo, que sostenían "recomendable ir a la creación, aprovechando el Proyecto, de una Oficina Central de Registro Conservatorio de Bienes Raíces, quizás depen-

²⁴ Cfr. Fundación Fúeyo, ob. cit., pp. 381-382.

²⁵ Fundación Fúeyo, ob. cit., p. 180.

diente del Poder Judicial o del Consejo de Defensa del Estado, que uniforme los criterios de aplicación práctica del sistema registral y se preocupe de su perfeccionamiento".²⁶

En igual sentido el Informe de la Cámara Chilena de la Construcción señala algunos casos serios de disparidad de criterios: "...en cuanto al DFL 2, de 1959, algunos Conservadores han determinado unilateralmente que la norma de rebaja que establece este DFL 2 está **derogada** y no la aplican. Otros sostienen que está derogada, pero cuando se les consulta por ella, hacen un descuento del 25%, en vez del 50% establecido por ley. Algunos la aplican sin necesidad de mencionarla, por cuanto del estudio que realizan los Conservadores de los títulos se desprende exactamente cuándo hay o no que aplicarlo. Otros lo aplican sólo a solicitud de parte". El mismo Informe agrega "Se ha constatado una disparidad de criterios para calificar los títulos translativos o declarativos de dominio entre los diversos Conservadores. Así lo han reconocido incluso los mismos Conservadores entrevistados en el transcurso del estudio. El sistema actual permite a los Conservadores discrepar en cuanto a los requisitos legales y formas de proceder, lo que se traduce en una situación relativamente caótica donde no existe seguridad efectiva de que un negocio podrá realizarse en cierto tiempo, sin que se produzcan objeciones de parte de los Conservadores en el proceso de inscripción. Aun más, algunos Conservadores tienen disparidad de criterios incluso dentro de su mismo oficio, puesto que sus funcionarios responsables pueden sustentar distintas teorías en casos determinados, lo que produce aun mayor inseguridad en los usuarios, y aumenta los plazos de las gestiones en la eventualidad de reparos por parte del Conservador, que sólo pueden solucionarse con la intervención de un Tribunal de Justicia, de acuerdo con el Reglamento que rige el desempeño de los Conservadores".²⁷

Además de la necesaria uniformidad de criterios que podría lograrse a través de la creación de una Superintendencia especializada u otro organismo similar, también justificaría la creación de este organismo supervisor el alto número que hoy hay de Notarios y Conservadores.

Conservadores	21
Notarios	208
Notarios-Conservadores	108
Conservadores-Archiveros	37
Notarios-Archiveros	3
Total	377

²⁶ Vid ALVAREZ NUÑEZ, Carlos, y PENALILLLO ARÉVALO, Daniel: Informe sobre Proyecto de Modificaciones al Registro Conservatorio de Bienes Raíces (elaborado por don Carlos Lareñas Munita, Notario y Conservador de Talcahuano), Revista de Derecho Universidad de Concepción, N° 163 (1975), p. 146.
²⁷ Cámara Chilena de la Construcción, *Estudio sobre modernización de los Conservadores de Bienes Raíces*, Santiago, 2003, p. 67.

3.2 Responsabilidad de los Conservadores²⁸

Los autores concuerdan en que la responsabilidad de los Conservadores es de carácter extracontractual. No obstante, para despejar dudas y problemas sería conveniente explicitarlo así en la nueva ley.

Dice el profesor Hernández: "La responsabilidad civil se rige por las normas generales que al respecto prescribe el Código Civil en su Título XXXV, que trata de las obligaciones que tienen su fuente en los delitos y cuasidelitos civiles (artículos 2314 y siguientes).

El principio general aplicable es el enunciado en el artículo 2314, según el cual "el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización...".

Las hipótesis más corrientes de responsabilidad son las derivadas del hecho de terceros (artículos 2320 inciso 5° y 2322), por los cuales debe responder el Conservador, esto es, sus funcionarios.

