



LA FORMALIZACIÓN HIPOTECARIA ESTANDARIZADA

Por Rodrigo Galaz Artigas

Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho
Profesor guía: Ricardo Saavedra Alvarado

Julio 2020

ÍNDICE

| | |
|--|----|
| PRÓLOGO | 1 |
| INTRODUCCIÓN | |
| 1.- Preámbulo | 2 |
| 2.- Metodología de la estandarización | 4 |
| 2.1.- Justificación económica de la estandarización jurídica | 5 |
| 3.- Régimen de externalización..... | 7 |
| 4.- Objetivo y plan..... | 10 |
| CAPÍTULO I: DESCRIPCIÓN DE LAS ETAPAS FUNDAMENTALES DEL PROCESO HIPOTECARIO | |
| 1.- Análisis comercial | 11 |
| 2.- Estudio de títulos de dominio..... | 12 |
| 2.1.- Riesgos imponderables | 14 |
| 2.1.1.- Herederos omitidos en la resolución que concede la posesión efectiva | 14 |
| 2.1.2.- Veracidad de estados civiles y nacionalidades..... | 15 |
| 2.1.3.- Autenticidad e integridad de documentos | 16 |
| 2.1.4.- Cadenas posesorias paralelas..... | 16 |
| 2.1.5.- Simulaciones | 17 |
| 3.- Escrituración..... | 18 |
| 4.- Tramitación operativa de posfirma | 20 |
| 4.1.- Alzamiento / Tramitación de cartas de resguardo | 20 |
| 4.2.- Inscripción en el Conservador de Bienes Raíces | 21 |
| 4.3.- Post CBR: Revisión de inscripciones y certificados, confección de finiquito o informe final, empaquetamiento | 23 |
| 5.- Uso de herramientas digitales | 23 |
| 5.1.- Conceptos básicos sobre <i>Workflow</i> | 23 |
| 5.2.- Aplicación de la tecnología de Firma Electrónica Avanzada. | 24 |
| 5.3.- <i>Workflow</i> hipotecario, nota crítica | 25 |
| 5.4.- Ventajas en el uso de herramientas digitales | 26 |
| 5.4.1.- Orden | 26 |

| | |
|--|----|
| 5.4.2.- Eficiencia..... | 26 |
| 5.4.3.- Seguimiento..... | 27 |
| 5.4.4.- Control | 27 |
| 5.4.5.- Acceso a la información | 27 |
| 5.5.- Comentarios finales sobre herramientas digitales | 28 |

CAPITULO II: ANÁLISIS DEL VÍNCULO OBLIGACIONAL ENTRE PRESTADOR Y MANDANTE, EXIGIBILIDAD DE RESULTADOS

| | |
|---|----|
| 1.- Nota previa..... | 29 |
| 2.- Sobre el estatuto jurídico de los contratos de servicios en general..... | 30 |
| 3.- Aplicabilidad de las normas del mandato a la formalización hipotecaria | 31 |
| 3.1.- Protección de datos personales, obligación de constituir un mandato..... | 32 |
| 3.2.- Consecuencias relevantes de la aplicación de las reglas del mandato al servicio de formalización hipotecaria..... | 33 |
| 3.2.1.- La empresa formalizadora tiene derecho a remuneración, aunque nada se diga en el contrato respectivo. | 33 |
| 3.2.2.- La empresa formalizadora responde hasta de la culpa leve..... | 33 |
| 3.2.3.- Delegación | 33 |
| 3.2.4.- Provisión de lo necesario para cumplir el mandato..... | 34 |
| 3.2.5.- Revocación como modo de extinguir..... | 35 |
| 3.2.5.1.- Irrevocabilidad..... | 37 |
| 3.2.6.- Improcedencia de la acción resolutoria | 38 |
| 4.- Incumplimiento y responsabilidad..... | 40 |
| 4.1.- La indemnización como alternativa autónoma | 41 |
| 4.2.- Responsabilidad contractual por el hecho de un tercero..... | 42 |
| 5.- Obligaciones de medio y de resultado | 43 |
| 5.1.- Definiciones | 43 |
| 5.2.- Importancia de la distinción..... | 44 |
| 5.3.- Incumplimiento y responsabilidad en obligaciones de resultado | 44 |
| 5.4.- Incumplimiento y responsabilidad en obligaciones de medios..... | 47 |
| 6.- La estandarización como método para asegurar resultados | 47 |
| 6.1.- Exclusiones..... | 47 |
| 6.1.2.- Compromiso expreso de resultados..... | 48 |
| 6.2.- Sobre el denominado “Acuerdo de Nivel del Servicio” (ANS)..... | 49 |

| | |
|---|----|
| 6.3.- El ANS hipotecario | 50 |
| 6.4.- Principio de la autonomía de la voluntad como principal dificultad | 51 |
| 7.- Elección y aplicación del régimen de responsabilidad..... | 52 |
| 7.1.- La asesoría y gestión sobre cada operación individualmente considerada..... | 53 |
| 7.2.- El servicio considerado a nivel macro..... | 53 |
| 7.3.- Naturaleza mixta de la obligación | 53 |
| 7.4.- Incumplimiento de operación individualmente considerada | 54 |
| 7.4.1.- Sobre los criterios predefinidos enviados por el mandante | 55 |
| 7.4.2.- Obligaciones de hacer y no hacer | 55 |
| 7.4.3.- Opciones de la institución mandante frente al incumplimiento del outsourcer . | 55 |
| 7.5.- Incumplimiento macro, del ANS..... | 57 |
| 7.5.1.- Opciones para hacer efectiva la responsabilidad por incumplimiento del ANS. | 57 |
| 7.6.- La cláusula penal como solución | 59 |
| | |
| CONCLUSIONES GENERALES | 62 |
| | |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 63 |

RESUMEN

En el presente trabajo estudiamos la realidad moderna del otorgamiento del servicio de formalización hipotecaria, que hoy se desarrolla por empresas que utilizan métodos tomados de la ingeniería industrial. En particular, analizamos el vínculo jurídico que une a la institución mandante (que requiere del servicio) con la empresa formalizadora con el fin de dilucidar la naturaleza de las obligaciones generadas en ella y el régimen de responsabilidad aplicable en caso de incumplimiento. Para ello, nos centramos en la utilización del método de estandarización junto con el uso de herramientas digitales en el otorgamiento de dicho servicio. Se concluye que el único remedio posible a ejercitar por el mandante en cuanto acreedor es la indemnización de perjuicios, y que, aunque se pacte expresamente un régimen de responsabilidad objetiva, la empresa formalizadora podrá siempre oponer que ha actuado diligentemente para enervar la acción de su mandante.

Palabras clave: formalización hipotecaria, estandarización jurídica, herramientas digitales, responsabilidad civil, obligaciones de medio y de resultado.

ABSTRACT

In this paper we study the modern reality of the granting of the mortgage formalization service, which today is developed by companies that use methods taken from industrial engineering. In particular, we analyze the legal link that unites the mandating institution (which requires the service) with the formalizing company in order to elucidate the nature of the obligations generated in it and the applicable liability regime in case of breach. For this, we focus on the use of the standardization method together with the use of digital tools in the provision of said service. It is concluded that the only possible remedy to be exercised by the mandating institution as creditor is compensation for damages, and that even if a strict liability regime is expressly agreed, the formalizing company may always claim that it has acted diligently to defend against action of his client.

Key words: mortgage formalization, legal standardization, digital tools, civil liability, means and result kinds of obligations.

PRÓLOGO

No en vano el profesor Eduardo J. Couture nos advertía en el primero de sus célebres “Mandamientos del Abogado”: “ESTUDIA. El derecho se transforma constantemente. Si no sigues sus pasos, serás cada día un poco menos abogado” (1949). ¡Y cuánta vigencia tiene hoy ese mandamiento! En las últimas décadas nuestro ordenamiento jurídico ha sufrido cambios sustanciales, incluso a nivel de sus principios. Pero no sólo las normas positivas han cambiado, sino que también lo ha hecho radicalmente la forma en que se ejerce nuestra profesión. La intromisión de las tecnologías de la información con su veloz desarrollo y evolución ha significado un gran desafío de adaptabilidad para el profesional del derecho, sumado ello a la incorporación de áreas del saber ajenas a nuestro ámbito, pero proponentes de nuevas e interesantes ideas de negocios y formatos en que se presta la asesoría legal.

Así las cosas, ¿cómo podemos “seguirle los pasos” al Derecho en el aludido sentido, si no existen fuentes a las que acudir para su estudio? El presente trabajo pretende ser un aporte en esa dirección. Es nuestro sentir que el ámbito académico debe comenzar a evitar mirar al Derecho como una disciplina aislada y a considerar el abrirse a la recepción de ideas provenientes de otros ámbitos técnicos que pueden resultar de gran utilidad para la modernización de criterios y eficiencia en la labor cotidiana de los abogados. Por lo demás, estimamos que a esta altura es inútil resistirse y aferrarse a la tradición. La digitalización y la apertura de criterios técnicos son claramente el futuro para todos.

INTRODUCCIÓN

1.- Preámbulo

El servicio de formalización hipotecaria es una actividad eminentemente profesional, que se presta primordialmente a instituciones financieras que otorgan préstamos de dinero a sus clientes en base a garantías hipotecarias. Comprende, fundamentalmente para el abogado, la confección de informes de títulos de dominio y posteriormente del contrato hipotecario definitivo. Tradicionalmente, estas tareas han sido encargadas por las sucursales de dichas instituciones a despachos de abogados locales, quienes les atienden en base a régimen remuneratorio de honorarios. Sin embargo, en el último tiempo han surgido iniciativas empresariales destinadas a prestar este servicio de una forma industrializada. Para comprender este fenómeno es preciso primero recapitular brevemente la historia de la influencia que ha tenido el uso de las tecnologías digitales en nuestra profesión, así como algunas nociones breves pero fundamentales sobre industrialización.

Es poco lo que se ha comentado en nuestro medio, más allá de algunos artículos en revistas, sobre el impacto que han generado las nuevas tecnologías de la información en el ejercicio de la abogacía. Mayoritariamente, cuando se habla de las relaciones entre derecho y tecnología, se hace desde el punto de vista de la reglamentación que la normativa jurídica hace o debería hacer respecto del uso de estas tecnologías, pero poco o nada se dice de cómo las herramientas digitales actuales pueden ayudar a hacer más eficiente la labor de los abogados, en sus muchos ámbitos. Pensamos que la reflexión que debe hacerse a este respecto ha de ser más profunda y minuciosa, por cuanto ha transformado de manera sustancial y permanente (y lo sigue haciendo) la manera en que ejercemos nuestra profesión. Tratándose de una carrera académica que se enorgullece de ser una entre las cuatro más antiguas de la historia de la humanidad¹ y tremendamente arraigada en métodos tradicionales, no sorprende que amplios sectores de profesionales se resistan a incorporar estas nuevas herramientas, al percibirlas tal vez como una amenaza para la dignidad de la profesión. Con todo, en el actual panorama ha llegado a ser innegable que “la transformación digital es, para los despachos de abogados, una

¹ Siendo Medicina, Filosofía y Teología las otras tres (Chuaqui, 2002: pp. 583-585)

necesidad y al mismo tiempo un reto. Hoy, esta concepción de la abogacía como una profesión tradicional ha quedado atrás, pues el cliente es cada vez más exigente y requiere un servicio de alta calidad y elementos diferenciadores como la eficiencia, la rapidez en la respuesta o la reducción de costes” (Úbeda, 2020).

Ciertos temores que surgen a este respecto están hoy parcialmente justificados, por cuanto muchas de las tareas habitualmente realizadas en base al intelecto y razonamiento lógico de un abogado humano, pueden realizarse hoy mediante el uso de robots. Así, por ejemplo, la revisión de contratos hecha por programas computacionales, la asesoría automática a través de mensajería instantánea y la estructuración digital de equipos de trabajo en forma no presencial, son todas hoy realidades que a muchos abogados les resulta difícil enfrentar (Palmerini, 2017, p. 56). Particularmente con el advenimiento de la normativa relativa a la certificación digital de documentos (en nuestro medio, Ley 19799 sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de Dicha Firma), que transforma a ciertos instrumentos en legalmente fidedignos y simultáneamente transferibles en forma instantánea, el soporte papel como contenedor de actos jurídicos de cualquier índole adolece de severas desventajas prácticas frente a su par digital. Incluso, la búsqueda y revisión de normativa jurídica vigente y jurisprudencia relevante se han visto hoy en día enormemente facilitadas con la implementación de plataformas digitales diseñadas para tal efecto, accesibles para todos.

La ejecución de tareas legales por parte de robots ha generado un ambiente de preocupación en nuestro medio ¿Seremos eventualmente reemplazados por un programa informático? Si bien una gran cantidad de quehaceres de nuestro ámbito pueden y serán automatizadas, se ha respondido negativamente a esta interrogante por los especialistas. Así, Milan Markovic argumenta (resumidamente) que las computadoras funcionan conforme a estructuras de instrucciones predefinidas y, a lo más, en base a aproximaciones mediante cálculos de probabilidades. Las interacciones entre personas humanas, en tanto, carecen de predictibilidad y de posibilidad de categorización. Si bien, por ejemplo, mucho se ha avanzado en materias de inteligencia artificial en el uso de lenguaje humano, ello ha sido posible porque las computadoras pueden ser programadas con la lógica de un determinado idioma y poder así ejecutar esas mismas reglas generando frases inteligibles, pero sin llegar a comprender la

máquina el significado de esas frases. Así, las cuestiones fundamentales que interesan al derecho, los conflictos de intereses, la organización social, la justicia, están lejos todavía de poder ser automatizadas (2018: pp. 325 – 350).²

Con todo, importantes innovaciones tecnológicas sí han permitido ayudar a los abogados a mantener ordenada la información con que trabajan, a eliminar la necesidad de tareas repetitivas y mecánicas, y a desarrollar plataformas de trabajo en equipo no presencial, mejorando así la conectividad con sus clientes. Curiosamente, esto puede hacer más interesante el ejercicio de la profesión, pues posibilita la concentración de los esfuerzos en los temas más medulares de nuestro quehacer diario.

De hecho, estar al tanto en cuanto a herramientas digitales se está transformando en un deber ético para el apropiado desempeño de nuestra profesión. En Estados Unidos, por ejemplo, “los colegios de abogados están modificando sus códigos deontológicos e incluyendo en ellos expresamente, la obligación de conocer y manejar con soltura la tecnología necesaria para hacer bien su trabajo. En España, el abogado sigue sometido a un Estatuto General de la Abogacía, necesitado de reforma (que sigue pendiente de aprobación). Pero, aunque no haya previsión legal que obligue a los juristas a este conocimiento, no quita que moralmente deban ser capaces de utilizar las nuevas tecnológicas como fuente de ventaja competitiva” (Estébanez, 2016: p. 9).

2.- Metodología de la estandarización

Pues bien, lo que venimos comentando ha significado, en el ámbito de la asesoría jurídica, el surgimiento de nuevas formas o formatos en que se ofrecen servicios

² El mismo autor citado expone, además: “Los abogados también se diferencian de las máquinas inteligentes en otro aspecto crucial: pueden dar explicaciones. Al ofrecer asistencia legal a sus clientes, los abogados humanos pueden articular las razones de sus argumentos; y estas razones justifican las conclusiones a las que arriban. El ofrecimiento de razones reconoce la autonomía de un cliente y también asegura credibilidad y transparencia. El abogado en cuestión puede ser juzgado o evaluado en base no sólo a los resultados que obtenga, sino que también en base al razonamiento empleado para obtener ese resultado. Si el razonamiento no convence al cliente o lo estima indebido, éste puede decidir reclamar contra el abogado, cambiar de representante, o desistir de su pretensión. Las máquinas inteligentes —especialmente las más avanzadas— no ofrecen las razones de sus decisiones. Ellas son misteriosas incluso para sus creadores, porque van alterando su propia programación a medida que ‘aprenden’ más datos. Algún grado de opacidad es inevitable y probablemente bienvenido: al público generalmente no le interesará la metodología interna usada por un computador para distinguir lo que es correo electrónico no deseado (por ejemplo); pero cuando se trata de derechos subjetivos y onerosas obligaciones, esta falta de transparencia es altamente problemática” (2018: p. 347, traducción libre).

profesionales. Así, se han visto aparecer empresas organizadas bajo gobiernos corporativos de tipo más bien ingenieril, que se alejan mucho del tradicional esquema socio – asociado en que los estudios jurídicos han desarrollado su trabajo por décadas. Mientras que el método tradicional del ejercicio de la abogacía consiste en el estudio de los antecedentes para cada caso particular y según ello determinar sobre la marcha el curso de acción que ha de seguir el profesional, estos nuevos modelos a los que nos referimos funcionan en base a la consecución repetitiva de un solo conjunto de procedimientos, con miras a satisfacer necesidades formadas por múltiples requerimientos de la misma índole. En consecuencia, la empresa en cuestión debe adoptar metodologías de tramitación o gestión masiva, debiendo para ello predeterminar el orden de las etapas en las que se desarrollará la explotación de su negocio. Con tal fin, elaborará mapas conceptuales en los que esquematizará sus procesos en formato de diagramas de flujo, con la pretensión de prever las distintas alternativas que pueden darse para una determinada operación o requerimiento, y dependiendo de cuál corresponda seguir se adoptarán acciones consecutivas predeterminadas. A esto se le denomina estandarización de los procesos. Este método es hoy considerado un estándar mínimo en áreas de la ingeniería de la producción, pues permite optimizar tiempos de respuesta ante clientes, reducir costos, y elaborar estrategias sobre bases ya planificadas de acción. La empresa de este modo, genera una importantísima ventaja competitiva, al verse posibilitada (en teoría) de ofrecer resultados concretos y comprometerse a plazos predefinidos (Palapa, 2011: p. 121). De todo esto, pueden apreciarse como ejemplo, en lo que a nuestro ámbito profesional se refiere, las empresas de cobranza, las de gestión inmobiliaria, gestión documental, la defensa de deudores, y la formalización hipotecaria financiera. Todas ellas funcionan y prestan sus servicios, en su abrumadora mayoría, mediante el método del *outsourcing* o régimen de externalización, que pasamos a examinar en el apartado siguiente. Y todo, por supuesto, bajo el amparo de la utilización de herramientas digitales.

2.1.- Justificación económica de la estandarización jurídica

La técnica de la estandarización no es una novedad en el ámbito jurídico. El advenimiento de la industrialización y del mercado de consumo significaron que las instituciones legales civiles que habían sido pensadas para una realidad económica y

social mucho menos dinámica, ahora estaban al alcance y servicio reiterado y constante del ciudadano promedio. Esto hizo necesaria la simplificación de los procesos contractuales, de manera que pudieran ser gestionados en forma masiva, en base a esquemas o modelos predefinidos. Así, Jorge López escribe: “La utilidad de los contratos tipo no es dudosa. Con la estandarización de las relaciones jurídicas que caracteriza al derecho de nuestros días, la redacción en serie de los contratos tenía que terminar por imponerse. La duración de la fase de las negociaciones precontractuales se ha, pues, reducido considerablemente, cuando no desaparecido, y de esto ha resultado una economía de tiempo y una simplificación de las transacciones. Además, frente a disposiciones legales inadaptadas a las nuevas circunstancias de la práctica, o demasiado generales, los contratos tipo han redundado en el advenimiento de reglamentaciones más acabadas; así, por ejemplo, los conocimientos de embarque tipo, en el ámbito del Derecho Marítimo, han reemplazado las obsoletas reglas del Código de Comercio en la materia”. (2017: p. 138).

