

REVISTA DE DERECHO

AÑO XXIV — JULIO - SEPTIEMBRE DE 1956 — N.º 97

DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ

CONSEJO CONSULTIVO:

ROLANDO MERINO REYES

ALEJANDRO VARELA SANTA MARIA

JUAN BIANCHI BIANCHI

QUINTILIANO MONSALVE JARA

MARIO CERDA MEDINA

ESTEBAN ITURRA PACHECO



ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA — CONCEPCION (CHILE)

CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO

LUIS MOREN

CON GUILLERMO ESSE KNOPP

ACCION DE DESPOSEIMIENTO

Apelación de incidente

RESOLUCION JUDICIAL — ACTUACIONES JUDICIALES — NOTIFICACION — NOTIFICACION PERSONAL — NOTIFICACION VALIDA — NULIDAD DE NOTIFICACION — CONSTANCIA DE LA NOTIFICACION — MEDIDAS PRECAUTORIAS — MEDIDAS PRECAUTORIAS DECRETADAS PROVISIONALMENTE — NOTIFICACION AL DEMANDADO DE LA CONCESION DE MEDIDAS PRECAUTORIAS — PLAZO — AMPLIACION DE PLAZO — CADUCIDAD — PLAZO DE CADUCIDAD — ACCION — DERECHO DE ACCION — EXTINCION DEL DERECHO A LA ACCION — EXTINCION AUTOMATICA — EXTINCION DE PLENO DERECHO — MINISTERIO DE LA LEY — BIENES RAICES — CONSERVADOR DE BIENES RAICES — INSCRIPCIONES — INSCRIPCION DE MEDIDA PRECAUTORIA — CANCELACION DE INSCRIPCION — CANCELACION DE OFICIO DE INSCRIPCION DE MEDIDA PREAUTORIA — COMPUTO DE LOS PLAZOS — COMPUTO DEL PLAZO PARA NOTIFICAR LA CONCESION DE UNA MEDIDA PRECAUTORIA — PRUEBA — MEDIOS PROBATORIOS — CONFESION — CONFESION JUDICIAL — ANIMUS CONFITENDI — JURAMENTO — ABOGADO — ALEGATOS.

DOCTRINA.—Para la validez y eficacia de una notificación personal, es indispensable dejar constancia de ella en el proceso, por tratarse de una actuación judicial sujeta a requisitos y exi-

gencias establecidos obligatoriamente en la ley.

El plazo de cinco días y su posible ampliación, que el artículo 302 del Código de Procedimiento Civil concede al actor para hacer

notificar al demandado la resolución que concede una medida precautoria, es un plazo de caducidad o de decadencia de derechos, que extingue fatal y automáticamente el derecho a la acción, extinción que opera de pleno derecho y por el solo ministerio de la ley, sin necesidad de ser alegada ni declarada. En estricto rigor, el Conservador de Bienes Raíces debería cancelar de oficio la inscripción de una medida precautoria cuando no se ha practicado al demandado la notificación dentro del plazo señalado en el artículo 302, impidiéndole hacerlo únicamente los inconvenientes que derivan de la naturaleza de las funciones y atribuciones específicas de los Conservadores.

La persona afectada en sus bienes por una medida precautoria que caducó automáticamente, queda liberada de la carga o prohibición que la precautoria implicaba.

El plazo de cinco días que establece el artículo 302 del Código de Procedimiento Civil, se cuenta desde la fecha en que la resolución judicial que concede una precautoria comienza a producir efectos, esto es, desde la fecha misma de su pronunciamiento, ya que fue el propósito del legislador no dejar entregada a la voluntad del litigante que obtuvo la medida

precautoria la duración del plazo establecido en esa disposición legal.

Lo que constituye esencialmente una medida precautoria, es la resolución que la concede y no su inscripción, requisito este último valedero sólo para terceros, pero en ningún caso para las partes.

Las declaraciones que los abogados de las partes hagan en estrados, no constituyen confesión judicial, pues este medio probatorio requiere, para su debida eficacia, "animus confitendi" y que se preste bajo juramento.

DOCTRINA VOTO DISIDENTE.—El plazo de cinco días que establece el artículo 302 del Código de Procedimiento Civil, se cuenta desde que la medida precautoria se traba, ya que la disposición legal habla de "diligencias practicadas", concepto que, de acuerdo con lo que señala el Diccionario de la Lengua, debe entenderse como algo ejecutado. Además, como el legislador no definió el término "diligencia", debe éste entenderse como actuación del funcionario correspondiente, vale decir, qué él implica algo diferente a la resolución judicial. Interpretar diversamente esta disposición legal, significaría derribar todo el sistema ideado

ACCION DE DESPOSEIMIENTO

443

por el legislador para esta disposición de excepción, ya que no podría así hablarse de dejar sin efecto algo que no existe.

La ausencia de constancia en el proceso de haberse practicado una notificación, no invalida ni le resta eficacia a la diligencia, si se acredita que al litigante se le hizo saber oportuna y adecuadamente una resolución judicial.

Las declaraciones que se hagan durante la secuela del proceso, sea por las partes o por sus apoderados, sea que se refieran a hechos personales o ajenos, constituyen confesión de parte, esto es, el reconocimiento de una parte de un hecho alegado por la otra, tanto más que la confesión judicial no se refiere únicamente a la absolución de posiciones, sino a toda declaración forzada o espontánea.