Tratándose de responsabilidad de tipo personal, no es aplicable en este ámbito la normativa sobre responsabilidad del Estado, desarrollada especialmente en los artículos 4° y 44 de la L.O.C. N° 18.575, de 1986, sobre Bases Generales de la Administración del Estado, puesto que los conservadores no forman parte de la Administración Pública. Lo anterior significa que los eventos de "falta de servicio", que se producen cuando el servicio registral funciona mal o en forma imperfecta o tardía, causando daños a los usuarios o a terceros, así como los casos en que los perjuicios tienen su origen en el funcionamiento normal o ilícito del mismo servicio, no son indemnizables, salvo si se acreditare dolo o culpa del Conservador o de algunos de sus funcionarios, de acuerdo con las reglas que gobiernan la responsabilidad en el Código Civil, que reconocen siempre un fundamento culposo".²⁹

Por su parte el profesor Abeliuk expresa: "la responsabilidad de los notarios, conservadores de bienes raíces y otros funcionarios públicos que requieren título profesional y cobran derechos a quienes requieren sus servicios, es extracontractual; la forma especial de remuneración no quita la calidad de función pública a sus servicios, y no basta para darles categorías contractual".³⁰

²⁸ Vid MOHOR ALBORNOZ, Elias, "La responsabilidad de Notarios y Conservadores", en *Rev. de la Asociación de Notarios y Conservadores de Chile* N° 9, Santiago, 2000, pp. 9 y ss.; ROJAS GARCÍA, Edmundo, "La responsabilidad del conservador", en *Revista del Notariado*, N° 2, Santiago, 1988, y N° 3, 1989-90-91, pp. 159 y ss.

²⁹ Fundación Fuego, *ob. cit.*, p. 288.
³⁰ ABELIUK MANNASEVICH, René, *Las Obligaciones*, T. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 4° ed., 2003, p. 827.

En el mismo sentido el profesor Peñaillo: “Qué ocurre si el certificado resulta erróneo (por ej., dice que el predio no tiene hipoteca, y en el Registro existe una). Es claro que el Registro mantiene sus efectos. Los asientos en el Registro tienen validez y eficacia con independencia de las certificaciones que respecto de ellos emita el Conservador. En tal caso, al perjudicado sólo quedaría el recurso de perseguir la responsabilidad del funcionario, intentando indemnización. Así, pues, en la práctica, estos certificados constituyen elementos indispensables para una negociación sobre inmuebles. En ellos está la formal comunicación al interesado en adquirir el dominio u otro derecho real, sobre el estado jurídico del inmueble. Y, por lo mismo, son habitualmente exigidos para el estudio de los títulos, previo al negocio (...) y en cuanto a indemnización por daños causados a particulares en el desempeño de sus funciones, deben añadirse las reglas de los arts. 2314 y sgts. del C.C.”.³¹

La jurisprudencia también ha sostenido desde muy antiguo que la responsabilidad de los Conservadores es de carácter extracontractual.³³

4. Incorporación de las tecnologías de la información³⁴

Las medidas de innovación tecnológica que pasan a sugerirse tienen como objetivo propender a la agilización y dinamización de la registración y del tráfico jurídico de inmuebles.

En un mundo intercomunicado y tecnologizado las instituciones jurídicas, y entra éstas el sistema registral, deben adecuarse.

³¹ PENAILILLO AREVALO, Daniel, *Los Bienes*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 255-256.
³² CORRAL TALCIANI, Hernán, *lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 275.

³³ Sentencias de la Corte Suprema, *R.D.J.*, t. 21, sec. 1^a, p. 501; t. 32, sec. 1^a, p. 538.

vid KOJAS GALLA, Edmund, "Proposición para la creación de un sistema registral interconectado", en *Rev. de la Asociación de Notarios y Conservadores de Chile* N° 10, Santiago, 2001, pp. 89 y ss. También en *la misma Revista*, N° 6 (1996-7) y 9 (2000), "Sistema computacional y su aplicación al Registro Conservatorio de Bienes Raíces", en *Rev. del Notariado* N° 2, Santiago, 1988, pp. 227 y ss.

4.1 Obligatoriedad de los Conservadores de hacer las inscripciones computacionalmente

Realizar las inscripciones computacionalmente es lo más adecuado a las necesidades del país, puesto que se enmarca dentro de las tendencias modernas de “país digital”. En el momento actual, y con el avance de las tecnologías de correspondientes, se está en condiciones de implementar un sistema moderno que ahorre tiempo y recursos tanto al público como a los Conservadores.

Una pregunta altamente sensible que surge es la siguiente: ¿debe estar la información contenida en los Registros al alcance de todos sin restricción de ningún tipo?