Utilizando esta técnica lo que se pretende es, usando un lenguaje economicista, reducir los “costos de transacción”, de manera de hacer más expedita y rápida la ejecución de negocios junto con la producción y circulación de la riqueza.

Sin embargo, en la práctica lo más frecuente es que las condiciones del formulario tipo sean redactadas por sólo una de las partes: aquélla que ostenta la posición dominante de la relación. Ella aprovechará el hecho de tener a su cargo la confección de los términos contractuales para imponer los que más le favorezcan, dejándole a la otra parta la sola opción de aceptarlos o rechazarlos en bloque. Nos referimos así, a lo que en doctrina se ha consolidado con el nombre de “contrato de adhesión” (concepto que en nuestro medio cuenta con reconocimiento normativo, en el artículo primero número 6 de la Ley número 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores). Esto ha significado el surgimiento de relaciones jurídicas abusivas que ha sido necesario paliar por la vía normativa (López, 2017: pp. 138 – 142).

De esta manera, entonces, se aprecia que, si bien la estandarización posee grandes ventajas en términos de eficiencia y celeridad negocial, tiene asimismo una grave desventaja: que de ordinario generará vínculos obligacionales injustos derivados de la asimetría en el poder de negociación que ostentan las partes.

Uno de los aspectos centrales del servicio de formalización hipotecaria consiste en la producción masiva de este tipo de contratos. En efecto, los contratos hipotecarios (y en general todo contrato bancario) se basan en formularios tipo predefinidos que el cliente bancario sólo puede aceptar o rechazar en bloque, sin que le sea posible negociar modificaciones en sus cláusulas, con la sola excepción de las cifras relativas a montos dinerarios propias de un contrato de mutuo: la suma del préstamo, la tasa de interés, el plazo.

A fin de proteger a la ciudadanía de abusos que de ordinario eran cometidos por las instituciones bancarias, se dictó de la Ley número 20.555 que dota al Servicio Nacional del Consumidor de atribuciones en materias financieras, y en la que además se establecieron derechos irrenunciables a favor de los consumidores en estas materias, orientadas a la veracidad, información, y transparencia de los servicios que contratan (Rostión, 2014: pp. 424 – 426).

Como se dijo, el ámbito objeto del servicio de formalización hipotecaria se desenvuelve netamente alrededor de esta categoría contractual, según podrá apreciarse más adelante. Con todo, no sólo los contratos que resultan de la consecución del proceso hipotecario son estandarizados, sino que lo es también la totalidad del proceso de gestión hipotecaria. Desde el análisis de las fuerzas patrimoniales del interesado (cliente), pasando por el estudio de los títulos y la gestión documental, hasta la inscripción conservatoria y confección de informe final, todo se encuentra bajo un orden preestablecido y además pactado.

De ahí, entonces, que lo aquí nos interesa analizar no es el contrato hipotecario en sí, sino la relación jurídica entre la institución financiera y la empresa que otorga el servicio de formalización hipotecaria.

3.- Régimen de externalización

Finalizando ya el siglo XX y durante los inicios del siglo XXI, las tecnologías de las telecomunicaciones y del acceso a la información, alcanzaron niveles de desarrollo que la humanidad difícilmente habría soñado tan sólo décadas atrás. Esto trajo consigo la inmediatez del flujo de datos junto con una sustancial mejoría en la velocidad con que los conocimientos pueden ser compartidos y profundizados. Como consecuencia directa, se agilizó vertiginosamente el comercio y las posibilidades de emprendimiento adquirieron

nuevas y variadas potencialidades. Habiéndose de esta misma manera, además, especializado el conocimiento tanto científico como de nuevas formas de producción y generación de utilidades, así también los negocios configurados en su unidad nuclear fundamental, la empresa, se vieron en la necesidad de especializar no sólo el producto o servicio final ofrecido, sino además sus propios esfuerzos materializados en sus procesos. Surge así el fortalecimiento y consolidación masivos de la interdependencia empresarial. Unidades organizadas de explotación o de negocios que dependen unas de otras para así poder cumplir sus fines específicos con un óptimo nivel de eficiencia, ganando en competitividad y posicionamiento, particularmente frecuente en materias relacionadas con necesidades del área informática. Esto es a lo que en idioma inglés se ha denominado *outsourcing* (Sandoval, 2014: pp. 802 – 805).³

Tentativamente se ha intentado traducir al español este término, mediante los vocablos “tercerización” o “subcontratación”, pero la verdad es que ninguno de ellos se adapta fielmente a la significación que se le entiende en el *common law*, de donde es originaria esta figura. Si descomponemos el vocablo, encontramos que *out* significa “fuera” o “afuera”, mientras que *sourcing*, es una verbalización que proviene del sustantivo *source*, que significa “fuente”. Así, podríamos traducir literalmente al *outsourcing* como “hacer que algo provenga de una fuente externa”. Es por esto que, a nuestro juicio, el vocablo en español que más se acerca a lo que el fenómeno propone, es el de “externalización”, por estar más acorde con su significación literal.

Según venimos apuntando, la especialización en la generación de productos y en el ofrecimiento de servicios ha obligado a las empresas a concentrar sus esfuerzos en lo que es precisamente su especialidad y a requerir el auxilio de otras iniciativas en la realización de tareas ajenas a su rubro, pero complementarias y necesarias para la elaboración del producto final u ofrecimiento del servicio. Esto deviene en una relación contractual de externalización, un contrato de *outsourcing*.

³ Sin embargo, de lo expuesto no debe entenderse que el *outsourcing* es un fenómeno reciente. Según explica Ricardo Sandoval, “(e)ste acuerdo contractual tiene un origen muy remoto, no obstante, basta recordar un hecho histórico para corroborar nuestro aserto. En las guerras médicas (se denominaron así porque los griegos llamaban *medos* a los persas), los persas contaban con un gran ejército que debían transportar para invadir y conquistar a Grecia, pero su marina era débil y técnicamente estaba muy atrasada, razón por la cual esta última subcontrató a la marina de las ciudades fenicias para lograr ese objetivo (2014: p. 802).

Antes de seguir avanzando en estos términos, se hace necesario en este punto hacer importantes precisiones y distinciones de capital importancia para el desarrollo del presente trabajo. En efecto, existen muchas acepciones del concepto en estudio, desde la simple descentralización de áreas de la producción, hasta la tercerización total de departamentos completos de la organización. A esto se le suma que si bien, como veremos, se trata en principio de una figura contractual innominada, en ocasiones podrá adoptar o se acercará bastante a figuras tradicionales que cuentan ya con una minuciosa reglamentación, por lo que es menester estar muy atentos a la hora de enfrentar la figura que nos ocupa.

Una muy importante distinción es la que debe tenerse presente entre el *outsourcing* como fenómeno socioeconómico y comercial, y el contrato de *outsourcing* propiamente tal, en tanto institución jurídica.

Según lo que venimos diciendo, el *outsourcing* mirado desde un punto de vista extrajurídico, consiste en un método comercial o administrativo para la eficiencia que a su vez se traduce en un fenómeno socioeconómico, en la medida que sea utilizado y desarrollado por un número tal de entidades que impacte el gran esquema de la economía de un país o región determinada.

Desde la perspectiva jurídica en tanto, se trata de una relación contractual que puede adoptar las más diversas formas o manifestaciones, por lo que, según ya expresamos, en ocasiones no será sencillo poder determinar si se está o no en presencia de uno de estos contratos.

Aunque en realidad y a nuestro juicio, no cabe calificar al *outsourcing* como una categoría especial de contrato, así como la compraventa, el seguro o el transporte. En cambio, proponemos que el *outsourcing* es primordialmente un método o técnica comercial, que luego se materializará en una relación contractual, que a su vez puede adoptar distintas formas o especies jurídicas, como un sencillo arrendamiento prestación de servicios, un contrato de suministro, una subcontratación de mano de obra, etc.; o bien, materializarse en una operación mercantil, en la medida que se manifieste como un conjunto de contratos tradicionalmente conocidos hechos constar en un solo instrumento con una finalidad económica unitaria.

Nosotros miraremos al fenómeno objeto de nuestro estudio, el servicio de formalización hipotecaria estandarizada, jurídicamente como un contrato de

arrendamiento de servicios inmateriales. Lo recién dicho es de esencial relevancia para el desarrollo del capítulo segundo del presente trabajo.

En lo que a instituciones financieras atañe, la externalización de servicios se encuentra regulada en la Circular número 3570 de fecha 7 de octubre del año 2014 y en la Circular número 3629 de fecha 27 de diciembre del año 2017, ambas emitidas por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, hoy Comisión para el Mercado Financiero.

4.- Objetivo y plan

En el presente trabajo nos proponemos analizar el vínculo jurídico existente entre el *outsourcer* y la institución financiera mandante, con el fin de dilucidar la naturaleza de las obligaciones generadas en ella y a partir de ello determinar alternativas para perseguir la correspondiente responsabilidad en caso de incumplimiento. Nos centramos en la utilización del método de estandarización junto con el uso de herramientas digitales a fin de evaluar si ellos inciden concretamente en la responsabilidad que pudiera caberle a la empresa formalizadora, considerando sus técnicas industriales de predicción de resultados.

Nuestra exposición la hemos organizado en dos capítulos: en el primero nos limitamos a describir el fenómeno de estudio junto con sus limitaciones y complejidades, y en el segundo desarrollamos el análisis del vínculo contractual y obligacional entre *outsourcer* y mandante, para finalizar con unas conclusiones.

CAPÍTULO I:

DESCRIPCIÓN DE LAS ETAPAS FUNDAMENTALES DEL PROCESO HIPOTECARIO

Conforme a lo anteriormente expuesto, el servicio de formalización hipotecaria se presta a bancos e instituciones financieras que ofrecen productos financieros consistentes en préstamos o créditos otorgados en base a garantías hipotecarias. Las distintas posibilidades de figuras de negocio que se contemplan en dichos productos financieros deben cumplir con variados requisitos legales que hacen necesario el asesoramiento permanente por abogados durante todo el proceso. Se distinguen en dicho proceso dos tipos de tareas abordadas por profesionales especialistas en distintas materias y que permiten agrupar las etapas en dos conjuntos: las de carácter comercial y aquellas netamente legales. Si bien en teoría ellas se separan temporalmente, entendiéndose que deben resolverse las tareas de tipo comercial primero, ellas interactuarán durante todo el proceso, siendo necesaria la retroalimentación constante entre profesionales de distintas áreas, lo que no siempre es sencillo, dadas las diferencias en los modos en que acostumbran a razonar unos y otros. A continuación, pasamos a describir el fondo técnico según las etapas que lo conforman.

1.- Análisis comercial

Corresponde al examen de riesgo comercial que debe hacerse respecto de quien solicita el crédito o producto hipotecario, del valor del inmueble que ofrece dejar en hipoteca y del negocio que desea llevar a cabo. Se analizarán sus fuerzas patrimoniales, la suficiencia o calidad de la garantía ofrecida (sólo en cuanto a su valor pecuniario, para lo cual se procede previamente a la realización de un examen *in situ* del inmueble por parte de un profesional especialista en áreas de diseño y/o construcción, generalmente un arquitecto), y la viabilidad del negocio planteado⁴. Cabe hacer presente que esta etapa

⁴ Los métodos de análisis de riesgo comercial han sido específica y minuciosamente estudiados para el segmento hipotecario. Andrés Alegría y Jorge Bravo escriben: “Basado en dos medidas de incumplimiento, la evidencia indica aquellos deudores con créditos hipotecarios de montos más bajos y con plazos más altos tienen mayor probabilidad de presentar atrasos en el pago de alguna cuota de su crédito hipotecario durante el primer año de vigencia del mismo. Asimismo, tener una cobertura menor, baja liquidez o estar inscritos en

puede no formar parte del servicio de formalización hipotecaria, pues es comúnmente llevada a cabo precisamente por el mandante, esto es, la institución bancaria o financiera. Sólo ocasionalmente la externalizará.

Una vez que la dimensión comercial se aprueba, nace o se genera la solicitud para iniciar el proceso de formalización legal del negocio.

2.- Estudio de títulos de dominio

Atendido el objetivo último del presente trabajo, no nos detendremos en los pormenores técnicos de este importante ámbito profesional, que por lo demás, ha sido más que suficientemente tratado⁵. Nos limitaremos a recordar su finalidad principal, y a hacer mención de ciertos criterios a tener presente a la hora de confeccionarlos en el contexto de un producto financiero hipotecario. Además, haremos hincapié en algunos aspectos de esta labor que constituyen riesgos jurídicos para el mandante que el profesional informante no está en condiciones de prever.

Así y, en primer lugar, diremos que el estudio de títulos consiste en la recopilación y análisis de todos los antecedentes que conforman la historia jurídica de la propiedad raíz que se ofrece en garantía hipotecaria, y que constituye el núcleo del trabajo técnico legal sobre el cual se fundará el resto del proceso. Implica el examen del historial de inscripciones de dominio, títulos que hayan dado origen a esas inscripciones, personerías respectivas si fuere el caso, situación tributaria del inmueble, situación expropiatoria, eventuales gravámenes que le afecten, estado de regularización municipal de sus construcciones, estado civil y régimen patrimonial de quienes hayan intervenido en sus sucesivos trasposos, viabilidad legal de la figura de negocio pretendida, y evaluación de riesgos jurídicos en aceptar la propiedad de que se trata como garantía, entre otros ítems. La finalidad de esta labor consiste en prever o anticiparse a eventuales situaciones o

los registros electorales de comunas de menores ingresos son factores que están asociados con una mayor probabilidad de incumplimiento. La historia crediticia también importa. Los deudores que en el pasado han tenido mayores tasas de atraso en el pago de cuotas de créditos de consumo tienen una probabilidad de registrar atrasos en el pago de sus créditos hipotecarios que es 1,8 veces superior respecto de aquellos que no presentan atrasos anteriores. Si bien cada una de las variables antes señaladas se relacionan con la probabilidad de incumplimiento, existe un conjunto de otras variables como ingreso, riqueza, LTV, educación o características demográficas del deudor que influirían en su comportamiento de pago” (2016: p. 61).

⁵ Ignacio Vidal es autor de una extensa obra de 2 tomos, en la que explica en gran detalle los pormenores técnicos de esta actividad profesional. Véase al respecto la bibliografía del presente trabajo.

altercados de carácter legal que puedan derivar finalmente en que la constitución de la hipoteca sea dejada sin efecto más adelante, tales como plazos pendientes en acciones de resolución o nulidad aún exigibles, deficiencias técnicas en las transferencias o transmisiones de dominio, falta de facultades de personeros, intervención de sociedades mal constituidas, etc. (Feliú, 2006: pp. 11 – 14)

En suma, el objetivo último es evitar a toda costa aquella situación en que el banco o institución financiera, por cualquier motivo legal, se quedare sin su garantía hipotecaria, y, además, evitar cualquier eventual reparo que el Conservador de Bienes Raíces respectivo pudiere formular más adelante, cuando se le requieran las correspondientes inscripciones.

Tratándose de proyectos de gran escala llevados a cabo por empresas del giro inmobiliario y respecto de los cuales se desprenda la primera enajenación de cada una de sus unidades, tales como edificios y condominios (en los que cada unidad consistirá en un departamento, casa, oficina, local comercial, bodega o estacionamiento, conforme a la nomenclatura y definición legal contenida en el artículo 2 número 2 de la Ley 19.537 sobre Copropiedad Inmobiliaria), o loteos con construcción de muchas viviendas iguales o similares, el Informe de Títulos se realiza sólo una vez para todo el proyecto, y a partir de él se procesarán los requerimientos sobre sus distintas unidades.

Para realizar esta tarea, ya sea respecto de un inmueble particular o de un proyecto inmobiliario, el profesional deberá contar con todos los documentos pertinentes, los que prácticamente nunca se le harán llegar en un estado que le permita desde ya otorgar un pronunciamiento. Habitualmente deberá solicitar los que falten, y advertir que de su examen puede surgir la necesidad de solicitar otros.

Debe tenerse presente que, aunque esta parte de la labor debe encargarse necesariamente a un abogado (debido a la profundidad técnica de los conocimientos que se requieren), al efecto éste no estará autorizado a usar su propio criterio en la realización de su análisis sino dentro de márgenes muy limitados. En el hecho, el área legal de la institución mandante elaborará y le hará llegar un manual con criterios jurídicos predeterminados, según los cuales requerirá que se lleve a cabo esta etapa, y que el profesional deberá respetar so pena de considerarse el servicio como fuera de estándar y por tanto incumplido.

Lo expresado precedentemente tiene importancia para lo tratado en la segunda parte de este trabajo. Que sea el mandante el que impone los criterios técnicos que ha de aplicar el *outsourcer* habilita a este último para excusarse de eventuales reclamos de incumplimiento argumentando que ha cumplido con los criterios que le fueron instruidos⁶.

2.1.- Riesgos imponderables

En este punto y según lo ya anticipado, conviene hacer presente que existen ciertos aspectos en el análisis de títulos que constituyen riesgos jurídicos que el profesional no está en condiciones de predecir ni evaluar. De manera meramente ilustrativa tratamos algunos a continuación.

2.1.1.- Herederos omitidos en la resolución que concede la posesión efectiva

Aunque la frecuencia de ocurrencia de este supuesto está hoy muy reducida gracias a la tecnología digital que se emplea en el Servicio de Registro Civil e Identificación (en donde el computador indica automáticamente cuáles son todos los herederos de un causante), igualmente es un riesgo latente, un eventual pero grave problema que puede aparecer en la historia de posesión de un bien raíz. En efecto, al analizar los certificados y/o resoluciones (posesión efectiva, pago o exención de impuesto a la herencia) y las inscripciones respectivas (de posesión efectiva, especial de herencia, y adjudicación si fuere el caso) en contexto del estudio de títulos, el profesional debe considerar que los herederos que aparecen en la resolución que otorga la posesión efectiva son en efecto todos los herederos. No tiene forma alguna de enterarse si es que alguno fue dejado fuera. Como se recordará, según el artículo 1269 del Código Civil, la acción de petición de herencia tiene un plazo de prescripción de 10 años en general y, conforme al artículo 704 del Código Civil, de 5 años contra el heredero putativo en cuyo favor se ha concedido la posesión efectiva de la herencia, sea por vía judicial o administrativa⁷. Considerando el amplio lapso que tiene el interesado para reclamar, el riesgo comentado no es menor.

⁶ Véase infra número 7.4.1 del capítulo II.