Sobre el particular hay países, como sucede actualmente con el nuestro, que garantizan el acceso a ella sin restricción alguna. Poner toda la información del Conservador a disposición de los usuarios en Internet es algo que resulta atractivo, pero claramente riesgoso. Por una parte, simultáneamente diversos usuarios in situ o a distancia sin tener que trasladarse físicamente de un lugar a otro pueden acceder a esa información; se permite un estudio de títulos previo y a distancia antes de solicitar los certificados necesarios y se logra una descongestión de las oficinas de los Conservadores. Pero, por otro lado, así se puede fácilmente acceder a información personal y privada de terceras personas.

Por ello otros países, considerando la protección de datos de carácter personal, restringen el acceso a los Registros, y así, por ejemplo, el artículo 221 de la Ley Hipotecaria española señala: “Los Registros serán públicos para quienes tengan interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos”.

La solución entonces es colocar algún tipo de filtro al acceso de esa información. Y uno muy práctico consiste en que sea necesario ingresar el número de rol de avalúo de la propiedad para que se pueda acceder a la información del Registro íntegramente puesta en Internet. Lo que no puede permitir la nueva normativa es que con solo ingresar el nombre o RUT de una persona un tercero tome conocimiento completo de la situación patrimonial inmueble de aquella.

4.2 Implementación de un folio real computacional

Ya se explicó latamente las ventajas del sistema de folio real sobre el folio personal, por lo que nos remitimos a lo dicho.

Sólo agreguemos que la existencia de un Registro de Propiedad, otro de Hipotecas y Gravámenes y otro de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar en que deben practicarse las inscripciones respectivas según su naturaleza, aun cuando digan relación con un mismo inmueble, dificulta y hace más lento el proceso de inscripción y de acceso a la información registral, ya que la información completa requiere la consulta de tres Registros.

En cada una de las inscripciones relativas a un mismo inmueble que se practican en los diversos Registros, debe consignarse información que se triplica causando así demora en la registración y más tiempo para su consulta.

Para evitar esta inútil repetición de información, proponemos consignar todos los antecedentes del inmueble en sí mismo en una sección denominada "Descripción del Inmueble", reservando otras tres secciones para lo que hasta ahora se consignaba en los referidos tres Registros, eso sí con la diferencia que todas las secciones están en un solo archivo computacional y no dispersas en tres Registros como sucede actualmente. Mejorará la publicidad al constar en un solo documento electrónico toda la información registral concerniente a cada inmueble.

Vigente la nueva ley, a medida que se vayan transfiriendo las propiedades o se vayan practicando otras actuaciones registrales se irá confeccionando el folio real computacional para cada inmueble, y así se incorporarán las actuales inscripciones al nuevo sistema.

4.3 Obligatoriedad de los notarios de enviar electrónicamente las escrituras a los Conservadores

Las escrituras en las que se transferían inmuebles o se constituían otros derechos reales sobre ellos, serán enviadas electrónicamente por el notario al Conservador. Esto permitirá acortar las "ventanas de tiempo" entre la suscripción de las escrituras en las Notarías y su inscripción en el Conservador de Bienes Raíces. Sabido es que muchas veces los usuarios por desconocimiento o falta de recursos, una vez firmadas las escrituras no las llevan al Conservador, viéndose así afectada la seguridad jurídica que constituye el objetivo último del Derecho Registral Inmobiliario.

Mientras menor sea el tiempo entre la suscripción de la escritura y la inscripción, más se favorece y facilita el tráfico jurídico, las vías de acceso al crédito y la expedición del obrar jurídico.

Obligar a los notarios a pedir inmediatamente la inscripción ayudará a contrarrestar la demora en la práctica de las inscripciones, amén de otras dificultades, como la congestión permanente de las dependencias de los Conservadores,

que dificulta el acceso de los usuarios a los registros y la expedición de los trámites. Decimos que ayudaría a contrarrestar la demora en la práctica de las inscripciones ya que, como se sabe, nuestro sistema registral es de "inscripciones" y no de "transcripciones". Las primeras son extractos o resúmenes de los títulos exhibidos. Las segundas consisten en copias íntegras de dichos títulos.³⁵ Los Conservadores al tener digitalmente las escrituras que deben inscribir verían simplificar enormemente su labor, agilizándose de paso la registración, pues hoy algunos conservadores van extrayendo manualmente la información de las escrituras o proceden a escanearla para luego dejar sólo los antecedentes que se requieren para la inscripción.

Por último se evita la intermediación del abogado que lleva las escrituras al Conservador.

5. Otras reformas

5.1 Inscripción obligatoria de las servidumbres³⁶

Se propone igualar el derecho de servidumbre al resto de los derechos reales en cuanto a su tradición.

Como se sabe, don Andrés Bello no exigió la inscripción de dicho derecho real entre los títulos que deben inscribirse en el Conservador "por no haber parecido de bastante importancia". Si bien ello era cierto a mediados del siglo XIX, cuando se dicta nuestro Código Civil, la vida moderna ha hecho de las servidumbres de todo tipo (tránsito, postación eléctrica, luz, vista, escurrimiento de aguas, etc.) un derecho de primera importancia, por lo que se justifica que ellas se inscriban, dándoseles la publicidad al igual que al resto de los derechos reales.

Actualmente la tradición de las servidumbres, al amparo de lo dispuesto en el artículo 698 del Código Civil, se efectúa por escritura pública y, la mayoría de las veces, en la misma escritura del acto o contrato.

Se propone efectuar su tradición mediante inscripción, haciendo obligatoria la inscripción del derecho real de servidumbre, debiendo hacerse constar la inscripción tanto en el folio del predio sirviente como en el del predio dominante. Es necesario modificar el artículo 52 del Reglamento e incluir a las

³⁵ Véase por todos PÉNALILLO ARÉVALO, Daniel, *Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 246.

³⁶ Véase FLORENCE KAUER, Cristián, "Tradición del derecho real de servidumbre: propuesta de modificación legal", en *Temas de Derecho, Universidad Gabriela Mistral*, Año 18 Nos. 1 y 2 (2003), pp. 59-61, 227 y ss.

servidumbres entre los títulos que deben inscribirse. Consecuencialmente hay que derogar el artículo 698 citado y modificar el artículo 686, agregando el derecho de servidumbre.

5.2 Facultades de los Conservadores en el examen de legalidad de los títulos³⁷

Como se indicó al inicio de este trabajo, uno de los mayores defectos de nuestro sistema registral es su escasa "legalidad".³⁸

El capítulo de la legalidad registral es fundamental y complejo. Está en íntima relación con muchas normas sustantivas, dispuestas principalmente en el Código Civil. Por otra parte se vincula también a la confrontación de la descripción de los predios en el título, con sus características en la realidad. Pues bien, como las reformas propuestas sólo innovan en la estructura estricta del Registro, no se puede introducir una reforma profunda a las atribuciones de control sustantivo del funcionario. En este punto optamos por clarificar la categoría de atribuciones de que dispone. Prescindiendo de la casuística, se trata de que el funcionario tenga atribuciones de control registral (formal); pero se mantiene una atribución de control sustantivo, consignado desde su origen en el Reglamento y que al parecer ha funcionado apropiadamente: aquella según la cual el funcionario ha de rechazar el título si en él es visible un vicio o defecto que lo anule absolutamente.

Los Conservadores en este examen de legalidad no pueden transformarse en jueces, pero tampoco en simples "buzones" de los títulos cuyas inscripciones les requieran. De ahí que la reforma que proponemos precise hasta dónde llegan exactamente sus facultades.

5.3 Derecho preferente que otorga la anotación presuntiva en el Repertorio³⁹

El artículo 17 del Reglamento del Conservador dispone que la anotación del título en el Repertorio caducará a los dos meses si no se convierte en inscripción.

³⁷ Vid VILLALOBOS NAVARRO, Mario, "Los límites de la jurisdicción del conservador de bienes raíces y el artículo 13 del Reglamento de 1857", en *Revista de la Asociación de Notarios y Conservadores de Chile*, N° 4, Santiago, 1994, pp. 29 y ss.; VARRAS ESPINO, Miguel, "La jurisdicción registral de los conservadores de bienes raíces en Chile", en *Gaceta Jurídica*, N° 103 (1989), pp. 3-10; FUENTES VENEGAS, César, "Función calificadora del Conservador y desahato", en *Rev. de la Asociación de Notarios y Conservadores de Chile* N° 10, Santiago, 2001 pp. 77 y ss.