⁷ Conforme a la jurisprudencia dominante, dicho plazo se cuenta desde la dictación del auto o resolución que otorga la posesión efectiva. Por ejemplo, véase Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Chile (2014): Causa 772/2014 (civil), consultada en Vlex.cl con fecha 27 de mayo de 2018.

Otro tanto ocurre con la verificación de las cuotas legitimarias, en el caso de existir un testamento. El abogado que elabora el informe no tiene forma de enterarse del estado o cuantía patrimonial total de la masa hereditaria, pues habitualmente sólo contará con los antecedentes que sean específicamente relativos al inmueble que estudia. De esta manera, el profesional no puede evaluar si es que las cuotas legales de los herederos forzosos han sido efectivamente respetadas.

2.1.2.- Veracidad de estados civiles y nacionalidades

Conforme lo exige el artículo 405 del Código Orgánico de Tribunales, dentro de los datos de identificación que deben especificarse en toda escritura pública para los comparecientes, se encuentran el estado civil y la nacionalidad. En el momento de tener a la vista los títulos de dominio (que en su gran mayoría serán escrituras públicas), el profesional no tiene más alternativa que confiar en que ciertas declaraciones que ahí aparecen son verídicas. Nos detenemos en el estado civil y la nacionalidad, por ser de las más gravitantes e importantes en los traspasos de posesión de inmuebles.

Imagínese un inmueble ubicado en una comuna fronteriza de propiedad inscrita a nombre de una persona de nacionalidad chilena. Si fuera extranjera su título de dominio sería nulo absolutamente, por existir prohibición legal de adquisición de inmuebles situados en dichas comunas por ciertas personas extranjeras (nacionales de países limítrofes, conforme al Decreto Ley número 1.939, artículo 7, Ley número 19.256 y Decreto Supremo número 232). ¿Cómo nos aseguramos que esa persona es o era chilena? Podríamos solicitar tener a la vista su cédula de identidad, pero ¿y si con posterioridad a la fecha del título cambió de nacionalidad? ¿Y si está fallecida? Su actual cédula puede no reflejar su nacionalidad al tiempo del contrato, y si el plazo de prescripción de la respectiva acción se encuentra vigente el riesgo jurídico de proceder en tales condiciones es evidentemente grave.

Algo parecido sucede con los estados civiles de los comparecientes, particularmente con los de soltería, viudez, divorcio, e incluso a veces el de casado. Es imposible para el Servicio de Registro Civil e Identificación certificar el estado civil de soltero, viudo o divorciado. Ello por cuanto la Ley reconoce como válido en Chile el matrimonio celebrado en el extranjero aún si no ha sido inscrito en nuestro Registro Civil (art. 135 inc. 2, Código Civil). Así, por ejemplo, si una persona en un instrumento público

en que adquiere un inmueble declara ser soltera, pero resulta que era casada en el extranjero, y el inmueble estaba declarado provisoriamente bien familiar, la posterior enajenación del mismo adolecerá de un vicio de nulidad al no haber comparecido el cónyuge respectivo (conforme a los artículos 141 y 142 del Código Civil). O si esa misma persona (el adquirente que declara ser soltero siendo casado en el extranjero), posteriormente fallece, muy probablemente se dejará fuera al cónyuge de la herencia respectiva, generando el problema ya descrito en el párrafo anterior.

2.1.3.- Autenticidad e integridad de documentos

Asumiendo el riesgo de aseverar una obviedad, diremos que, al estudiar los antecedentes de un inmueble, el abogado a cargo debe confiar en que la documentación que tiene a la vista ha sido correctamente confeccionada por los órganos responsables de cada uno y que además son auténticos. Que un certificado o copia estén mal emitidos es de escasa ocurrencia, pero de darse el caso, el agravio puede ser tremendo. Figúrese, por ejemplo, un certificado de no expropiación municipal incorrecto. El futuro adquirente y la institución que recibe el inmueble en garantía, confiados en que dicho bien no será expropiado, ejecutan su operación, pero al poco tiempo después aparece la Dirección de Obras Municipales con una orden de demolición por expropiación para ensanche de calle.

2.1.4.- Cadenas posesorias paralelas

Dentro del conjunto de críticas que se le formulan a nuestro sistema conservatorio registral, se menciona la posibilidad de que se generen en él cadenas de posesión de inmuebles paralelas. Daniel Peñailillo al respecto señala que “(s)e denomina así a la situación en la cual en el Registro aparecen dos (o más) inscripciones con apariencia de estar vigentes (sin nota de cancelación al margen) respecto de un mismo inmueble” (2006: pp. 126-127). El mismo autor detalla las causas que pueden generar esta anomalía, en las que no nos detendremos. Baste mencionarla como otro riesgo imponderable. En efecto, tenida a la vista determinada inscripción con apariencia de vigente, le es forzoso concluir a quien la analiza, para efectos de su informe, que efectivamente lo está, sin tener forma alguna de enterarse que existe otra (u otras) en idéntico estado.

2.1.5.- Simulaciones

Recordemos primero alguna definición autorizada de simulación: consiste en “la declaración de un contenido de voluntad no real, emitida conscientemente y de acuerdo entre las partes, para producir con fines de engaño la apariencia de un negocio jurídico que no existe o es distinto de aquel que realmente se ha llevado a cabo” (Ferrara, 1960: pp. 43, 56).

El fenómeno es de suma importancia para aquél revisor que busca conseguir certeza jurídica como resultado de su análisis, y sin embargo escapa por completo a su competencia y diligencia, a la fidelidad de los textos de que se haya podido disponer, y a la calidad del instrumento público respectivo en sí. En nuestra legislación no se encuentra prohibido por regla general y no es causal de nulidad. Si el acto en que se contiene la simulación llega en definitiva a ser sancionado con la nulidad, no lo será porque contenga en su interior la simulación sino porque contiene en su forma o en su fondo algún otro vicio que permita declararlo en tal condición (Vidal, 2012: p. 28).

Frente a la eventual simulación, el interesado en la elaboración del informe de títulos (el cliente o mandante) tendrá la calidad de tercero, uno que buscará siempre poder valerse de la voluntad declarada por las respectivas partes en los antecedentes analizados. Con todo, bien puede aparecer aún otro tercero de buena fe, que tenga interés en perseguir la voluntad real de las partes.

Imagínese, por ejemplo, una persona que simuladamente vende una gran porción de su patrimonio, con la disimulada intención de donar esos bienes. Posteriormente, abierta su sucesión por causa de muerte, sus legitimarios se verán perjudicados en su herencia, y solicitarán al juez que declare que la real voluntad de su causante ha sido donar esos bienes, de manera que posteriormente puedan impugnar ese contrato mediante la acción de inoficiosa donación (artículos 1186, 1187 y 1425 del Código Civil), o alegando que no se cumplió con el requisito legal de la insinuación (artículo 1401 del Código Civil). Si tienen éxito, las posteriores transferencias podrían caer también, o el actual poseedor ser privado del bien vía acción reivindicatoria.

No obstante, y como comenta Víctor Vial: “La doctrina, en forma unánime, señala que las consecuencias de la simulación demandada por terceros no afectan a otros terceros de buena fe y que, por ende, la voluntad real sólo puede oponerse a los terceros

que sabían o debían saber sin negligencia de su parte que sus derechos derivaban de un título simulado.”

“Esta solución no es extraña a nuestro Código Civil, que para resolver conflictos similares atiende a la buena o mala fe. Por ejemplo, para que la resolución de un contrato afecte a terceros, éstos, por regla general, deben estar de mala fe, constituyendo mala fe el conocimiento de la existencia de la condición resolutoria; para que la acción pauliana afecte a terceros adquirentes a título oneroso, éstos deben participar del fraude pauliano” (2015: pp. 152 – 153).

De todas formas, el profesional revisor que elabora el informe de títulos no está en condiciones de distinguir si los respectivos intervinientes estuvieron de buena o mala fe, con el sólo mérito de los antecedentes que haya podido tener a la vista. De ahí que aún con la solución propuesta por la doctrina unánime, el riesgo de proceder a ciegas en estas condiciones, persiste⁸.

Todas estas consideraciones son las que llevan al profesor Ignacio Vidal a concluir: “la exactitud que tendrá el Estudio de Títulos será al decir de muchos aparente y relativa. Pero, aunque así sea sin duda que dará una tranquilidad operacional mucho más plena que si no hubiera existido de por medio” (2012, p. 30).

3.- Escrituración

Una vez que el abogado se pronuncia en el sentido de estimar que los títulos y demás antecedentes del inmueble se encuentran conforme a derecho, lo que corresponde enseguida es la escrituración de la operación. Previamente, sin embargo, la institución mandante a través de uno de sus ejecutivos comerciales, generará un documento que contendrá la solicitud formal de redacción de la minuta o borrador que más adelante adoptará el formato de escritura pública, junto con los datos del producto financiero que

⁸ Si bien el banco se considera, precisamente, un tercero de buena fe, el título de dominio a partir del cual se constituirá la hipoteca en su favor podría provenir de una situación de mala fe; y aunque conforme al mismo razonamiento planteado, en caso de reivindicación ello no afectaría el derecho real de hipoteca, a la hora del cobro judicial el banco tendrá que interponer, además de la acción ejecutiva por su crédito, una acción de desposeimiento hipotecaria (conforme a lo dispuesto en los artículos 2425, 2428 y 2429 del Código Civil) en contra de un garante que no tuvo ocasión de conocer previamente. Esto significa todo un juicio declarativo separado y adicional, lo que incrementa sustancialmente el costo del cobro.

requieren se incluya en el contrato. A este documento se le suele denominar orden o memo de escrituración.

Con todo, el abogado tampoco tendrá aquí, libertad absoluta para redactar lo que estime conforme a su criterio, sino que deberá utilizar los formatos o formularios tipo que al efecto la institución mandante previamente ha confeccionado, y elegir de entre ellos aquél que corresponda al producto financiero que se le solicita formalizar, limitándose luego a llenar los campos que corresponden a los datos del inmueble (que extraerá del informe de títulos), la comparecencia (datos personales y personerías si correspondiere) y cifras del producto (número de cuotas, monto del préstamo, tasa de interés, plazo, etcétera).

Las figuras más utilizadas por lejos, son las compraventas de viviendas con mutuos hipotecarios, y los mutuos simples (sin compraventa), que a su vez pueden tener o no la finalidad de refinanciar créditos previos y que además pueden estar destinados a financiar o refinanciar la adquisición de una vivienda, o simplemente a fines generales. Esta última distinción, regulada en la circular número 3427 emitida por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, hoy Comisión para el Mercado Financiero (que si bien se refiere específicamente a mutuos hipotecarios endosables, ha sido de general aplicación) interesa para efectos de determinar cuándo el mutuuario podrá gozar de beneficios tributarios que se aplican sólo para el caso que la deuda la esté contrayendo con el objeto de financiar un inmueble con destino habitacional, conforme al artículo 55 BIS, Ley de Impuesto a la Renta (rebaja de los intereses efectivamente pagados del monto imponible), conforme al artículo 3 del D.L. 2552 de 1979 y al artículo 24 número 2 del D.L 3475, en lo que respecta a inmuebles que tengan la calidad de viviendas sociales (exención impuesto al mutuo o de timbres y estampillas, rebajas sustanciales en el pago de derechos de Notaría y Conservador de Bienes Raíces), y según el artículo 12 del DFL 2 (rebaja al impuesto al mutuo o de timbres y estampillas).

Una vez que el borrador o minuta se ha confeccionado, éste debe enviarse a alguna notaría, en donde la convertirán a formato de escritura pública, insertarán los documentos correspondientes, tomarán las firmas de los comparecientes, la cerrarán, se le estampará la autorización del notario, se agregará a la matriz, y luego se emitirán tantas copias se requieran. No obstante, previo a la firma de la institución mandante (que usualmente lo hará al final), la empresa formalizadora hará una revisión formal de

la escritura (la notaría al efecto enviará una copia simple), a fin de asegurarse que los datos cuadren entre los distintos antecedentes, que las comparencias y personerías estén bien expresadas, que la conversión de cifras a letras (todas las cifras deben expresarse en palabras) se haya hecho correctamente, y que las inserciones no contengan errores, entre varios otros ítems de forma (Vidal, 2016: pp. 91-130).

4.- Tramitación operativa de posfirma

Lo que viene a continuación en el proceso es menos complejo desde el punto de vista técnico, pero no por ello exento de dificultades. Se trata de una labor fundamentalmente administrativa, pero durante la cual pueden surgir situaciones que requieran una precisa *expertise*. Pasamos a ver brevemente estas etapas en los apartados siguientes.

4.1.- Alzamiento / Tramitación de cartas de resguardo

Es frecuente que a los inmuebles objeto de estos negocios les afecten gravámenes previamente constituidos que pueden ser de la más variada índole. En el caso de las hipotecas constituidas en favor de instituciones financieras distintas de la mandante, ellas deben alzarse o cancelarse en la misma escritura que contiene el producto que se formaliza, debiendo comparecer para ello la respectiva institución en cuyo favor se hayan inscrito esos gravámenes (que en adelante llamaremos “alzante”). Ahora bien, el alzante, previo a firmar una escritura en donde se deja sin efecto su caución hipotecaria, se tendrá que asegurar de que su acreencia asociada a esa garantía sea solventada íntegramente, lo que se hará efectivo directamente por la institución que otorga el crédito actual en virtud de un mandato que su cliente le otorga en la escritura.

Se produce en este punto, un conflicto de intereses entre instituciones financieras aparentemente insoluble: el alzante exigirá el pago previo a firmar el alzamiento, pero la institución que otorga el crédito actual exigirá, previo a pagar, que se alcen los gravámenes y se constituya su garantía en primer grado. Para resolver este problema es que se inventó la institución de la Carta de Resguardo. Ella consiste en un documento suscrito por la institución que otorga el crédito actual y dirigida al alzante, en la que se compromete a pagarle las deudas que tuviere su deudor (que en nuestra escritura generalmente será la parte vendedora, o el mismo deudor/cliente en el caso de los

refinanciamientos), y en consecuencia luego solicitándole que comparezca en la escritura consintiendo a la cancelación de sus gravámenes.

Esta etapa del proceso tiende a demorar bastante, pues cada institución financiera tiene procedimientos internos diferentes con los que manejan o estandarizan sus alzamientos. Cada alzamiento debe aprobarse comercial y legalmente, debiendo para ello los antecedentes circular por varios intervinientes hasta por fin lograr la firma correspondiente.

En el último tiempo, además, se ha estandarizado el uso masivo de la plataforma electrónica que para estos efectos ofrece el Sistema Nacional de Comunicaciones Financieras (SINACOFI). En ella las cartas de resguardo son generadas electrónicamente y debe hacerseles seguimiento constante, por cuanto el sistema no notifica automáticamente a empresas externas (como precisamente lo es la que presta el servicio de formalización hipotecaria) de hitos importantes, como la aprobación o rechazo de las cartas.

4.2.- Inscripción en el Conservador de Bienes Raíces

Una vez firmada la escritura por todos los comparecientes, cerrada, autorizada y emitidas las copias respectivas, son éstas llevadas al despacho del Conservador de Bienes Raíces respectivo para requerir las inscripciones que procedan, y además para que se emitan copias de esas inscripciones y los certificados de Hipotecas, Gravámenes y Prohibiciones y de dominio vigentes. No será necesario que acudan los mismos comparecientes, pues en todas las escrituras se agrega una cláusula de estilo en que se faculta al portador de ella para requerir al Conservador competente las correspondientes inscripciones.

Dicho esto, no todas las operaciones requerirán de inscripción conservatoria. Algunos mutuos se otorgan aprovechando una hipoteca con cláusula de garantía general (figura que pese a ser merecedora de atendibles críticas en doctrina⁹, se ha impuesto por su gran utilidad práctica) previamente constituida y vigente, no siendo necesaria nueva inscripción. En este punto nos saltaremos desarrollar lo obvio (que el conservador

⁹ Fundamentalmente, la crítica apunta a que la ley describe a la hipoteca expresamente como una obligación accesoria (de acuerdo al artículo 2407 en relación el artículo 2385, ambos del Código Civil), de manera que si no existe una obligación principal a la que acceda, la hipoteca general sería nula por falta de causa (Pañella, 2012: p. 33).

examinará la forma y fondo de la escritura y resolverá si admite o no la operación a inscripción), para comentar un problema operativo. El Conservador, como es natural, hará el respectivo cobro de sus derechos por la confección de las inscripciones y certificados que se le requieren. Con esto, los distintos conservadores operan de manera diferente. Ninguno puede saber de antemano cuánto será el costo final del trabajo que se le requiere, por lo que algunos exigen, previo a iniciar los trabajos, un abono estándar. Otros, llevarán la escritura “a cálculo” y una vez finalizada esa etapa, darán a conocer el valor del trabajo, y no lo iniciarán hasta que se pague ese valor íntegramente. Para la empresa encargada de hacer estas gestiones (la de formalización hipotecaria) esto significa dificultades y demoras, pues debe asegurarse también de mantener debidamente ordenado y respaldado el manejo de estos fondos, cuyos montos no son menores.

Distintos prestadores del servicio operarán de manera diferente respecto a este ítem, que además deberán adaptarse al requerimiento que su mandante les haga al efecto. Una cosa sí es segura: como todo gasto operacional, los costos por concepto de inscripción en el Conservador serán siempre cargados al cliente final.

Otra gran dificultad que aqueja a la pretensión de la estandarización de esta etapa es la disparidad de criterios con que operan los distintos conservadores. Cada uno interpreta y aplica las normas jurídicas respectivas según su única opinión, siendo imposible muchas veces anticiparse o precaver eventuales reparos. Y no sólo estos criterios de revisión serán distintos de Conservador en Conservador, sino que, dentro de una misma oficina conservatoria, estos criterios cambiarán dependiendo de quién sea el profesional que efectúe la revisión, los que, para colmo, pueden también cambiar. Como la empresa de formalización no puede darse el lujo, de cara a su mandante, de gastar una considerable cantidad de tiempo y recursos en promover una gestión voluntaria ante el tribunal que sea competente (conforme al artículo 18 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces) para dirimir una controversia de este tipo con el Conservador, aquélla se encuentra en la más absoluta indefensión ante estas situaciones, debiendo siempre acceder a lo que exija el revisor respectivo, aun cuando sea manifiestamente infundado. Esto hace incurrir a la empresa formalizadora en atrasos y salidas de estándar, que deberá justificar ante su mandante mediante informes, lo que a su vez significa trabajo extra.

4.3.- Post CBR: Revisión de inscripciones y certificados, confección de finiquito o informe final, empaquetamiento

Luego de que la escritura es inscrita en el Conservador de Bienes Raíces, toca revisar que las inscripciones y los certificados se hayan confeccionado correctamente, para lo cual se cotejan con la escritura y demás antecedentes. Si están en forma, a partir de ellos se elabora un finiquito, también conocido como informe final, en el que se expresará un resumen sobre la culminación de la tramitación. Incluirá el nombre del o los clientes, una breve descripción del inmueble, los datos de registro (fojas, número, año) en que se fijaron las inscripciones de dominio, hipoteca y prohibición, grado de las hipotecas (salvo pocas excepciones, la hipoteca constituida a favor de la institución mandante debe quedar siempre en primer grado), si fue específica o con cláusula de garantía general, la indicación de que la garantía quedó legalmente constituida, y la firma del abogado a cargo. Este informe, obviamente, es luego enviado a la institución mandante para noticiarla de que su garantía se encuentra legalmente consolidada.