³⁸ Vid Nota 3.

³⁹ Vid SEPULVEDA LARROUCAU, Marco Antonio, "Inscripción conservatoria de una prohibición judicial posterior a la anotación presuntiva de un título: ¿es impedimento para que el título anotado

La jurisprudencia ha interpretado de manera disímil el alcance de esta norma, que establece lo que en doctrina es llamado principio de prioridad.

Originalmente, la Corte Suprema postuló que la anotación presuntiva en el Repertorio no confiere un derecho preferente en tanto no se convierta en inscripción, de modo que nada obstaría a que en el intervalo entre la anotación del título en el Repertorio y su posterior inscripción, haya podido válidamente inscribirse un embargo o medida precautoria de prohibición de celebrar actos o contratos con respecto a la misma propiedad, situación que impediría que la anotación pudiera convertirse en inscripción, con arreglo al artículo 1464 N° 3 del Código Civil.⁴⁰

En el último tiempo parece haberse consolidado, sin embargo, una nueva doctrina jurisprudencial, según la cual quien obtiene la anotación preventiva de su título en el Repertorio, adquiere un derecho preferencial a inscribir frente a toda inscripción que se solicite antes de vencer el plazo de caducidad de la anotación preventiva. Subsanada la causa que impedía la inscripción, el título debe pues inscribirse, y la inscripción producirá todos sus efectos desde la fecha de la anotación en el Repertorio. De este modo, la anotación en el Repertorio o la inscripción de un embargo o una prohibición judicial después de la anotación del título, no impiden su posterior inscripción, cuya anotación presuntiva anterior determina que el embargo o la prohibición habrían recaído sobre un inmueble ya enajenado.⁴¹

Como dice el profesor Domingo Hernández "Esta segunda inteligencia es la mejor que se conforma con la esencia del principio de prioridad registral, y –contrariamente a lo que opinan sus detractores– no priva a los terceros eventualmente afectados por una inscripción, de ejercer las acciones que nuestro ordenamiento jurídico franquea para el resguardo de sus legítimos intereses, ni desconoce valor a resoluciones judiciales que no alcanzaron a producir sus efectos, por ser posteriores a la anotación presuntiva ya verificada en el Registro".⁴²

presuntivamente se inscriba dentro del plazo legal?", en *Revista de Derecho, Universidad Central*, Año VII (enero-diciembre 2001), pp. 153-157; VALENZUELA, Humberto, *La anotación en el Repertorio*, Imp. América, Santiago, 1941.

⁴⁰ En este sentido se pronuncian las siguientes sentencias: R.D.J., t. 17, sec. 1°, p. 100; t. 45, sec. 1°, p. 392; F.M., N° 392, p. 282; N° 322, p. 579. Adhiere a esta interpretación Ríoseco Enríquez, para quien ella "aparte de cauterizar los derechos de terceros, se ajusta al alcance del artículo 17 del Reglamento, que atribuye preferencia retroactiva en sus efectos a la inscripción una vez efectuada, pero no antes" (RIOSECO ENRÍQUEZ, Emilio, *La Posesión Inscribita ante la Jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 21).

⁴¹ Así R.D.J., t. 88, sec. 1°, p. 46, y t. 91, sec. 1°, p. 30.

⁴² Fundación Fueyo, *ob. cit.*, pp. 297-298.

En el mismo sentido opina Edmundo Rojas: "De este modo se daría a la anotación del título en el Repertorio la fuerza necesaria, se acogería la última jurisprudencia en esta materia que apunta a privilegiar la prioridad registral y se evitaría que se produzcan conflictos que pudieren necesariamente dar origen a litigios".⁴³

Para zanjar esta discusión —con enorme trascendencia práctica— se sugiere modificar el artículo 17 que se comenta, explicitando el derecho preferente que emana de la anotación presuntiva.

5.4 Inscripción de la cesión del derecho real de herencia cuando ésta incluya inmuebles⁴⁴

Según algunos autores (José Ramón Gutiérrez), fundados principalmente en el artículo 580 del Código Civil, el derecho de herencia es clasificable como mueble o inmueble, según los bienes que la integran. Otros (Leopoldo Urrutia), fundados en que la herencia es una universalidad jurídica, distinta de los bienes específicos que la integran, estiman que ella escapa a la clasificación de bienes en muebles o inmuebles. Según cual postura se adopte, se requerirá o no inscripción en el Conservador de Bienes Raíces para hacer su tradición.

Independiente de esta discusión, la falta de inscripción de la cesión del derecho de herencia cuando ésta incluya inmuebles, puede ocasionar inconvenientes en el orden del registro respecto de los bienes raíces incluidos en la herencia y sorpresas a los terceros. Por ello proponemos incluir el derecho real de herencia, existiendo inmuebles, entre los títulos que deben inscribirse.

5.5 Aranceles de los Conservadores

Una posible reforma sería que cada cinco años, mediante decreto del Ministerio de Justicia, se establezcan los derechos que pueden cobrar los Conservadores, previa consulta a la Asociación de Notarios y Conservadores. Este mecanismo es en alguna manera similar al que se usa hoy para la fijación de tarifas por parte de la autoridad en sectores regulados, como luz, telefonía, etc., en que cada cierto período la autoridad discute con las empresas del sector las tarifas que regirán para el período siguiente.

La participación de los Conservadores en este proceso ayudaría a que se respeten efectivamente los aranceles que se establezcan, ptes es sabido que actualmente la existencia del arancel —fijado unilateralmente por la autoridad— muchas veces no se respeta.

⁴³ Ídem, p. 378.

⁴⁴ Vid SOZA RIED, María de los Ángeles, "La cesión del 'derecho real de herencia' y de una cuota hereditaria", en *Rev. de Derecho, Univ. Austral de Chile*, vol. XVII, Valdivia, 2004, pp. 91 y ss.

El arancel de los Conservadores está fijado en el Decreto Exento N° 588 del Ministerio de Justicia, de 27 de noviembre de 1998 (Diario Oficial 3 de diciembre de 1998). Respecto del ítem principal los Conservadores de Santiago, Valparaíso, Viña del Mar y San Miguel están autorizados a cobrar hasta un 0,002% (dos por mil) calculado sobre el monto del acto o contrato a que se refiere la inscripción, hasta \$128.000.000, que es el límite sobre el cual se aplica dicho porcentaje. Así quien compra un inmueble en \$50.000.000 debe pagar al Conservador por concepto de arancel la suma de \$100.000. Estos aranceles en la práctica se respetan por el Conservador de Santiago.

En los demás Conservadores, el porcentaje anterior se puede aumentar en un 50%, no pudiendo calcularse sobre montos superiores a \$128.000.000.

Los aranceles de los notarios están fijados por el Decreto Exento N° 587 de igual fecha. Entre otros aranceles, estos funcionarios pueden cobrar un 0,001% (uno por mil) calculado sobre el monto del acto o contrato fijándose en \$128.000.000 el límite de aplicación del referido porcentaje; por el otorgamiento de escrituras de promesa de compraventa debieran cobrar \$2.500; testamento abierto \$7.500; y testamento cerrado, \$10.000; mandatos \$2.500, etc. Valores todos que no se respetan, observándose una amplia discrecionalidad por parte de los notarios al fijar sus honorarios.

En cuanto a los aranceles de los archiveros judiciales encargados de la custodia de las escrituras públicas y expedientes judiciales están fijados en el Decreto Exento N° 590 de la misma fecha. Éste establece que se cobrará: "1) Por las copias o fotocopias que expidan o cotejen, la cantidad de \$300 por cada página o fracción de página de que conste la copia; 2) Por la certificación de las copias que expidan o cotejen, la cantidad de \$650..." con un recargo del 50% en Santiago. Es decir, máximo debiera cobrarse \$1.425 por carilla certificada. Sin embargo, actualmente se cobra \$3.000 por carilla más \$1.000 por la firma del archivero.

5.6 Bienes familiares

El actual artículo 141, inciso 3°, del Código Civil señala que "la sola presentación de la demanda" transformará provisionariamente en familiar el bien de que se trate. Esta regla ha sido criticada porque rompe el principio procesal básico de la bilateralidad de la audiencia y, además, porque ha significado en la práctica un considerable obstáculo para la celebración de contratos de compraventa, incluso cuando los cónyuges se encuentran separados de bienes. En efecto, ya que la norma exige la sola presentación de la demanda, hecho que es desconocido por los terceros, se ha transformado una práctica habitual exigir que en la escritura, además del vendedor, concurre el cónyuge no propietario

declarando que no ha solicitado la declaración de bien familiar del inmueble. Se busca así evitar una futura demanda de nulidad del contrato.