Posterior a esto viene la etapa de empaquetamiento, que consiste en la elaboración de un sobre que en su interior contendrá una copia de la escritura, copias de las inscripciones y certificados conservatorios, documentación tributaria, y un mensaje de bienvenida, todo dentro de una carpeta que en su tapa tendrá un diseño corporativo en alusión a la institución que otorga el crédito. Dicho sobre se envía a la aludida institución para que a su vez ésta la haga llegar al mutuario o cliente final.

5.- Uso de herramientas digitales

Habiendo descrito el proceso en su fundamento técnico de fondo, lo que sigue es exponer la manera en que dicho proceso es expresado en herramientas digitales específicamente diseñadas para el desarrollo de este negocio, basada en una técnica denominada en inglés *Workflow*, literalmente en español “flujo de trabajo”.

5.1.- Conceptos básicos sobre *Workflow*

Según se expuso en el segundo apartado del prefacio del presente trabajo, la estandarización de procesos contiene como técnica fundamental la interconexión de las etapas en que transcurrirá o se desarrollará la línea fabril que culminará con el producto

final terminado y ello se expresará gráficamente en mapas o diagramas conceptuales. Dichos esquemas son luego trasladados o manifestados en programas computacionales que servirán de fundamental herramienta para el otorgamiento del servicio en estudio. Estos programas funcionan en base a redes de usuarios, de manera que cada etapa del proceso está a cargo de un perfil determinado, conformándose una suerte de línea de ensamble virtual, cuya dinámica se asemeja a un proceso fabril físico. Así, luego de que se termina una determinada etapa el empleado encargado de ella la envía a la siguiente, radicándose ella en el perfil o bandeja de entrada digital del empleado correspondiente. Ello se repite hasta terminar el proceso. De esta manera, la técnica del *Workflow* se define como la progresión de pasos (tareas, eventos, interacciones) que integran un proceso de trabajo, que involucra a dos o más personas, y crea o agrega valor a las actividades de una empresa. Si bien no se trata de un concepto netamente informático, su aplicación y desarrollo se encuentra hoy intrínsecamente ligado a las herramientas digitales, por ser allí en donde predominantemente esta técnica se manifiesta (Plesums, 2002, p. 19-21)

Habitualmente, a cada etapa se asocia un plazo determinado para su cumplimiento, agregándose visualmente en el perfil del empleado respectivo indicadores gráficos que notificarán cuándo una tarea se encuentra dentro de plazo, cuándo este plazo está por vencer, y cuándo la tarea se encuentra ya fuera del estándar temporal de cumplimiento.

Es usual, además, que para cada operación o requerimiento se asocie una bitácora digital de anotaciones ordenadas cronológicamente, en la que se expresarán situaciones anómalas o excepcionales que puedan ocurrirle y que expliquen demoras o dificultades no previstas por la estructura ordinaria del proceso.

Lo normal es que tanto la etapa actual en que se encuentre una operación como la bitácora de observaciones, sean accesibles en línea para el cliente o mandante, de manera que pueda enterarse en tiempo real del estado o avance de sus requerimientos.

5.2.- Aplicación de la tecnología de Firma Electrónica Avanzada

Según ya se hizo mención, la Ley número 19.799 sobre Documentos Electrónicos, Firma Electrónica y Servicios de Certificación de dicha Firma ha significado un gran avance práctico en la obtención y gestión de documentos fidedignos. Particularmente en el proceso objeto de nuestro estudio ha significado la posibilidad de prescindir de gran parte

del soporte papel en la tramitación, posibilitando un aumento drástico en la eficiencia en el uso de los recursos. Esto gracias a que la citada Ley en sus artículos primero y séptimo consagran, entre otros, el principio de la equivalencia del soporte electrónico respecto del soporte papel, de tal manera que todo cuanto conste en certificaciones digitales emitidas por organismos del Estado es fidedigno para todos los efectos legales, y toda copia digital de ellos se considera copia auténtica, en la medida que contenga el respectivo código de verificación. Tanto es así, que un proceso hipotecario es hoy factible de llevar acabo de principio a fin en forma puramente digital, sin necesidad de imprimir ni una sola página. Incluso hoy las copias auténticas de las escrituras públicas son enviadas digitalmente al Conservador de Bienes Raíces competente (mediante una plataforma especialmente destinada a ese efecto) para su inscripción, y éste a su vez enviará las respectivas certificaciones por correo electrónico al solicitante.

Con todo y pese a la ya considerable antigüedad de la referida norma, estimamos que su potencialidad todavía no se aprovecha en su nivel óptimo. En los hechos, en muchas entidades tanto públicas como privadas aún predomina el viejo hábito del trabajo en base a carpetas materiales, muy probablemente por desidia en la actualización de sus criterios de eficiencia, o también frecuentemente, por depender de resoluciones de otras entidades con las que se relacionan que no han sabido dimensionar las ventajas de la certificación digital (Alzamora y Cid, 2016: pp. 227-228).

5.3.- *Workflow* hipotecario, nota crítica

A primera vista la herramienta recién descrita puede parecer de gran utilidad en la labor de llevar adelante procesos hipotecarios. Sin embargo, de ella misma surgen importantes inconvenientes. Desde ya se percibe que el proceso estará organizado conforme a un esquema rígido de etapas preconfiguradas, lo que dará muy poco espacio para maniobrar en caso de que surjan imprevistos. Esto se manifiesta cabalmente en la imposibilidad de actuar en el sistema de una manera diversa a la que manda dicho esquema, pues el *framework*¹⁰ del programa computacional no lo permitirá. De esta manera, el proceso se identifica con el programa.

¹⁰ Para lo que nos ocupa y muy básicamente, un *framework* consiste en la estructura del entorno digital dentro del cual se desarrollará el trabajo del usuario o empleado, que le proporcionará márgenes que condicionarán

Según hemos visto, el proceso de formalización hipotecaria se encuentra lejos de estar exento de dificultades a la hora de intentar llevar a cabo sus planificaciones, lo que genera grandes inconvenientes cuando se pretende que el sistema computacional sea un reflejo fiel del trabajo material que se realiza. Así y como veremos detalladamente en el capítulo siguiente, estimamos que la pretensión de estandarizar desde una perspectiva ingenieril estos procesos colisiona con su materialidad intrínsecamente imprevisible, y a lo más, los diagramas que al efecto se confeccionen podrán ser tomados de un modo meramente referencial.

5.4.- Ventajas en el uso de herramientas digitales

Aún con las dificultades mencionadas, el panorama está lejos de la oscuridad. Ello por cuanto la implementación de un proceso de gestión legal estandarizado apoyado en herramientas digitales basadas en redes, ofrece grandes ventajas en cuanto a orden, eficiencia, control, seguimiento y acceso a la información. Veámoslas en detalle:

5.4.1.- Orden

El sistema permite llevar un registro interactivo de cada operación, organizables según su orden de llegada (para lo cual a cada una se le asigna un número o código), ubicación del inmueble, etapa del proceso en la que se encuentra, abogado a cargo, entre otros varios criterios. Esto es de trascendental importancia si se tiene en consideración el gran volumen de operaciones que se procesan. Mantener organizada la información permite tener el panorama general del flujo y sus dimensiones bien vigilados, y además sirve para elaborar planillas estadísticas de utilidad interna para la empresa, que reflejarán tendencias numéricas importantes de considerar sobre todo para propósitos de facturación.

5.4.2.- Eficiencia

Trabajar en base a antecedentes que se mantienen digitalmente ordenados se traduce en una mayor eficiencia en cuanto al uso de tiempo de tramitación. No obstante, habrá

determinantemente su actuar, dejándole sólo ciertas posibilidades predefinidas de opción conforme lo requieran las características de la operación de que se trate (“Qué es un Framework”, 2015).

lapsos irreductibles de consumo de tiempo, y que se hayan fuera del control de formalización, como por ejemplo el tiempo que demorará el Conservador en confeccionar las inscripciones, o la recolección de antecedentes para la elaboración del informe de títulos.

En una primera aproximación, esto puede parecer una falacia. Hay quienes en su momento percibieron en el sistema computacional una traba o motivo de ralentización del proceso, principalmente aquellos abogados que acostumbraban a trabajar prescindiendo de él. Si bien a primera vista puede parecer que le significará trabajo extra al profesional, debe considerarse no como un conjunto de tareas adicionales, sino como un entorno o condiciones de trabajo distintas. Un nuevo medio o herramienta base para llevar a cabo su labor. En suma, no es más que un asunto de costumbre.

5.4.3.- Seguimiento

El registro digital permite conocer en tiempo real el estado actual de cada operación. Esto sirve para adoptar las medidas necesarias en caso de atrasos o anomalías.

5.4.4.- Control

A su vez, saber en qué estado se encuentra cada operación, cuál es la etapa pendiente y quién es el responsable de ella, permite mantener el control sobre su tramitación. Esto es de fundamental relevancia en un proceso en que, según dijimos, intervienen voluntades ajenas a la estructura de personal de la empresa de formalización.

5.4.5.- Acceso a la información

Con sólo usar el buscador integrado en el *software*, ingresando un par de datos de la operación que buscamos, podremos enterarnos desde cualquier lugar, instantáneamente, de la situación en la que se encuentra. Por razones obvias, éste es un atributo de gran valor para la empresa mandante que contrata del servicio. Se elimina así la necesidad de estar preguntando por la operación de manera directa, lo que a su vez se traduce en una mayor eficiencia.

5.5.- Comentarios finales sobre herramientas digitales

La estandarización digital de la formalización hipotecaria (y de procesos de gestión legal en general) se muestra y ofrece como un método revolucionario de servicio, con promesas de precisión y numéricamente calculada eficiencia. Sin embargo y como hemos visto, no es ninguna panacea. Aunque lo arropemos con modernidad digital, ello no quitará cuál es su esencia: un proceso de gestión legal en donde las materias a que se refiere son y serán siempre opinables, discutibles, no cuantificables. No es ni será un nicho de explotación cuyo objeto sea calculable. Y ello sin mencionar que opera en un medio en que aún domina la certificación de escritos en soporte papel instaurada a mediados del siglo XIX: el protocolo de las notarías, los Libros de Registro de los Conservadores. De cualquier modo, aún si contáramos con normas legales que modernizaran estos registros públicos, todavía permanecería la naturaleza imprevisible y argumentable de las materias técnicas que constituyen su sustrato.

Por otro lado, es imposible no considerar la enorme utilidad práctica que provee la estandarización digital. Permite contar con un esquema (siempre referencial), de manera que ciertos aspectos pueden anticiparse y planearse. Constituye un método visualmente amigable en que se organiza la información y los antecedentes necesarios para construir los negocios hipotecarios. También otorga transparencia al mandante en la prestación del servicio, pues puede contar en cualquier momento con toda la información que requiera.

En suma, concluimos que sí es beneficiosa la utilización de métodos ingenieriles para planificar y esquematizar el proceso, y que los medios digitales en red son una fabulosa herramienta para desarrollar esta actividad. Con todo, no debe esperarse que de ello pueda generarse alguna especie de índice de infalibilidad pre calculado, porque, a fin de cuentas, el trabajo se desarrolla siempre en base normas humanas: prescripciones de la razón que aspiran a alcanzar valores filosóficos de justicia, orden, moralidad y virtud (Santo Tomás de Aquino, 1274).

CAPITULO II: ANÁLISIS DEL VÍNCULO OBLIGACIONAL ENTRE PRESTADOR Y MANDANTE, EXIGIBILIDAD DE RESULTADOS

1.- Nota previa

Conforme hacíamos presente al final del título alusivo al régimen de externalización, a nuestro juicio hemos de considerar al contrato de formalización hipotecaria jurídicamente como un simple arrendamiento de servicios inmateriales. Ello por cuanto si bien el servicio se presta bajo un régimen de externalización o *outsourcing* con apariencia de vínculo innominado, en su esencia reviste las características fundamentales de aquella antigua figura. En efecto, aun cuando la relación pueda llegar a niveles importantes de complejidad, su estructura básica es de lo más sencilla: un sujeto A (la empresa formalizadora) es obligado a prestar servicios de asesoría profesional y de gestión documental a un sujeto B (el banco o institución financiera), el que, a su vez, es obligado al pago de un honorario o remuneración.

Determinado esto, es de notar que en los últimos años se ha estado haciendo presente por una parte importante de la doctrina la necesidad de realzar la creciente importancia que ha venido adquiriendo la prestación de servicios inmateriales en el tráfico jurídico. En efecto, el continuo y permanente desarrollo de la economía ha culminado en una consolidación del sector terciario incomparable al de épocas pasadas, en particular en lo relativo a la externalización o *outsourcing* como fenómeno económico para la eficiencia. Tanto es así, que el 73,3 por ciento (al año 2012) del movimiento del mercado chileno corresponde a transacciones de servicios (Arellano y Carrasco, 2014). Esto ha obligado a los autores especialistas a voltear la mirada hacia la normativa vigente que regula dichas transacciones, y a darle una lectura moderna para evaluar si está a la altura de lo que los tiempos actuales requieren, particularmente en cuanto a los regímenes de responsabilidad aplicables (Brantt y Mejías, 2016: pp. 72 – 73).

En los títulos siguientes expondremos nuestro caso, el servicio de formalización hipotecaria, a la luz de las modernas posturas en torno al régimen común de prestación de servicios inmateriales, a fin de que mediante un pormenorizado análisis nos sea posible responder a la siguiente cuestión fundamental que motiva el presente trabajo: ¿Puede la técnica de la estandarización junto a la utilización de las tecnologías de la información, servir de método para transformar una obligación tradicionalmente

catalogada como de medios, en una de resultados? Y como consecuencia inmediata se pretende dilucidar el régimen de responsabilidad aplicable a la prestación de servicios profesionales que tradicionalmente se han entendido como constitutivos de obligaciones de medio, pero que se prestan bajo un régimen de estandarización. A continuación, desarrollamos estos conceptos para luego avanzar con nuestra pretensión.

2.- Sobre el estatuto jurídico de los contratos de servicios en general

Una primera cuestión a tener presente es el estado actual del régimen común aplicable a la contratación de servicios. En el último tiempo se ha hecho notar la severa insuficiencia de reglamentación que al efecto nos proporciona nuestro derecho común, específicamente en cuanto a la responsabilidad por incumplimiento. En atención a tal panorama, se han hecho esfuerzos por elaborar o construir, a partir de la normativa vigente con la que contamos, algún estatuto común al que pueda acudir para ser aplicado a los contratos de prestación de servicios tomando en consideración sus específicas características. Con ese fin, María Graciela Brantt y Claudia Mejías se ocuparon de analizar las normas del Código Civil que regulan el mandato y el arrendamiento de servicios inmateriales, logrando concluir que tales normas no hacen sino repetir los principios generales de responsabilidad contractual, que fueron concebidos por el legislador decimonónico teniendo en mente las necesidades de equidad que producían las obligaciones de dar, en particular las derivadas del contrato compraventa, por ser ése precisamente el contrato que más interesaba reglar en un contexto de economía agraria. En consecuencia y como podrá apreciarse, el resultado de la pretensión fue negativo, sin más remedio que la resignación ante la ausencia de un conjunto normativo que esté a la altura de salvar la situación (2016: p. 101).¹¹

Debe tenerse presente para la acertada inteligencia de este capítulo, que lo expuesto precedentemente constituye una dificultad que nos perseguirá durante lo que resta de nuestro estudio, por cuanto si la base conceptual no se encuentra resuelta,

¹¹ En todo caso, las mismas autoras precisan: “Los únicos preceptos que contienen normas que se apartan de las reglas generales y que pueden contribuir a enfrentar las particularidades de los contratos de servicios son las referidas al desistimiento o terminación unilateral del contrato –aunque con soluciones diversas– y a la sustitución de la prestación defectuosa” (2016, p. 101).

tortuoso se vislumbra el camino que debemos recorrer para analizar y responder lo que pretendemos. Con fe sin embargo avanzamos.

3.- Aplicabilidad de las normas que regulan el mandato a la formalización hipotecaria
Hemos ya dicho e insistido que el fenómeno que en el presente trabajo se estudia, el servicio de formalización hipotecaria estandarizada, lo consideraremos jurídicamente como un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, por tratarse fundamentalmente de un servicio de asesoría legal profesional. Siendo así y en cuanto a su regulación, en la estructura del Código Civil corresponde acudir a los artículos 2006 y siguientes, con sus respectivas remisiones a ciertas normas sobre contratos para la confección de una obra material y al artículo 2118 en cuanto a la aplicación de las normas del mandato. Esta última norma citada resulta crítica para nuestro análisis, y dispone: “Los servicios de las profesiones y carreras que suponen largos estudios, o a que está unida la facultad de representar y obligar a otra persona respecto de terceros, se sujetan a las reglas del mandato”.

Se ha planteado la dificultad de establecer la compatibilidad entre los referidos cuerpos normativos, sobre todo en atención a la real aplicación que pudieran tener las normas del mandato a la prestación de servicios inmateriales. Se postula que no obstante el tenor amplio del artículo 2118 en cuanto a la prestación de servicios profesionales, dichas normas que se refieren a cuestiones típicas de la gestión de negocios ajenos no serán *per se* aplicables a todos los contratos de servicios. Esto porque lógicamente, sólo serán aplicables en la medida que aquellas disposiciones sean compatibles con la naturaleza de los servicios profesionales en cuestión y que correspondan con las particularidades propias de la naturaleza del mandato (Barros, 2012, pp. 326-329). Con todo, a nosotros no nos pesará esta dificultad, pues a nuestro juicio no cabe duda que sí resultan aplicables las normas del mandato al servicio de formalización hipotecaria, pues ella se realiza en régimen de externalización precisamente por cuenta y riesgo de la empresa que con razón se la llama “mandante” (como dijimos, casi siempre una institución financiera). No hay, sin embargo, representación en este caso. El riesgo que correrá la empresa mandante lo será por cuanto suya será la responsabilidad ante su cliente por el trabajo y la asesoría prestada por la empresa externa, salvo su derecho a repetir contra ella misma.

3.1.- Protección de datos personales, obligación de constituir un mandato

Como consideración al margen, pero directamente relacionada, diremos que existe un aspecto respecto del cual el vínculo entre mandante y prestador en nuestro caso ha de tomar obligadamente la forma de mandato. Se trata del tratamiento de cierta información propia de las personas o clientes que serán los mutuarios en los créditos hipotecarios que se procesen, conforme al tenor de los artículos 7 y 8 de la Ley 19.628 Sobre Protección de Datos de Carácter Personal, que disponen:

“Artículo 7º.- Las personas que trabajan en el tratamiento de datos personales, tanto en organismos públicos como privados, están obligadas a guardar secreto sobre los mismos, cuando provengan o hayan sido recolectados de fuentes no accesibles al público, como asimismo sobre los demás datos y antecedentes relacionados con el banco de datos, obligación que no cesa por haber terminado sus actividades en ese campo.”

“Artículo 8º.- En el caso de que el tratamiento de datos personales se efectúe por mandato, se aplicarán las reglas generales.

“El mandato deberá ser otorgado por escrito, dejando especial constancia de las condiciones de la utilización de los datos. El mandatario deberá respetar esas estipulaciones en el cumplimiento de su encargo.”

La empresa formalizadora hipotecaria de ordinario manejará y tendrá a su disposición información personal y sensible respecto de los clientes hipotecarios de su mandante, particularmente información financiera y ocasionalmente datos relativos a sus relaciones de familia (en cuanto sean relevantes por sus efectos patrimoniales, en el contexto del estudio de títulos de los inmuebles, como, por ejemplo, una sentencia de divorcio).

En línea con la garantía fundamental del derecho a la honra y a la vida privada consagrada en el artículo 19 número 4 de nuestra Constitución Política, la Ley 19.628 recién citada protege a las personas contra la divulgación de su información personal, y obliga a entidades que manejan esta información a guardar reserva de ella. Si se encarga el almacenamiento y/o procesamiento de esta información a un tercero, se obliga a que sea por medio de un mandato estableciendo la escrituración como solemnidad.

3.2.- Consecuencias relevantes de la aplicación de las reglas del mandato al servicio de formalización hipotecaria

Aplicar las antedichas normas al fenómeno que nos ocupa (y por extensión a cualquier otra prestación de servicios profesionales en formato compatible con ellas) tiene consecuencias de considerable importancia. A continuación, mencionamos las que a nuestro juicio son las más relevantes:

3.2.1.- La empresa formalizadora tiene derecho a remuneración, aunque nada se diga en el contrato respectivo

Esto fluye del hecho de ser el mandato oneroso por naturaleza, lo que se concluye forzosamente del artículo 2158 número 3 del Código Civil, que señala como una de las obligaciones del mandante la de pagar al mandatario la remuneración estipulada o “usual” (Meza, 2007, p. 201). Esto además se nos reafirma en lo dispuesto por el artículo 1997 del mismo cuerpo legal.

Evidentemente, en una relación contractual de gran envergadura patrimonial como la que nos ocupa, habrá diligencia en la fijación de la remuneración que debe recibir la empresa formalizadora. Con todo, estas reglas pueden ser de gran utilidad en el evento que surja alguna situación en que puedan presentarse dudas al respecto, habida consideración de la complejidad que suelen caracterizar estas relaciones.

3.2.2.- La empresa formalizadora responde hasta de la culpa leve

Conforme al artículo 2129 del Código Civil, “el mandatario responde hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su encargo”. Nótese que dicha disposición constituye una excepción a la regla general del artículo 1547, por cuanto ella resulta aplicable sea que el mandato se haya pactado o no como oneroso.

Para nosotros, sin embargo, constituye nada más que una aplicación de la regla general. Es obvio que el contrato de formalización hipotecaria se ejecuta “en beneficio recíproco de las partes”.

3.2.3.- Delegación

Si bien la empresa formalizadora funcionará habitualmente en régimen de externalización, ella a su vez puede externalizar ciertas áreas de su quehacer ordinario.

Es posible (y en la práctica habitualmente se observa) que lo haga respecto de ciertas labores y asesorías relacionadas con las áreas de recursos humanos y de tecnologías de la información.

A nuestro juicio, en tal escenario pueden encontrar aplicación las normas relativas a la delegación del mandato de los artículos 2135 al 2138 del Código Civil. Así, y en la medida que no se le haya prohibido expresamente, la empresa que otorga el servicio puede buscar ayuda externa delegando o subcontratando asesorías y servicios. Conforme a la normativa común recién citada, responderá de los hechos del delegado como de los suyos propios; y si se le ha otorgado expresamente la facultad de delegar, lo hará si el delegado que escogió era notoriamente incapaz o insolvente.

3.2.4.- Provisión de lo necesario para cumplir el mandato

Conforme al artículo 2158 de nuestro Código Civil, dentro de las obligaciones del mandante se encuentra la de proveer al mandatario de lo necesario para la ejecución del mandato. Para la realidad del fenómeno que nos ocupa, es nuestro sentir que esta obligación no significa que deba la empresa mandante proporcionar al *outsourcer* de todo cuanto sea necesario materialmente para que pueda prestar sus servicios. La mandataria debe contar con su capital productivo propio, el cual explotará a fin de obtener la debida remuneración y consecuentes ganancias. Con todo, estimamos que esta regla es aplicable en cuanto le es exigible al mandante una actitud colaborativa en el desarrollo cotidiano de las comunicaciones con la empresa formalizadora. De esta manera, si la mandante se negara a aportar información necesaria para la prestación del servicio hipotecario (como, por ejemplo: antecedentes para confección de un estudio de títulos, condiciones comerciales para la redacción del contrato hipotecario, tipo o figura de negocio que se proyecta en una operación dada, etc.) oportuna y claramente, quedaría autorizado el *outsourcer* para desistirse de su encargo, conforme al artículo 2159 del Código Civil.

En doctrina, existe otro punto de vista sobre el particular. Pamela Prado considera que existe en toda obligación un deber de colaboración respecto del acreedor (aquí el mandante), que a su vez constituye en sí una obligación cuya inobservancia implica incumplimiento contractual (2016: pp. 59-83). Así, en cuanto a las consecuencias de ello

en relación con los remedios aplicables, muy resumidamente la citada autora propone lo siguiente (los comentarios a continuación de cada idea son nuestros):

a) La inobservancia del deber colaboración del acreedor torna en inexigible la obligación principal del deudor (aplicación del principio “la mora purga la mora”) (pp. 78, 79). Observamos que esta idea es, en su aplicación práctica, idéntica a lo razonado precedentemente desde el punto de vista de la aplicación de las normas relativas al mandato.

b) El deudor puede demandar el cumplimiento forzado de la colaboración debida por el acreedor (p. 78). Esto es sin duda una idea audaz en nuestro medio. Sin embargo, para el fenómeno que motiva el presente trabajo no vislumbramos su utilidad. No existiendo perjuicio a sufrir por la empresa formalizadora en caso de algún retardo en una gestión esperada del mandante, no se justifica que se le exija su cumplimiento por vía coercitiva. Le basta con poder excusarse de su obligación principal, según lo expuesto en el párrafo anterior.

c) El deudor puede exigir la resolución del contrato y/o que se le indemnicen los perjuicios sufridos por el incumplimiento del acreedor (pp. 79 – 81). Para nuestro fenómeno de estudio, estas dos posibilidades nos parecen bastante extremas. Además, ordinariamente será de sumo interés para el *outsourcer* mantener vigente la relación contractual con su mandante, y en términos amistosos y convenientes para el negocio. En todo caso, aplicándose debidamente las reglas del mandato al fenómeno en estudio, el remedio resolutorio resulta improcedente, como veremos luego.

3.2.5.- Revocación como modo de extinguir

El artículo 2165 del Código Civil deja claro que el mandato es esencialmente revocable, sin distinguir entre mandato gratuito u oneroso, atendido que se trata de un contrato de confianza. Para nosotros esto significa que la institución mandante puede a su solo arbitrio retirar completamente el envío de solicitudes de trabajo al *outsourcer*, el que se encontrará ante esto en una absoluta indefensión. Esto se ve además acentuado por lo dispuesto en el artículo 2009 del mismo cuerpo legal citado.

Es importante destacar que en general, las instituciones bancarias usualmente mantienen más de un proveedor respecto de ciertos servicios que externalizan, particularmente en lo que concierne a aquéllos que son considerados críticos desde el

punto de vista estratégico (y el mercado hipotecario ciertamente lo es). No les es prohibido distribuir sus requerimientos entre los *outsourcers* a su arbitrio; y lo hacen, en efecto, con el fin de asegurar la estabilidad operacional, reduciendo el riesgo en caso de que algún proveedor se vea en la necesidad de dejar de prestar sus servicios, por cualquier causa. Al respecto, la Circular número 3629 de fecha 27 de diciembre del año 2017 emitida por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, hoy Comisión para el Mercado Financiero, expone: “Dentro de las evaluaciones de riesgo deben considerarse aquellos que se generan como consecuencia de la concentración de entidades financieras en un proveedor, ya que ante una eventual falla de éste, se podría generar una crisis a nivel de la industria; así como también cuando se entreguen varias actividades significativas a un mismo proveedor y al externalizar servicios en proveedores que generen barreras altas de salida, especialmente en términos de dependencia de la infraestructura tecnológica contratada, la posible pérdida de la pericia técnica interna, la localización de los datos y la propiedad de los mismos. Las instituciones deben definir de manera fundada los criterios de concentración y barreras de salida”.

De esta manera, en un momento dado un proveedor externo puede estar haciéndose cargo de un gran volumen de operaciones o negocios, y de la noche a la mañana, sin aviso ni expresión de causa, puede reducirse ese flujo a la mitad, o aumentarse al triple (esto en la práctica hemos podido comprobarlo). Desde luego, esto puede ocasionar serios inconvenientes al *outsourcer*, el que debe estar permanentemente adaptando sus recursos a los cambiantes flujos de trabajo que le envía su mandante.

Con todo y por precaria que podamos estimar la posición contractual del proveedor frente a su mandante, la facultad legal de revocar es absolutamente discrecional. David Stitchkin es categórico: “(El mandante) no necesita fundar su resolución de poner término al mandato, ni explicar las razones que lo mueven, ni justificar faltas o abusos del mandatario. Luego, el mandante que revoca no ofende al mandatario por ese solo hecho, ni aun cuando lo haga saber al público por avisos en los diarios. Al obrar de este modo ejercita un derecho que la ley le confiere en resguardo de sus intereses y quien ejercita un derecho no agravia, art. 2173, inciso final. Así se ha fallado” (2019: p. 461).

3.2.5.1.- Irrevocabilidad

“La facultad de revocar el encargo es una cosa de la naturaleza del mandato, no de su esencia. Diversas disposiciones del Código Civil dejan de manifiesto que es lícito estipular la irrevocabilidad del encargo confiado al mandatario y que no es necesario estipularla porque se subentiende cuando el interés legítimo de un tercero exige el mantenimiento del mandato. Así, con arreglo a lo prevenido en el artículo 1584, la persona designada por ambos contratantes para recibir no pierde esa facultad por la sola voluntad del acreedor, el cual, sin embargo, podrá ser autorizado por el juez para revocar este encargo en todos los casos en que el deudor no tenga interés en oponerse a ello. Del mismo modo, si se ha estipulado que se pague al acreedor o a un tercero, el pago hecho a cualquiera de los dos es igualmente válido. Y no puede el acreedor –dice el art. 1585– prohibir que se haga el pago al tercero, a menos que antes de la prohibición haya demandado en juicio al deudor o que pruebe justo motivo para ello. El Código de Comercio sienta el principio en términos generales al prescribir, en el art. 241, que el comitente no puede revocar a su arbitrio la comisión aceptada cuando su ejecución interesa al comisionista o a terceros. He aquí una norma de derecho común que excede los límites de la legislación mercantil y rige para todo mandato” (Stitchkin, 2019: p. 462).

En nuestro caso, podría estimarse a primera vista que es evidente que el *outsourcer* como mandatario tiene gran interés en que la relación que lo une a su mandante se mantenga vigente; sin embargo tal interés se desprende únicamente de la remuneración que en virtud de ese mismo vínculo se le deba, lo que a todas luces no es suficiente para alegar irrevocabilidad, por cuanto conforme a la ley la facultad de revocar es ejercitable sin ser relevante que el mandato sea o no remunerado.

En cuanto al principio de la irrevocabilidad por interés de un tercero, don David Stitchkin explica: “Se entiende que el mandato interesa a un tercero siempre que forme parte de un contrato al cual accede como condición prevista por las partes para darle cumplimiento total o parcial” (2019: p. 464). En nuestro caso, no existirá tercero alguno que comparezca como interesado en la relación contractual entre la institución mandante y el *outsourcer*. Por lo tanto, si bien existen numerosos terceros interesados en la mantención de este mandato, ello no impedirá que la institución mandante revoque a su arbitrio lo encargos encomendados.

Debe tenerse presente que desde esta perspectiva tienen para nosotros la calidad de terceros todas las partes que intervienen en cada una de las operaciones hipotecarias, a saber: el cliente del banco (ya sea en su calidad de comprador o sólo deudor), el garante hipotecario (que puede o no coincidir con la persona del deudor), el vendedor, y las entidades alzantes. Lo antedicho significa que estos terceros se hayan también en precaria posición jurídica, pues sus respectivas operaciones están siempre susceptibles de quedar repentinamente abandonadas a medio camino de su tramitación.

Con todo, naturalmente que lo recién expuesto no ocurre en la práctica. Por razones de diligencia y deferencia en el otorgamiento del servicio, todas aquellas operaciones de las que ya se haya hecho cargo un determinado proveedor, continúan bajo su gestión hasta su total conclusión, aun si la entidad bancaria le hubiere revocado totalmente el mandato al *outsourcer*. De lo contrario, los intereses de los aludidos terceros se verían gravemente perjudicados. Por lo demás y conforme al artículo 1546 del Código Civil, los contratos deben siempre ejecutarse de buena fe.

3.2.6.- Improcedencia de la acción resolutoria

Tratándose de un contrato bilateral, surge la duda de si en el mandato es procedente la invocación de la resolución conforme al artículo 1489 del Código Civil como remedio en caso de incumplimiento, en vista de sus particulares características. Siguiendo la opinión de David Stitchkin, estimamos que dicho remedio no resulta aplicable a la relación que nos ocupa. Ello por cuanto el legislador se ha ocupado de detallar especialmente los efectos del incumplimiento de las partes en el mandato, debiendo primar esas normas especiales por sobre el principio general de la acción resolutoria. Al respecto, Stitchkin señala: “Si es el mandante quien no cumple por su parte aquello a que es obligado, el art. 2159 autoriza al mandatario para desistir de su encargo, o sea, para dar por terminada su gestión, si ya la principió, o para no iniciarla en caso contrario. La expresión ‘desistir de su encargo’ envuelve la idea de terminación del contrato sin efecto retroactivo (de la misma manera que el plazo), y la circunstancia que el legislador haya considerado especialmente los derechos del mandatario en caso de incumplimiento de las obligaciones del mandante, confirma nuestra opinión de la improcedencia de la condición resolutoria tácita. Corrobora esta tesis el hecho de que pudiendo terminar el mandato por la renuncia del mandatario, formulada en cualquier

momento, se haya referido el legislador expresamente al derecho de desistirse del contrato en el caso propuesto, lo que indica claramente que en su concepto el desistimiento supone el ejercicio de un derecho distinto de la renuncia. El primero se funda en un hecho culpable del mandante –que autoriza además para obtener indemnización de perjuicios–, mientras que la renuncia dice relación con la sola voluntad del mandatario, ajena a la actuación del mandante. Luego, el incumplimiento de las obligaciones del mandante da derecho al mandatario para desistirse y reclamar perjuicios, pero no para demandar resolución.

“Si es el mandatario el que se constituye en mora de cumplir lo pactado, el mandante puede demandar la rendición de cuentas (si se ha dado principio a la ejecución) más la indemnización de perjuicios, arts. 2161 y 2167, inciso segundo. O bien simplemente demandar la indemnización si se trata de un incumplimiento total, arts. 2167 y 1553.

“En caso de incumplimiento parcial no procede la acción resolutoria simplemente porque, en principio, la ejecución parcial no obliga al mandante sino en cuanto le aprovechare, art. 2161, inciso primero. Por lo mismo, carece de objeto intentar la acción resolutoria para dejar sin efecto un acto o contrato que no le afecta, que le es inoponible. Si el incumplimiento es total, la acción resolutoria también carece de objeto porque puede poner término al contrato por su sola voluntad –mediante la revocación–, y en cuanto a la restitución de lo que hubiere entregado al mandatario, puede obtenerla mediante la acción de rendición de cuentas, conjuntamente con la indemnización de perjuicios, sea por el incumplimiento, sea por la mora del mandatario en restituir el saldo que resultare en su contra, art. 2156.

“Pero, ¿podrían las partes estipular un pacto comisorio en el mandato? Evidentemente. Nada se opone a ello y, por el contrario, el art. 2163 dispone que el mandato termina por la expiración del término o por el evento de la condición prefijados para la terminación del mandato.

“Pero esta condición resolutoria es una causa de ‘terminación’ del mandato, no de resolución del mismo, lo que indica que en este contrato no opera retroactivamente, como ocurre por lo general, sino sólo para el futuro, en forma semejante al término extintivo. Por lo demás, no es éste el único caso en que la resolución opera sin efectos retroactivos. Lo mismo ocurre en el arrendamiento” (2019: pp. 156 – 157).

4.- Incumplimiento y responsabilidad.

Conviene a nuestro propósito repasar los conceptos fundamentales de incumplimiento y responsabilidad relacionados con el ámbito contractual, puesto que en ocasiones la línea divisoria entre ambos suele aparecer algo difusa. Y es de vital importancia para los fines del presente trabajo mantenerlos claramente distinguidos.

Así y, en primer lugar, hemos de recordar que el incumplimiento es el elemento básico a partir del cual eventualmente pueden activarse una serie de remedios que el ordenamiento jurídico pone a disposición del acreedor en función de lograr la satisfacción de su interés. Sin embargo, hay que tener presente que, desde la perspectiva del remedio indemnizatorio, el incumplimiento no es el único elemento que debe concurrir para hacer efectiva la responsabilidad del deudor. Al respecto, Sergio Urrejola nos recuerda que “para que el deudor de una obligación contractual sea responsable de su incumplimiento es necesario la constatación de los siguientes elementos: un hecho generador por parte del deudor; la existencia de un daño sufrido por el acreedor; la existencia de un vínculo causal que una al hecho generador con el daño sufrido por el acreedor; y la constitución en mora del deudor” (2011: p. 29).

Más adelante, el mismo autor señala que “el CC no nos entrega una definición de incumplimiento contractual, sin embargo, establece en su artículo 1556 los efectos que produce dicha inexecución, cual es la indemnización de los perjuicios. Según dicho artículo, la indemnización de los perjuicios se debe en tres hipótesis: cuando no se cumplió con la obligación; cuando se cumplió imperfectamente; y cuando hubo cumplimiento, pero fuera del período estipulado” (2011: p. 30).

De los textos citados se colige que el incumplimiento proviene de lo que se denomina un “hecho generador”, que nace necesariamente desde una conducta del deudor y que constituye una infracción a la prestación debida. En consecuencia y atendido que al deudor le es imputable su propia conducta, es que a partir del incumplimiento (junto a la concurrencia de otros requisitos), nace la responsabilidad. Ella consiste en términos generales y abstractos, en la necesidad jurídica en la que se encuentra el deudor de dejar indemne al acreedor de los perjuicios sufridos ante la no obtención de la ventaja que éste esperaba conseguir con la instauración convencional de la obligación.