Se propone subsanar esta situación disponiendo que el bien tendrá provisoriamente el carácter de familiar sólo si así lo decreta el juez y se inscriba tal circunstancia en la sección Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar del folio del respectivo inmueble. Creemos que es en esta sección donde corresponde practicar tal inscripción, pues la declaración de bien familiar es una limitación al libre ejercicio del derecho de enajenar (coincidente con el actual artículo 53 N° 3 del Reglamento).

5.7 Nombramiento de los Conservadores

Atendido que al actual sistema de designación de los Conservadores (tema elaborada por la Corte de Apelaciones respectiva y nombramiento por el Presidente de la República) no ha funcionado, por factores muy diversos, todo lo bien que se requiere (lobby para integrar las ternas, consideraciones políticas en los nombramientos, etc.); para aliviar la carga de trabajo de las Cortes y por no desempeñar los Conservadores una función propiamente jurisdiccional proponemos entregar el nombramiento de estos funcionarios, previo concurso abierto y público de antecedentes, a una comisión del más alto nivel integrada por un Ministro de la Corte Suprema, el Superintendente o Director del Registro Inmobiliario y del Notariado y un Decano en ejercicio de las Facultades de Derecho del Consejo de Rectores. El candidato elegido deberá ser ratificado por el Presidente de la República.

Al ser un concurso abierto en que cualquier abogado o conservador, cumpliendo determinados requisitos, puede presentarse a él se eliminan los escalafones que actualmente contempla el Código Orgánico de Tribunales. La experiencia demuestra que hoy la "carrera" de estos funcionarios está basada más en la antigüedad en el cargo –que les permite ir acercándose a ciudades más grandes– que en el mérito y capacidad que hayan demostrado en el ejercicio de sus labores. Aquí cabe recordar que incluso nuestro más alto tribunal, la Corte Suprema, está integrada por abogados externos a la carrera judicial y no se divisa motivo alguno para no replicar tal esquema en el nombramiento de los Conservadores.

Por otra parte al exigirse un concurso público de oposición de antecedentes se transparenta bastante más el nombramiento.

En definitiva se consigue con estas reformas que se nombre a una determinada persona porque realmente es la más competente y un especialista en temas registrales.

Algunas consideraciones en torno a la preferencia del explorador de aguas subterráneas en Chile

Camila Boettiger Philipps

Abogada, Licenciada en Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile
Profesora de Derecho Ambiental y
Recursos Naturales e Investigadora
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Introducción

Como es sabido, el año 2005 el Código de Aguas sufrió importantes modificaciones introducidas por la Ley N° 20.017, fruto de una larga tramitación en el Congreso. Recientemente, además, se dictó por la Dirección General de Aguas (DGA) una nueva resolución que regula la exploración y explotación de aguas subterráneas en Chile. En esta instancia nos parece oportuno revisar la importante modificación que introdujo la citada ley al régimen de exploración de aguas subterráneas: la obtención competitiva, mediante remate, de permisos sobre áreas superpuestas entre dos o más solicitudes de permisos de exploración, y las consecuencias jurídicas de la forma de obtención del permiso.

Nuestro objetivo será analizar la preferencia que actualmente otorga el permiso de exploración de aguas subterráneas a su titular para la constitución de derechos de aprovechamiento sobre las aguas alumbradas, y su importancia ante las posibles situaciones que pueden darse con otros solicitantes. Veremos, después de revisar el anterior y actual régimen de exploración de aguas subterráneas y la forma en que supuestamente deben operar hoy las preferencias, que en esta materia la ley hace distinciones que no tienen razones de fondo y que además pueden llevar a situaciones absurdas y que no se encuentran reguladas en el procedimiento.

1. Marco general de exploración de aguas subterráneas en Chile

De acuerdo al artículo 2° del Código de Aguas, las aguas terrestres se clasifican en superficiales y subterráneas. Las primeras son "*aquellas que se encuentran naturalmente a la vista del hombre y pueden ser corrientes o detenidas*", mien-