Sergio Urrejola continúa más adelante diciendo que “la gran mayoría de la doctrina nacional considera que para configurar el hecho generador del incumplimiento de la obligación se debe acreditar, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1547 del CC, tanto la infracción de la prestación debida como la culpa o el dolo del deudor. Se argumenta que no hay responsabilidad sin culpabilidad y que no es posible poner en duda que la culpa es el elemento esencial de la responsabilidad contractual en el sistema de nuestro CC. Por el contrario, las opiniones que argumentan que la culpa no sería un elemento necesario para configurar dicho régimen de responsabilidad son excepcionales” (2011: pp. 30 – 31).

Vemos entonces que este denominado “hecho generador” tiene, a su vez, sus requisitos propios, que son: la infracción de la prestación pactada, y, según “la gran mayoría de la doctrina nacional”, la culpa o dolo del deudor. Veámoslos de cerca:

La infracción de la prestación pactada consiste, solamente, en cualquier hecho u omisión del deudor que no sea consistente con lo previsto en el tenor textual de lo convenido, sin importar su causa u origen. De esta manera se aprecia que se trata de un fenómeno estrictamente objetivo. Por el contrario, la culpa o dolo se refieren al ánimo subjetivo del deudor. Como se recordará, se entiende por culpa la falta de diligencia, y por dolo, “la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”, pero en este caso ha de tomarse como la intención deliberada de no cumplir con la obligación pactada (Urrejola, 2011: p. 31).

Urrejola observa que, en la práctica, dichos requisitos no pueden convivir lógicamente en todas las situaciones a que aspiran ser aplicados (2011: p. 64 – 65), lo que se examinará en detalle más adelante¹².

4.1.- La indemnización como alternativa autónoma

Conforme a las lecciones clásicas, el análisis del fenómeno de la responsabilidad contractual se traduce en el estudio de los medios legales con que cuenta el acreedor para conseguir coercitivamente la prestación que le había sido prometida o al menos para quedar indemne de los perjuicios derivados del incumplimiento. Al respecto y a propósito del tenor del artículo 1489 de nuestro Código Civil, se ha discutido si la

¹² Véase infra número 5.3.

indemnización de perjuicios puede o no constituir una alternativa autónoma para la satisfacción del interés del acreedor, sin que sea necesariamente considerada como accesoria a la resolución o al cumplimiento forzado, que es lo que hasta ahora entendía la doctrina clásica. Sobre este punto, Patricia Verónica López Díaz expone: “Es posible incardinar la indemnización compensatoria como remedio autónomo por incumplimiento de un contrato bilateral en el Código Civil chileno, a través de una relectura y reinterpretación del artículo 1489, siguiendo, al efecto el modelo que actualmente ofrece el nuevo derecho de la contratación en esta materia –particularmente los cuerpos normativos de derecho uniforme y el Anteproyecto del Código Civil francés. Ello permitirá adecuar la normativa de incumplimiento contractual contenida en el Código Civil a las actuales condiciones del tráfico jurídico en las que prevalecen las obligaciones de objeto fungible, insertándola, ciertamente, en la modernización del derecho de las obligaciones” (2010: p.108).

En nuestro caso, la recién expuesta dificultad no nos afecta, pues el servicio de formalización hipotecaria se constituye, sin lugar a dudas, de un conjunto de obligaciones de hacer, y, en consecuencia, le es aplicable el artículo 1553 del Código Civil que expresamente otorga la facultad al acreedor de elegir la indemnización de perjuicios como remedio autónomo.

Además, han de aplicarse para nosotros las normas relativas al mandato según vimos, en las que existe autorización legal expresa para demandar sólo la indemnización de perjuicios, conforme a los artículos 2161 y 2167 del Código Civil.

4.2.- Responsabilidad contractual por el hecho de un tercero

A propósito de lo expuesto precedentemente sobre la aplicación de las normas relativas a la delegación en el mandato, cabe tener presente lo dispuesto en el artículo 1679 del Código Civil, que establece que el deudor es responsable no sólo de su propia conducta, sino que además del “hecho o culpa de las personas por quienes fuere responsable”. Para nosotros, dicha norma se torna aplicable en la formalización hipotecaria cuando el *outsourcer* delega o subcontrata ciertos servicios o prestaciones.

Si bien se trata de una norma especial, aplicable a primera vista sólo respecto de la pérdida de la cosa que se debe como modo de extinguir las obligaciones, existen en doctrina buenos argumentos para sostener que dicha norma es expresión de un principio

general contenido en nuestra normativa común sobre la responsabilidad del deudor por el hecho de terceros. Así, René Abeliuk sostiene que dicho principio puede extraerse a partir de los artículos 1925, 1926, 1928, 1941, 2000, 2014, y 2003 del Código Civil, concluyendo que debe optarse por “reconocer (...) la responsabilidad del deudor por el incumplimiento causado por dolo o culpa de sus dependientes y demás personas que el deudor emplee para el cumplimiento de sus obligaciones (...). Por otra parte, si se responde en la responsabilidad extracontractual de los hechos de los dependientes, no se ve por qué va a excluirse en la contractual” (2001: p. 140).

Otra postura es sostenida por Carlos Pizarro, quien observa que “el deudor no respondería por cualquier tercero involucrado en la ejecución de la obligación contractual, dependerá si el deudor participó en su elección. Sólo en las hipótesis en que el deudor principal haya introducido –organizado– una ejecución mediante la participación de los terceros deberá responder por éstos”. Por tal motivo, más adelante el mismo autor señala que “en realidad, la responsabilidad contractual por el hecho de otro sigue siendo un tanto artificial, pues siempre habrá un factor de imputación directo al deudor principal” (2009: p. 241).

5.- Obligaciones de medio y de resultado

Conforme a lo apuntado en la primera parte del presente estudio, nuestro interés aquí consiste en analizar la relación jurídica existente entre la institución mandante y la empresa formalizadora, examinando los posibles remedios aplicables en caso de incumplimiento, y todo a la luz de la utilización del método de estandarización junto con el uso de herramientas digitales, considerando sus técnicas industriales de predicción de resultados. Para esto, nos resulta de fundamental importancia revisar la categorización de las obligaciones como de resultado o de medio, por cuanto ella atiende precisamente a si en la obligación en cuestión es razonable exigirle al deudor un resultado concreto previsto.

A continuación, repasaremos someramente sus principales características.

5.1.- Definiciones

Como se recordará, obligaciones de resultado son aquellas en que la prestación comprende la concreción de una *opus*, esto es, una obra nueva o inexistente previamente,

cuya verificación es lo que satisface el interés del acreedor. Obligaciones de medio en tanto, son aquellas en que el deudor compromete la realización de una conducta o actividad que debe sujetarse a las reglas de una determinada ciencia, arte o técnica, sin garantizar un resultado en particular al acreedor, cuyo interés resulta satisfecho por el solo despliegue de la referida conducta, que agota el contenido de la prestación (Peñailillo, 2009, p. 223). Son de esta segunda clase, por ejemplo, los servicios legales (ya sea en cuanto a representación judicial o a cualquier otro ámbito), las prestaciones médicas, la labor académica, y el corretaje financiero.

Encontrándose el servicio de formalización hipotecaria indudablemente dentro del espectro de servicios legales, hemos de estimar, preliminarmente, que las prestaciones que genera corresponden a un conjunto de obligaciones de medio, considerando además sus naturales limitaciones que tratamos en el primer capítulo del presente trabajo.

5.2.- Importancia de la distinción

Esta clasificación de obligaciones se hizo por primera vez por la doctrina francesa para resolver una supuesta contradicción entre los artículos 1137 y 1147 del Código Civil de ese país, que aludía a la carga probatoria en caso de incumplimiento contractual (Demogue, 1933). En nuestro país, por muchos años se sostuvo la idea de que la distinción en comento nos es inútil, por cuanto el legislador ha resuelto expresamente el problema de la carga probatoria en materia de incumplimiento, en los artículos 1547 y 1698 de nuestro Código Civil (Alessandri, 1943: p. 53), (Abeliuk, 2001: p. 180).

Hoy en día, sin embargo, ciertos juristas de nuestro medio han recogido esta clasificación para establecer diferencias en cuanto a los criterios que deberán aplicarse a la hora de especificar las normas que regirán para determinar cuándo se configura el incumplimiento, y cómo se hace efectiva la consecuencial responsabilidad en cada una de las categorías. Ello es lo que pasamos a examinar a continuación.

5.3.- Incumplimiento y responsabilidad en obligaciones de resultado

En las obligaciones de resultado, lo comprometido contractualmente es la entrega concreta y absoluta de un determinado producto o conducta cuya sola no ejecución es causal de incumplimiento, dando lugar, según la teoría moderna, a una responsabilidad

de tipo objetiva. A primera vista, puede parecer la más sencilla: no ejecutada la prestación concreta prometida, habrá responsabilidad por incumplimiento. Sin embargo, aplicar este razonamiento aparentemente obvio, significa para la lectura tradicional infringir el tenor del artículo 1547 de nuestro Código Civil.

En dicho artículo, el legislador en su afán por resolver el problema a que se veían enfrentados los juristas franceses conforme a lo expuesto en el párrafo anterior, consagró la presunción de la culpa ante el incumplimiento contractual, dejando abierta la posibilidad de que el deudor enerve la acción de responsabilidad por incumplimiento alegando y probando que ha obrado con el nivel de diligencia que dicha norma le exige. Esto echa por tierra no sólo la pretensión de un régimen de responsabilidad contractual objetiva, sino que también la propia distinción entre obligaciones de medio y de resultado. En efecto, si en ambos casos el deudor puede oponer la debida diligencia al reclamo del acreedor, ¿qué utilidad práctica hay en hacer tal diferenciación?

Aun así, la lectura moderna apunta al incumplimiento objetivo, derivado de la sola desviación del programa contractual, a partir de una concepción realista del contrato que mira fundamentalmente a su finalidad práctica, cual es la satisfacción de intereses y distribución de riesgos (Pizarro, 2008: pp. 255 – 265). Esta postura se apoya en lo fundamental en que no es posible lógicamente, en las obligaciones de dar y en la gran mayoría de las de hacer y de no hacer, presumir la culpa contractual del deudor en los términos del inciso tercero del artículo 1547 del Código Civil, por cuanto en ellas el deudor sólo puede probar el cumplimiento de dichas obligaciones acreditando la ejecución misma y no a través de la prueba de su debida diligencia, desvirtuando la presunción de culpa. Así, a quien debe una suma de dinero no le es posible, en razonable equidad, acreditar el cumplimiento de su obligación sólo alegando que se comportó diligentemente, y quien se obligó a no talar un bosque tampoco puede alegar haber obrado diligentemente, a pesar de haberlo talado. La norma en comento, por tanto, tiene una aplicación sumamente restringida: precisamente sólo respecto de las obligaciones de medios (Urrejola, 2011: p. 60).

Por otro lado, Álvaro Vidal sostiene: “El solo incumplimiento atribuye responsabilidad al deudor, a menos que ésta sea excluida por caso fortuito, que es la única causa de exoneración de carácter supletorio. Asimismo, ha quedado establecido que la culpa y, por consiguiente, el caso fortuito (su faz negativa), inciden únicamente en el

remedio de la indemnización de daños, no así en los restantes” (2007: p. 40). Luego, sentencia más adelante que “El supuesto de la indemnización de daños es el incumplimiento imputable al deudor” (2007: p. 41). Finalmente, agrega que debe distinguirse “la pretensión de la *aestimatio rei*, que es la acción de cumplimiento, de la pretensión indemnizatoria, que nace ex novo, porque se ha causado un daño con ocasión del cumplimiento/incumplimiento de la obligación. Con relación a la pretensión de la *aestimatio rei*, la culpa no actúa como factor de imputación, porque corresponde a lo que el deudor se obligó” (2007: p. 41).

En otras palabras, para dicho autor el citado artículo 1547 se aplica fundamentalmente cuando se pretende reclamar indemnización de perjuicios, lo cual es perfectamente compatible con el incumplimiento de una obligación de resultado. Luego, el deudor de una obligación de resultado puede probar su debida diligencia para enervar una acción de indemnización de perjuicios, pero no para enervar la acción de cumplimiento específico ni la de resolución.

Estimamos acertada la opinión de Álvaro Vidal, teniendo en cuenta que la obligación en sí y los daños que provoca su incumplimiento son fuentes distintas de responsabilidad.

Naturalmente, para aceptar esta posibilidad es necesario previamente aceptar también la independencia o separación de las acciones de resolución o cumplimiento forzado, respecto de la indemnización de perjuicios. Dijimos ya, en todo caso, que esa dificultad no nos afecta porque en nuestro caso el acreedor está expresamente facultado para demandar sólo la indemnización de perjuicios, por el artículo 1553 del Código Civil. La postura recién expuesta significaría para nosotros que incluso si se considerara la formalización hipotecaria como un servicio que constituye una obligación de resultado, aun así, el *outsourcer* podría enervar una acción de indemnización probando que actuó diligentemente.

Baste para nuestros efectos lo dicho en cuanto a las obligaciones de resultado. No nos detendremos más en ellas, dado que hemos calificado ya al objeto de nuestro estudio como una relación en que predominan fundamentalmente las obligaciones de medio.

5.4.- Incumplimiento y responsabilidad en obligaciones de medios

En las obligaciones de medios, la conducta a la que se encuentra obligado el deudor consiste en desplegar la debida diligencia que la disciplina de su especialidad técnica exige, y por tanto su obligación se identifica con esa debida diligencia. Lo que debe, es realizar todo cuanto esté a su alcance para tender a la obtención del resultado perseguido por el acreedor, pero sin que sea posible asegurar ese resultado. Esto es importante en la determinación de la concurrencia del incumplimiento, el que no tendrá relación alguna con la obtención o no del resultado perseguido por el acreedor, sino con el esmero con que el deudor lo haya perseguido. Así, el incumplimiento en este tipo de obligaciones no puede separarse conceptualmente de la culpa, de manera que para enervar la acción del acreedor por incumplimiento le bastará al deudor con probar el hecho de haber desplegado todo cuanto estuvo a su alcance para satisfacer la pretensión final del acreedor. De esta manera, el artículo 1547 del Código Civil es crucial y determinante para configurar el incumplimiento en este tipo de obligaciones.

Más adelante comentaremos los modos en que operará efectivamente la responsabilidad civil en estos casos en general y en la estandarización de procesos hipotecarios en particular.

6.- La estandarización como método para asegurar resultados

Según vimos en el capítulo anterior, no cabe duda que la estandarización lleva a una mejor eficiencia en el tratamiento de negocios y casos, y que sus ventajas son inobjetables si va complementada con la utilización de herramientas digitales.

Sin embargo, la cuestión para nosotros es si por el sólo hecho de prestarse ciertos servicios bajo un régimen de estandarización, se transforman necesariamente, ante los acreedores de dichos servicios, en obligaciones de resultado, no obstante estar insertos en disciplinas que por su naturaleza no pueden anticipar sus resultados (obligaciones de medio). En otras palabras, con la aplicación de este método, ¿podemos realmente garantizar lo que antes no podíamos?

6.1.- Exclusiones

Naturalmente y en cuanto a la noción de servicios en general, dependerá del tipo de prestación que se esté ofreciendo, pues reconozcamos desde ya que, por ejemplo, existen

esfuerzos propios de las disciplinas de abogados y médicos en que sí conviene estimar un determinado resultado como garantizado, como la correcta redacción de un contrato o una cirugía estética (Barros, 2012; pp. 336).

A este respecto, existen múltiples aspectos del servicio de formalización hipotecaria que son, sin lugar a dudas, prestaciones exigibles en concreto. Nos referimos primordialmente a las labores netamente administrativas y operativas, como, por ejemplo, enviar efectiva y oportunamente los borradores o minutas de las escrituras a la notaría designada, mantener la infraestructura digital funcional, no cometer errores de transcripción, mantener al día la información cargada en el sistema digital, procurar siempre una ordenada y correcta redacción en borradores, informes y comunicaciones.

Lo que constituye en este servicio obligación de medio es la labor técnica legal de fondo: la asesoría y gestión en materias civiles, inmobiliarias y financieras, cuyo resultado final depende en gran parte de conductas provenientes de agentes externos a la organización, principalmente autoridades administrativas y auxiliares de la administración de justicia (notarios y conservadores), y de riesgos imponderables según lo tratado previamente.

6.1.2.- Compromiso expreso de resultados

Es posible que, tal vez procurando una mejor venta del servicio ofrecido, el *outsourcer* se comprometa a obtener resultados concretos en cuanto a plazos y resoluciones de agentes externos, invirtiendo de esta manera la carga del riesgo para dejarla establecida en su contra. De esta manera, su obligación técnica que es naturalmente de medio, se transformaría en una de resultado.

A nuestro juicio, la implementación de este tipo de pacto significa la generación de una relación jurídica lesiva o, a lo menos, injustamente desbalanceada en contra de la empresa de formalización. En efecto, ésta estará apostando respecto de factores totalmente fuera de su control productivo, sin que le sea permitido alegar, en caso de reclamos, el haber puesto todo cuanto ha estado a su alcance para satisfacer a su mandante. Por ello, nosotros desaconsejamos una cláusula de este tipo, en cuanto puede resultar significativamente gravosa en términos económicos para el *outsourcer*, y que puede incidir drásticamente en la conveniencia del negocio que presta.

De todas formas, y según ya vimos, conforme a la opinión de Álvaro Vidal el *outsourcer* sí tendrá, ante la pretensión indemnizatoria de su mandante, la posibilidad de alegar que ha obrado diligentemente, incluso si se ha comprometido en una cláusula como la precedentemente planteada.

6.2.- Sobre el denominado “Acuerdo de Nivel del Servicio” (ANS)

El acreedor del servicio podrá estimar que razonablemente y atendido a que existe un proceso estandarizado destinado precisamente a prever toda posible circunstancia y traspié que pudiera sufrirse al perseguir el resultado esperado, el logro de éste le ha sido implícitamente asegurado.

Tratándose de servicios que consisten en una larga serie de actos como dice nuestro Código Civil, como precisamente el procesamiento y formalización de operaciones hipotecarias para instituciones financieras, el acreedor tal vez esperará obtener una estadística mínima de casos exitosos. Cuando dicha estadística se pacta expresamente como exigencia de cumplimiento al *outsourcer*, en la práctica adquiere la denominación de Acuerdo de Nivel de Servicio (ANS), también conocido como SLA por sus siglas en inglés (*Service Level Agreement*). Este nivel de cumplimiento se mide mediante la utilización del programa computacional con que habitualmente operará la empresa formalizadora, esto es, el *software* o sistema informático de seguimiento o *Workflow*. Dicho sistema por lo general poseerá una herramienta de medición del cumplimiento de los plazos en que debe completarse cada tarea del proceso, dando como resultado final un promedio en el nivel de cumplimiento expresado en un porcentaje. Todo, en el contexto de auditorías imparciales y periódicas realizadas al prestador del servicio. Comúnmente se exige un mínimo de un 90 por ciento de casos conformes al estándar. En definitiva, esto significa que el mandante o acreedor del servicio admite o tolera un pequeño margen de error. Un resultado inferior al exigido será causal de incumplimiento contractual. Se trata de una cláusula muy usada en la actualidad, en ámbitos de servicios de informática y telecomunicaciones (Guihua, Xueni y Chen, 2007, pp. 39-43).

El recién descrito nivel de exigencia pudiera parecer verosímil, si se tiene en consideración que el proceso estará cuidadosamente dividido y distribuido en etapas, cada una considerando un plazo y margen de error determinado, y especificando de

antemano la mayor cantidad de escenarios probables junto con un respectivo curso de acción para cada posibilidad. Es razonable que teniendo a la vista un esquema semejante, un determinado resultado sea esperado y por tanto exigido. Así se ha entendido en el ámbito de la ingeniería industrial, en cuyo seno se gestaron estas ideas, con el objetivo de anticipar dificultades y establecer plataformas aseguradoras para avanzar en mejoras. Sin embargo, todo ello se pensó para especies de faena y/o producción que pertenecen al campo de ciencias exactas, en las que extrapolaciones diligentemente calculadas sí pueden efectivamente predecir un determinado resultado. Piénsese en la minería, en plantas de refinería, en fábricas de automóviles. En todas ellas, un determinado resultado sí es habitualmente exigido sin objeción alguna, por cuanto las disciplinas que las gobiernan obedecen a esquemas lógicos que proporcionan una certeza más que suficiente.

6.3.- El ANS hipotecario

En nuestro concepto, aun contando con un proceso bien estructurado y planificado, es imposible predeterminar plazos exigibles para cada etapa del proceso hipotecario, particularmente aquellas que dependen de agentes absolutamente ajenos a su esquema, como son las notarías, la municipalidad, el Conservador de Bienes Raíces, las entidades acreedoras alzantes, las propias partes, etcétera.

Sólo una vez fluyendo una cantidad razonable de operaciones a través de la estructura del proceso, y mediando ensayo y error, será posible ir obteniendo datos relativos a promedios aproximados de demoras, pero únicamente en forma de tendencias generales, y ellas podrán sólo ser tomadas como meras referencias. Ello dado que es imposible predecir el tiempo que tomará procesar cada operación en particular, pues cada una tendrá características específicas, ya sea de condiciones del negocio, ánimos de las partes, estado legal previo del inmueble en cuestión, disponibilidad de autoridades cuya autorización o certificación se requiere, comunicabilidad geográfica entre los distintos oficios (respecto de aquéllos que siguen operando en base al soporte papel).

Sólo hecho un estudio empírico del flujo como el recién descrito, comprendidas las tendencias estadísticas de demoras, y ajustado el esquema del proceso acorde a esa realidad (la que podrá cambiar de una oficina a otra, dependiendo de su ubicación

geográfica, atendidos los distintos criterios con que operan las distintas reparticiones públicas de nuestro país, y también las diferentes características geográficas y climáticas de cada zona, que pueden facilitar o dificultar la logística de las gestiones), es que se podrá razonablemente idear un nivel estimado de exigencia. A nuestro juicio, un criterio justo consistiría en establecer una relación de proporcionalidad directa entre los plazos exigibles respecto de cada etapa y el porcentaje de cumplimiento exigido. Es decir, mientras más largos plazos se concedan para la ejecución de cada tarea, mayor ha de ser el nivel de exigencia, y viceversa.

6.4.- Principio de la autonomía de la voluntad como principal dificultad

Según lo ya varias veces apuntado, uno de los principales obstáculos a la previsibilidad de las condiciones del proceso hipotecario (y por tanto en la formulación de su esquema de etapas), es la intervención en él de agentes ajenos a su estructura.

No se pierda de vista, que el proceso completo se desarrolla en el ámbito contractual, en el cual reina el principio de autonomía de la voluntad.

El actuar de los mencionados agentes escapa por completo al control del proceso, por aplicárseles siempre a su respecto dicho principio. Ellos, como todo ciudadano, son libres para vincularse o no con otros, y si deciden obligarse lo harán por su propia voluntad. Queda entregado a su mero arbitrio celebrar los actos jurídicos que estimen adecuados para, en este caso, intercambiar bienes o servicios que les sean útiles (Stolfi 1959, p. 21).

Recordemos que estos conceptos de libertad y voluntad provienen de las corrientes filosóficas que imperaban entre los juristas del siglo XVIII, y que desde entonces pasó a ser piedra angular del Derecho Civil, reconocido por el Código de Napoleón y por todos los que lo toman de modelo, como el nuestro (Vial, 2015, p. 56).

De esta manera, y si asumimos como premisa indiscutida la existencia del libre albedrío humano¹³ y el consecuencial establecimiento doctrinario y normativo de la autonomía de la voluntad, concluimos forzosamente que no puede preverse con certeza absoluta qué es lo que hará o decidirá tal o cual persona en un momento dado, ya sea en el ámbito jurídico o en cualquier otro.

¹³ Aunque se trata de una cuestión controversial en filosofía (Zanotti, 1985).

Aplicado esto a nuestro proceso, es obvio que sí se podrá, razonablemente, prever el actuar de los agentes propios de la organización so pena de sanciones propias del ámbito del derecho del trabajo o del gobierno corporativo, pero la imprevisibilidad respecto de la conducta de los agentes externos sigue siendo absoluta. De ahí entonces que, para satisfacer a su mandante, el *outsourcer* ha de desplegar todo cuanto esté a su alcance para obtener de dichos agentes las decisiones que tiendan a la consecución exitosa de las gestiones que se le encargan, sin poder asegurarlas.

En nuestro fenómeno de estudio, se han pretendido establecer contractualmente garantías de consecución de una gestión legal dada en plazos predefinidos, lo que en la práctica dista mucho de lograrse en términos absolutos. Probablemente es por esto mismo que se ha establecido un margen tolerable de incumplimiento manifestado en el ANS estudiado precedentemente.

De esta manera, tortuosa ha sido la tentativa de automatizar procedimientos propios de disciplinas en que la aplicación del criterio profesional juega un rol crucial.

7.- Elección y aplicación del régimen de responsabilidad

En este punto, tenemos ya desarrollados dos conceptos al parecer antagónicos, con respecto a la problemática que nos ocupa: la calificación del servicio de formalización hipotecaria estandarizada como una obligación de medios, y el establecimiento contractual de un Acuerdo del Nivel del Servicio. Decimos que hay antagonismo, porque si aceptamos la viabilidad y validez del ANS como instrumento apropiado para exigir un resultado, entonces deberemos admitir que la prestación del servicio en estudio será exigible en resultado, en la medida que exista un ANS convenido. Y tal resultado será, según vimos, expresado en un porcentaje global de cumplimiento de los plazos asignados a las distintas etapas del proceso.

Lo recién planteado gravita en forma fundamental en el criterio a considerar para determinar cuándo habrá incumplimiento en la relación en estudio.

En los apartados siguientes desarrollamos esta problemática, distinguiendo entre cada operación individualmente considerada, y el servicio propiamente tal, pero en términos macro.

7.1.- La asesoría y gestión sobre cada operación individualmente considerada

Una operación individualmente considerada, según vimos, tiene un desarrollo totalmente impredecible y por tanto no le son exigibles en forma absoluta el cumplimiento de ningún plazo ni de ningún resultado concreto. Se les aplica de lleno la calificación de obligaciones de medios, y conforme al nivel de diligencia que legalmente le corresponde al *outsourcer* por aplicación de la normativa relativa al mandato, según precedentemente se expuso. Esto, salvo que aquél se comprometa expresamente a la obtención de resultados concretos, según también ya vimos.

7.2.- El servicio considerado a nivel macro

Aunque el servicio se trate del procesamiento de un flujo dado de operaciones de comportamiento aleatorio, miradas en su conjunto ellas se comportan observando ciertas tendencias estadísticas más o menos predecibles. Obtenidas las cifras de esas estadísticas y calculados los promedios respectivos, puede elaborarse propiamente un esquema de proceso, y esperarse que a través de él las operaciones se comporten de acuerdo a esas tendencias.

De aquí entonces que sea verosímil y razonable la exigencia de un porcentaje promedio mínimo de casos conforme a un determinado estándar.

7.3.- Naturaleza mixta de la obligación

Conforme a lo que venimos apuntando, proponemos ahora que las obligaciones propias de una empresa de formalización de procesos hipotecarios son de naturaleza mixta, pues participan de las características o rasgos tanto de las obligaciones de medio como de las de resultado, dependiendo de si se trata de una operación individualmente considerada o del flujo general de muchas de ellas a través del proceso.

Estimamos que estos ámbitos son sólo separables conceptualmente, pues en los hechos, la empresa tiene un *modus operandi* unitario.

Como se apreciará, esta conclusión viene a refutar nuestra hipótesis propuesta inicialmente, que postulaba que las prestaciones debidas por un *outsourcer* hipotecario son sólo obligaciones de medios.

Consecuencialmente entonces, la elección del modo en que deberá hacerse efectiva la responsabilidad por incumplimiento dependerá de si éste ha concurrido por

falta de la debida diligencia en una operación en particular, o por no haberse verificado el estándar mínimo de cumplimiento exigido por su mandante. A continuación, desarrollamos estos puntos.

7.4.- Incumplimiento de operación individualmente considerada

Si la obligación de prestar el servicio profesional en estudio corresponde a una obligación de medios, en cuanto se trate de sólo una operación del proceso individualmente considerada, corresponde aplicar el régimen de responsabilidad aplicable a esa especie de obligaciones. Así, conforme a las modernas tendencias de la doctrina contemporánea (según lo expuesto en apartados anteriores) y conforme al artículo 1547 inciso tercero del Código Civil, para enervar una acción de incumplimiento, al deudor le bastará con probar el haber desplegado todos los esfuerzos posibles, y haber aplicado todas las herramientas a su alcance con miras a obtener el resultado deseado por el acreedor (Pizarro, 2008: pp. 255-265). En lo que nos ocupa, esto significará no sólo demostrar la implementación del proceso estandarizado y sus plataformas digitales como parte de esa debida diligencia, sino además que se respetaron las reglas inherentes a ellos, a saber: plazos, claridad y oportunidad de las comunicaciones, metódica revisión y seguimiento permanente.

Cabe recordar que, conforme al artículo precedentemente citado, el nivel de diligencia exigido para el deudor en estos casos será el de un buen padre de familia, es decir, responderá de la culpa leve. Insistimos que esto no es sólo por aplicación de las normas generales, sino que, por aplicación especial de las normas alusivas al mandato, según ya vimos.

Cuestión complicada será determinar, más allá de lo teórico, la forma material y práctica de hacer efectiva aquí la responsabilidad ante casos de indudable incumplimiento. Esto porque siguiendo el razonamiento moderno, en la línea de que la culpa o imputabilidad se confunde con la idea de incumplimiento en las obligaciones de medio (y sólo en ellas), cabe preguntarse ¿a qué se ha obligado entonces el deudor? Naturalmente que habrá que revisar el tenor escrito del contrato respectivo, pero si reducimos el postulado de la doctrina moderna hacia su sentido fundamental, no cabe sino concluir que, en este tipo de obligaciones, del deudor se ha obligado sola y abstractamente a “ser diligente”.

7.4.1.- Sobre los criterios predefinidos enviados por el mandante

Dijimos previamente¹⁴ que, al contratar el servicio de formalización hipotecaria, la institución mandante hará llegar al *outsourcer* un manual con los criterios legales que deberá aplicar en el desarrollo de su labor. Pues bien, en la hora en que sea denunciado el incumplimiento del prestador del servicio, a éste le resultará crucial alegar en su defensa que ha obrado conforme a los lineamientos técnicos que el propio mandante le ha impuesto expresamente, como parte esencial de la debida diligencia que debía emplear.

En los hechos, contar con este respaldo le significa al formalizador la posibilidad de acudir a un antecedente cierto e indubitado con el cual se cotejará su conducta, dejando en segundo plano la necesidad de recurrir a la incertidumbre que implica el concepto de “debida diligencia conforme a los principios de la profesión”.

7.4.2.- Obligaciones de hacer y no hacer

Antes de continuar desarrollando el modo en que se materializará la responsabilidad en este caso, se hace necesario precisar que las obligaciones del deudor en la prestación del servicio en estudio, son de hacer y de no hacer. Nunca serán de dar. La asesoría profesional y la gestión documental son propiamente obligaciones de hacer. Tendrá también obligaciones de no hacer, como la prohibición de divulgar información personal de los clientes del banco (que es una obligación legal con base constitucional, según vimos), pero en lo que concierne al ámbito principal de su giro de negocios, fundamentalmente se llevará a cabo en cuanto prestaciones de hacer.

7.4.3.- Opciones de la institución mandante frente al incumplimiento del *outsourcer*

En primer lugar, hemos de recordar que, según vimos cuando analizamos las consecuencias de la aplicación de las normas del mandato a la relación que nos ocupa, deberemos excluir como posibilidad, ya para cualquiera de las partes, la invocación de la resolución como remedio ante el incumplimiento. Ello dado que la ley se ha encargado de explicitar especialmente los efectos de las obligaciones para el contrato del mandato

¹⁴ Véase supra número 2, del capítulo I.

atendidas sus particularidades, y a la incompatibilidad lógica de la resolución con la facultad unilateral de poner término al vínculo de que gozan ambas partes.

Además, para el objeto de nuestro estudio resulta evidente la falta de utilidad práctica de las consecuencias del remedio resolutorio. En efecto, volver al estado en que se encontraban las partes antes del contrato implicaría deshacer las gestiones de una incontable cantidad de operaciones hipotecarias, afectando grave e injustamente intereses de terceros para quienes la relación entre mandante y *outsourcer* es inoponible.

En consecuencia, si el servicio estandarizado no se ha prestado conforme a la debida diligencia, y la obligación es de hacer, podremos acudir única y necesariamente a las alternativas que proporciona el artículo 1553 del Código Civil. Desde ya podemos descartar la opción contemplada en su primer numerando, por cuanto no será posible apremiar al deudor, el que estará constituido por una persona jurídica.

La posibilidad contemplada en el segundo numerando podría ser útil, en la medida que el deudor tenga competidores que hayan establecido procesos similares en el otorgamiento de sus servicios. Con todo, habiéndose probado la existencia de la obligación, y no habiéndose acreditado la aplicación del nivel de cuidado y diligencia legalmente exigido (y quedando así acreditado el incumplimiento), el acreedor deberá en todo caso siempre tener presente y reconocer que el resultado que espera conseguir jamás podrá exigirse en concreto. Luego, si hace ejecutar el servicio por un tercero a expensas del deudor, nada le asegura que su interés último quedará satisfecho.

La tercera posibilidad que otorga la norma citada es la que aparece como la más práctica y razonable, desde el punto de vista del acreedor. Sin embargo, aparece otra seria dificultad: evaluar las consecuencias patrimoniales para el acreedor derivadas de la sola negligencia del deudor, considerada en abstracto. En efecto, si lo perdido por el acreedor fuera comparable al resultado final perseguido, ya habría una base estimativa para fijar el monto de la indemnización, pero si ese resultado nunca pudo asegurarse, ¿qué es lo que se compensará? ¿Cómo se avalúa la “debida diligencia”? ¿Cómo podría en razonable equidad compensarse un resultado de cuya obtención nunca se tuvo completa certeza?

A nuestro juicio, la única manera de abordar este problema es a través de lo que se ha conocido como pérdida de una “chance”, entendida ésta, según Ramón Domínguez Águila, como “una expectativa de ganancia o una probabilidad más o menos cierta de pérdida” (1990: p. 150). En nuestro fenómeno de estudio, es evidente que la institución

mandante tendrá una “expectativa de ganancia” respecto de las operaciones que le encarga al *outsourcer*, y que la diligencia de éste resulta gravitante en las probabilidades que tiene aquélla de efectivamente obtener esa ganancia, aun cuando ello permanezca en la incertidumbre. En otras palabras, si de la negligencia del *outsourcer* resulta la frustración o el atraso de la operación hipotecaria en cuestión, entonces su mandante podría invocar que ha perdido la oportunidad de concretar un negocio y que se le indemnice ese daño.

Como observa Mauricio Tapia, históricamente nuestra jurisprudencia se ha mostrado reacia a considerar la pérdida de una chance como un daño indemnizable, fundada en que uno de los requisitos legales del daño en la responsabilidad civil es que debe ser cierto (2012: pp. 252 – 253), lo que “se desprende del empleo de diversas formas verbales, ‘inferido’, ‘causado’, ‘sufrido’, contempladas en los artículos 1437, 2314, 2315, 2318, 2319, 2325 a 2328” (Ramos, 2003: p. 71) del Código Civil. Sin embargo, la jurisprudencia ha mostrado una paulatina evolución en la materia (Tapia, 2012: p. 253), llegando al punto en que hoy nuestro Poder Judicial reconoce oficialmente a la pérdida de una chance como un daño indemnizable mediante la publicación de un video institucional en que así lo explica¹⁵.

En todo caso, siempre quedará a merced de la prudencia del juez fijar los montos indemnizatorios en cada caso concreto, apreciando sus particulares características y circunstancias.

7.5.- Incumplimiento macro, del ANS

Aquí el incumplimiento consiste, simplemente, en la no obtención del número mínimo de casos exitosos en un período determinado de tiempo conforme al estándar pactado.

7.5.1.- Opciones para hacer efectiva la responsabilidad por incumplimiento del ANS

Estando ante una obligación de resultado, podría a primera vista parecer más sencillo determinar el camino para concretar la responsabilidad del deudor. En efecto, conforme a las reglas generales y a las posturas modernas precedentemente planteadas, al acreedor

¹⁵ Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=1nRt9WcyxHA> (consultado con fecha 19 de junio de 2020).

le bastaría demandar el incumplimiento invocando solamente el contrato respectivo, contenedor del ANS pactado, y el deudor para enervar esa acción tendría que probar como le sea posible que ha efectivamente cumplido con el estándar exigido, sin que le sea permitido alegar que ha obrado diligentemente (Urrejola, 2011: p. 61).

Ahora bien, si el deudor no puede probar el cumplimiento, y se tiene por acreditado el incumplimiento, desembocamos nuevamente en la necesaria aplicación del artículo 1553 del Código Civil, con una problemática similar a la estudiada precedentemente.

Acudiendo a las alternativas legales, nuevamente debemos desde ya descartar la del primer numerando, por idénticas razones a las expuestas en relación con las obligaciones de medios.

Un rápido examen de la segunda alternativa, nos lleva a descartarla también de plano. Un estándar promedio de plazos incumplidos no puede lógicamente enviarse a cumplir por un tercero.

Nuevamente el numeral 3 del citado artículo aparece como la opción más próxima a la conveniencia, pero tenemos aquí un similar problema al planteado para el caso anterior: ¿Qué criterios han de considerarse para evaluar pecuniariamente el no cumplimiento de un estándar estadístico? En concreto, el acreedor deberá probar los perjuicios sufridos, cuestión sumamente compleja tratándose de una cifra que es representativa de una realidad difusa.

En efecto, la cifra del porcentaje que representa el nivel del cumplimiento del outsourcer proviene de un cálculo generado a partir de los tiempos que han demorado todas y cada una de las operaciones transitadas por el proceso, considerando promedios de tramos por etapas y circunstancias particulares de su tramitación, individualmente consideradas. El carácter de difuso se incrementa con el hecho de que no todas las operaciones transitan por el mismo proceso, pues dependerá del tipo de producto financiero (por ejemplo, si es un mutuo que aprovechará una hipoteca general previamente constituida e inscrita, la escritura no ingresará al Conservador de Bienes Raíces), de si tiene o no alzante (si la escritura no transita por la etapa de carta de resguardo, se reduce sustancialmente su tiempo de tramitación), y de si la notaría y el conservador en cuestión soportan la tramitación por vía digital (no tener que concurrir

físicamente a llevar y dejar carpetas reduce asimismo mucho el tiempo de tramitación), entre otros.

Podría argumentarse, que para avaluar los perjuicios derivados del incumplimiento del ANS bastaría con sumar los atrasos ocasionados en cada una de las operaciones, pero aritméticamente tal criterio no se sostiene. Esto porque tratándose de un promedio, una o varias operaciones particulares atrasadas quedarían anuladas si la gran mayoría fue gestionada en tiempo, dando como resultado un ANS cumplido. Si la cifra resulta inferior al estándar cumplido, sería necesario escoger cuáles atrasos serán los que deberán ser evaluados en cuanto los perjuicios que han producido, lo que resultaría injustamente arbitrario.

Así entonces, arribamos aquí a la misma conclusión que para el caso anterior: el juez deberá resolver conforme a su prudencia este problema.

En este punto conviene recordar que, según la postura de Álvaro Vidal, tratándose de obligaciones de resultado el deudor puede siempre oponer su conducta diligente para enervar la acción indemnizatoria del acreedor.

Como corolario de todo lo precedentemente expuesto, se puede apreciar que ya sea que la obligación se considere de medio o de resultado el único remedio con que cuenta el mandante en el negocio objeto de nuestro estudio es la indemnización de perjuicios, y que en ambos casos el *outsourcer* podrá alegar que ha obrado diligentemente para enervar la acción de su mandante. La única diferencia relevante a considerar en cuanto a si la obligación es de medio o de resultado consiste en el hito que marcará el incumplimiento del deudor: en la obligación de medio, su falta de diligencia lo configurará, en tanto que en la de resultado bastará no lograr el estándar mínimo pactado en el ANS.

En cuanto al monto indemnizatorio, podríamos conjeturar que, naturalmente, dependerá del nivel de compromiso en que se haya obligado la empresa prestadora según lo expuesto (si se comprometió o no a resultados concretos), pero ello debe necesariamente examinarse en el contexto del caso concreto.

7.6.- La cláusula penal como solución

Es por las dificultades expuestas precedentemente que en la práctica ha sido de fundamental importancia el pactar multas para el caso de incumplimiento de estándares.

De esta manera, la pretensión contractual aquí consiste en que dado por acreditado el incumplimiento, se condenará al deudor al pago de la multa prevista. No se trata más que de una simple cláusula penal, normada en los artículos 1535 y siguientes de nuestro Código Civil. Veamos sus implicancias para lo que nos ocupa:

Tradicionalmente se ha entendido que la cláusula penal consiste en una evaluación anticipada de los perjuicios que hacen las partes de un contrato para ser aplicada y exigida en caso de incumplimiento, aunque es posible advertir que tal vez su naturaleza no sea resarcitoria, sino punitiva (de ahí su nombre), conforme al tenor de los artículos 1542 y 1543 (posibilidad de pactar exigibilidad conjunta de la indemnización y de la pena) (Prado, 2019: pp. 10-11). Como sea, su efecto final es el mismo para nuestros efectos.

Nosotros estimaremos que la cláusula penal tendrá el destino o naturaleza que las partes deseen darle. Así, para la formalización hipotecaria estandarizada, tendrá un doble rol: primero, como disuasivo, a fin de motivar al *outsourcer* a mantenerse dentro de los niveles de estándar de servicio que se le exigen; y segundo, punitivo, como un castigo advertido y pactado.

Arturo Prado resalta que no se discute en doctrina que, para que opere la ejecución de la cláusula penal, el incumplimiento de la obligación principal debe ser imputable al deudor, es decir, requiere que ese incumplimiento sea producto de su dolo o negligencia (2019: p. 16). El mismo autor comenta luego que no está resuelto de qué manera puede el deudor en este caso alegar que ha obrado diligentemente, a fin de enervar la acción del acreedor (p. 17).

Lo recién dicho significa para nosotros que aún si hemos de considerar el incumplimiento del ANS como una obligación de resultado según lo hemos expuesto, incluso habiendo pactando una cláusula penal podría la empresa formalizadora alegar que ha obrado sin negligencia. Por ello, estimamos recomendable para el resguardo del acreedor en esta relación, que las partes se pronuncien expresamente al respecto en la convención: debe estipularse una responsabilidad objetiva respecto de la pena, es decir, dejar establecido claramente que sólo bastará con que el nivel de cumplimiento sea inferior al pactado en el ANS para hacerla exigible. Además, sólo de esta manera se resuelve el problema precedentemente comentado en relación con la postura de Álvaro Vidal, en que se concluye que aún en un contexto de responsabilidad objetiva (sin mediar

cláusula penal) el *outsourcer* ostentará el poder para enervar la acción indemnizatoria (que sería el único remedio legal efectivo de que goza el acreedor en esta relación) invocando la ausencia de negligencia.

Sin embargo, con esto surge un nuevo problema: el artículo 1544 del Código Civil, que regula lo que se ha denominado cláusula penal enorme, dispone:

“Cuando por el pacto principal una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.

“La disposición anterior no se aplica al mutuo ni a las obligaciones de valor inapreciable o indeterminado.

“En el primero se podrá rebajar la pena en lo que exceda al máximo del interés que es permitido estipular.

“En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme”.

En relación a esta norma nos planteamos la siguiente interrogante: ¿Cómo puede determinarse si la multa pactada para el caso del incumplimiento del ANS hipotecario es o no enorme, si tenemos serias dificultades para valorizar ese incumplimiento? A nuestro entender, los incisos segundo y cuarto del citado artículo nos resuelven expresamente el problema. Esto nos significa que nuevamente y aun habiendo las partes tomado la precaución de pactar una cláusula penal bajo un régimen de responsabilidad expresamente objetiva, nos encontramos con que en última instancia es la prudencia del juez la que será aplicada para apreciar la cuantía de lo que será exigible para hacer efectiva la responsabilidad del *outsourcer*.

CONCLUSIONES GENERALES

Para concluir, resumiremos nuestros postulados en las siguientes proposiciones:

1.- Los métodos del *outsourcing*, la estandarización de procesos como método ingenieril y la utilización de herramientas digitales han contribuido enormemente en la proyección ordenada y eficiente del negocio de la formalización hipotecaria.

2.- No existe en nuestro concepto el *outsourcing* como categoría de naturaleza jurídica aplicable a los contratos. La relación en cuestión tendrá el carácter que legalmente le corresponda de acuerdo a las prestaciones que en ella se pacten. Para nosotros, el servicio de formalización hipotecaria no es más que un arrendamiento de servicios inmateriales, y como tal, se le deben aplicar las normas previstas para ese tipo de contrato en el Código Civil, con remisión expresa a las disposiciones que rigen el mandato.

3.- El proceso hipotecario contiene etapas en las que se hace necesaria la permanente asesoría legal profesional. Dicha asesoría tiene la calificación de obligación de medios, en cuanto no puede asegurar los resultados que el acreedor persigue. Esto en razón de que en cada etapa del proceso concurren intervinientes ajenos a su estructura que no están bajo el control de la empresa que presta el servicio, y además porque concurren en algunas de ellas riesgos técnicos imponderables. Aún más, se trata de una actividad que se desarrolla dentro del ámbito contractual, en el que reina el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, quienes pueden a su arbitrio demorar deliberadamente su operación, o sencillamente desistirse de ella.

4.- Una estandarización del proceso hipotecario no sirve como herramienta idónea para el aseguramiento de resultados en cada operación, sino sólo como método de orden y eficiencia, atendidas las particularidades del servicio ofrecido.

5.- Sin perjuicio de lo anterior, el establecimiento contractual de un Acuerdo de Nivel del Servicio permite, en términos aproximados, dar una certeza de cumplimiento al acreedor. En todo caso, se recomienda que dicho estándar sea determinado previo

estudio empírico de los tiempos que toman las operaciones en transitar por el proceso, atendidas las particularidades locales de cada oficina de atención. Se mira como conveniente, además, que el estándar a exigir consista en una sola cifra promedio, de manera de dar flexibilidad y mayor margen de maniobrabilidad en el cumplimiento de los plazos particulares de cada etapa. El cumplimiento del ANS lo miramos como una obligación de resultado.

6.- De esta manera, las obligaciones de la empresa formalizadora para con su mandante tienen una calificación dual o mixta, en cuanto simultáneamente participan de los rasgos de las obligaciones de medio con las de resultado, dependiendo de si se trata de una sola operación individualmente considerada o del flujo general de operaciones del proceso, respectivamente. Sin embargo, estas nociones son sólo separables *in abstracto*, pues la obligación del *outsourcer* (y su trabajo cotidiano) es una sola y consistirá en un modo de operar unitario.

7.- Salvo pacto expreso en contrario, no le es exigible al deudor la consecución de plazos predefinidos, ni de resultados determinados, respecto cada operación individualmente considerada. Sí lo es respecto del estándar del ANS pactado. Es decir, mientras dicho estándar esté cumplido, estará también cumplida su obligación general, y el acreedor no puede en ningún caso exigir al *outsourcer* resultado alguno relativo a operaciones particulares, en la medida que pueda éste acreditar su diligencia legalmente debida.

8.- La manera de hacer efectiva la responsabilidad del *outsourcer*, ya sea que se trate de un incumplimiento del ANS (obligación de resultado) como de una falta de diligencia en una operación particular (obligación de medio), consiste necesariamente en recurrir al supuesto previsto en el artículo 1553 número 3 del Código Civil, es decir, debe pedirse la indemnización de perjuicios.

9.- Queda pendiente una justificación *in abstracto* para determinar el criterio con que deben evaluarse los perjuicios, cualquiera sea el tipo de incumplimiento, y a ello sumado la dificultad de su prueba. Sólo se vislumbra como solución recurrir a la prudencia del juez para determinar su cuantía.

10.- La pretensión indemnizatoria del mandante puede siempre enervarse por el *outsourcer* alegando que ha obrado sin negligencia, incluso si éste se ha comprometido expresamente a la obtención de resultados concretos, pues la responsabilidad derivada de la obligación en sí es distinta de aquella generada por los daños que el incumplimiento de ella produce. Esto significa que, a fin de cuentas, la posición jurídica del mandante puede calificarse de precaria en cuanto a los remedios con que cuenta para resguardar sus intereses.

11.- La cláusula penal se alza como aparente herramienta idónea para resolver el problema práctico de la apreciación de los perjuicios y de la débil posición del acreedor, pero en caso de contienda sobre ella, nuevamente debe recurrirse a la prudencia del juez para valorizarla, dado que, según lo expuesto, las obligaciones del *outsourcer* han de considerarse de valor inapreciable o indeterminado, y conforme además al tenor del artículo 1544 del Código Civil en sus incisos segundo y cuarto.

BIBLIOGRAFÍA

“Framework” (2015), RYTE Wiki, disponible en <https://es.ryte.com/wiki/Framework>. Fecha última consulta: 6 de agosto de 2019.

ABELIUK, René (2001): *Las Obligaciones*, Cuarta Ed. Actualizada y Aumentada. Santiago, Editorial Temis.

ALEGRÍA, Andrés y BRAVO, Jorge (2016): “Análisis de riesgo de los deudores hipotecarios en Chile”, en *Revista de Análisis Económico*, vol. 31, número 2, pp. 37 – 64.

ALESSANDRI, Arturo (1943): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Editorial Universitaria, Santiago.

ALZAMORA, Jorge y CID, Karla (2016): “Los Órganos del Estado como Certificadores de Firmas Electrónicas Avanzadas de sus Autoridades y Funcionarios”, en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología del Centro de Estudios de Derecho Informático de la Universidad de Chile*, vol. 5, N° 2, pp. 225 – 245

AQUINO, Santo Tomás de (1274), *Suma Teológica*, versión web, disponible en <http://hfg.com.ar/sumat/> (fecha de última consulta: 23 de junio de 2020)

ARELLANO, Pamela y CARRASCO, Camila (2014): *Las empresas en Chile por tamaño y sector económico desde el 2005 a la fecha*, Unidad de Estudios del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, Santiago.

BARRIENTOS, Marcelo (2008): “Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N° 1, pp. 85-106

BARROS, Enrique (2012): “Los contratos de servicios ante la doctrina general del contrato: la virtualidad analógica de las reglas del mandato”, en Elorriaga, Fabián (editor), *Estudios de Derecho Civil VII*, Santiago.

BRANTT, María y MEJÍAS, Claudia (2016): “El Derecho Supletorio del Contrato de Servicios en el Código Civil Chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLVI*, pp. 71 – 103.

CHUAQUI, Benedicto (2002): “Acerca de la Historia de las Universidades”, en *Revista Chilena de Pediatría*, vol. 73, pp. 583-585

COUTURE, Eduardo (1949): *Los Mandamientos del Abogado*, Ediciones Coyoacán, Buenos Aires.

DEMOGUE, René (1925): *Traité des Obligations en général*, tomo V, Rousseau, Paris

- DOMÍNGUEZ, Ramón (1990): “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista”, en Revista de Derecho de la Universidad de Concepción, número 188, año LVIII, pp. 125-168
- ECHAIZ, Daniel (2008): “El contrato de Outsourcing”, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, México DF, N° 122, pp. 763-793
- ESTÉBANEZ, Rocío (2018): “Marketing Jurídico Digital: Aplicación al Despacho Versus Abogados”, Tesis para optar al grado de Licenciada en Derecho y Administración de Empresas, Universidad de Valladolid, Valladolid.
- FELIU, Juan (2006): *Manual de Estudio de Títulos de Dominio de la Propiedad Inmobiliaria*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- FERRARA, Francisco (1960): *La Simulación de los Negocios Jurídicos*, Revista de Derecho Privado, Madrid.
- GAYO, MENDEZ y TEITELBOIM (2016): “La Terciarización en Chile, Desigualdad Cultural y Estructura Ocupacional”, en Revista CEPAL, N° 119, 187-207.
- GUIHUA, Nie, XUENI E., y CHEN, Donglin (2007): “Research on Service Level Agreement in Cloud Computing”, en W. Wu (Editor), *Lecture Notes in Electrical Engineering*, Berlin.
- LÓPEZ, Jorge y ELORRIAGA, Fabián (2017): *Los Contratos, Parte General*, Editorial Thomson Reuters, Santiago.
- LÓPEZ, Patricia (2010): “La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el derecho civil chileno”, en Revista Chilena de Derecho Privado, número 15, pp. 65-113
- MARKOVIC, Milan (2018): “Rise of Robot Lawyers?”, en Arizona Law Review, Arizona, Estados Unidos de Norteamérica, N° 61, pp. 325-350
- MEZA, Ramón (2007): *Manual de Derecho Civil, de las Fuentes de las Obligaciones*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- PALAPA, Josefina (2011): *Propuesta de Estandarización de Procesos*, Tesis para optar al grado de Maestro en Administración, Instituto Politécnico Nacional, México DF.
- PALMERINI, Érica (2017): “Robótica y derecho: sugerencias, confluencias, evoluciones en el marco de una investigación europea”, en Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, N° 32, pp. 53-97
- PEÑAILILLO, Daniel (2006): *Los Bienes, La Propiedad y Otros Derechos Reales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- PEÑAILILLO, Daniel (2009): “Responsabilidad contractual objetiva”, en Carlos Pizarro (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*, Santiago, Legal Publishing.

PIZARRO, Carlos (2008): “La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXXI, pp. 255-265

PIZARRO, Carlos (2009): “Responsabilidad contractual por el hecho de otro. Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de julio de 2008. Rol Corte 7667-2004, número identificador Legal Publishing 39305”, en Revista Chileno de Derecho Privado, número 13, Santiago, pp. 239-247

PLESUMS, Charles (2002): “Introduction to Workflow”, en Workflow Handbook 2002, Workflow Management Coalition, disponible en http://wfmc.org/information/introduction_to_workflow02.pdf. Fecha última consulta: 6 de agosto de 2019.

PRADO, Arturo (2019): “Algunos aspectos de la cláusula penal en el derecho chileno”, en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, vol. 26, Coquimbo (en línea).

PRADO, Pamela (2016): “La inobservancia del deber de colaboración del acreedor en el derecho chileno: un caso de incumplimiento contractual”, en Revista de Derecho (Valdivia), vol. XXIX, N° 2

RAMOS, René (2003): *De la Responsabilidad Extracontractual*, Fondo de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Concepción.

ROSTIÓ, Ignacio (2014): “SERNAC Financiero: Nuevos Deberes de Información y Responsabilidad Civil”, en Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Sección: Ensayos, Antofagasta, Año 21 – N° 1, 2014, pp. 423 – 442.

SANDOVAL, Ricardo (2014): *Contratos Mercantiles*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

STITCHKIN, David (2019): *El Mandato Civil*, quinta edición actualizada por Gonzalo Figueroa Yáñez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

STOLFI, Giuseppe (1959): *Teoría del Negocio Jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid.

TAPIA, Mauricio (2012): “Pérdida de una chance. Su indemnización en la jurisprudencia chilena”, en Revista de Derecho – Escuela de Postgrado de la Universidad de Chile, número 12, pp. 251-264

ÚBEDA, Ana (2020): “Pasado y presente del sector de la abogacía”, en Legal Today. Disponible en <http://www.legaltoday.com/gestion-del-despacho/nuevas-tecnologias/articulos/pasado-y-presente-del-sector-de-la-abogacia>. Fecha última consulta: 23 de mayo de 2020.

URREJOLA, Sergio (2011): “El hecho generador del incumplimiento contractual y el artículo 1547 del Código Civil”, en *Revista Chileno de Derecho Privado*, número 17, Santiago, pp. 27-69

VIAL, Víctor (2015): *Teoría General del Acto Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

VIDAL, Álvaro (2007): “El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del ‘código civil’ sobre incumplimiento”, en *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, Trabajos expuestos en el congreso internacional celebrado para conmemorar su promulgación, Santiago (3 y 6 de octubre de 2005).

VIDAL, Ignacio (2012): *El Estudio de los Títulos de Dominio*, Tomos I y II, Editorial El Jurista, Santiago.

ZANOTTI, Gabriel (1985): “El libre albedrío y sus implicancias lógicas”, *Revista Libertas* 2 (mayo, 1985), Instituto Universitario ESEADE, Palermo.