Sentencia de Segunda Instancia

Temuco, dos de Junio de mil novecientos cincuenta y seis.

Vistos:

Completando la parte expositiva de la sentencia de primera instancia en los siguientes términos, que se insertan, como párrafo aparte, después de las palabras "intereses pactados" que se leen

en las líneas 24 y 25 de la foja 64:

"El demandante pide que se tenga presente que la medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos sobre la finca hipotecada fue decretada provisionalmente, en el carácter de urgente y antes de la notificación de la demandada, el veintiséis de Septiembre de 1946, ampliándose en la misma resolución a quince días el plazo para notificarla con arreglo al artículo 302 del Código de Procedimiento Civil y que esta notificación sólo se practicó a esa parte el veintidós de Octubre de ese mismo año, o sea, cuando se encontraban vencidos con exceso los quince días, sin que se hubiera pedido nueva ampliación;

"Que, de acuerdo con la disposición citada, quedaron sin valor las diligencias practicadas, esto es, la resolución que decretó la medida precautoria y su inscripción, de modo que cuando se extendió la escritura de hipoteca y se inscribió esta última no había ninguna medida precautoria vigente, y no existe, por consiguiente, el vicio de nulidad por objeto ilícito"

En esta instancia, a petición del demandante se tuvo por acompañado, con citación, el documento de fojas 72 a 76 vuelta.

Reproduciendo los considerandos 1.º a 8.º inclusive y 13 y eliminándose los demás de la sentencia en alzada y teniendo también en consideración:

1.º) Que en el comparendo de fojas 26 el demandado, al contestar la demanda, opuso la excepción de nulidad de la hipoteca, inscrita a fojas 4 N.º 3 del Registro respectivo del departamento de Imperial, con fecha 1.º de Enero de 1947, constituida por doña María Knopp viuda de Esse, sobre su fundo "San Guillermo" o "Agua Maqui", de novecientos treinta hectáreas de superficie a que se refieren los antecedentes, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un mutuo de novecientos quintales métricos de trigo "dar y tomar", esto es, descontadas las impurezas, humedad, peso específico, etc., de acuerdo con los estatutos del Instituto de Economía Agrícola, más los intereses del diez por ciento anual sobre esa cantidad y los del doce por ciento anual, en caso de mora, y la funda en que, a la fecha de la inscripción, existía vigente sobre el inmueble hipotecado una prohibición de celebrar actos y contratos, decretada por el Tercer Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Santiago, a solicitud del Banco

Hipotecario de Chile, en juicio seguido contra la deudora principal, la mencionada señora Knopp viuda de Esse, para hacer efectivo el pago de una obligación que gravaba con hipoteca el referido fundo "San Guillermo" o "Agua Maqui", medida precautoria que se inscribió a fojas 84 N.º 72 del Registro de Prohibiciones de Nueva Imperial, con fecha 21 de Octubre de 1946 y que sólo se alzó el 25 de Marzo de 1947, mucho tiempo después de haberse inscrito la hipoteca. Esta prohibición, en concepto del demandado, determina la existencia de objeto ilícito en la constitución de la hipoteca, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 1464 N.º 3 del Código Civil, y según el artículo 1682 del mismo Código el objeto ilícito vicia el acto de nulidad absoluta; de consiguiente, tanto la hipoteca como su inscripción en el registro pertinente, son también nulas absolutamente y en esta virtud no puede hacerse efectiva contra el demandado en su calidad de tercer poseedor de la finca hipotecada, todo lo cual conduce al rechazo de la demanda de desposeimiento de fojas 20, que solicita;

2.º) Que el demandante hizo presente en el mismo comparendo de fojas 26 que no existe vicio de

ACCION DE DESPOSEIMIENTO

445

nulidad por objeto ilícito y fundó su aseveración, como ya se dijo, en las circunstancias de que la medida precautoria de celebrar actos y contratos sobre la finca hipotecada fue decretada provisionalmente en el carácter de urgente y antes de la notificación de la demanda, el día 26 de Septiembre de 1946, ampliándose en la misma resolución a quince días el plazo para notificarla, de acuerdo con el artículo 302 del Código de Procedimiento Civil; que esta notificación no se practicó a la demandada sino el 22 de Octubre de 1946, o sea, cuando se encontraban vencidos con exceso los quince días y sin que se hubiere pedido nueva ampliación, por lo que, atento a lo preceptuado en el citado artículo 302, quedaron sin valor las diligencias practicadas, es decir, tanto la resolución que decretó la medida precautoria, como su inscripción, y de este modo cuando se extendió la escritura de hipoteca y cuando ésta se inscribió, no había ninguna medida precautoria vigente, y no existía, en consecuencia, el vicio de nulidad por objeto ilícito;

3.º) Que, habiendo rechazado la sentencia de primera instancia todas las demás excepciones deducidas por el demandado en el

comparendo de estilo, como se expresa en su razonamiento 13.º, que se mantiene, y en el punto 4.º de su parte resolutive y aceptado únicamente la excepción de nulidad de la hipoteca, desechando la demanda de desposeimiento de fojas 20, como se lee en el punto tercero de lo resolutive, y habiendo deducido apelación en contra de aquella sentencia sólo la parte demandante, corresponde analizar la procedencia de aquella excepción y sus fundamentos en orden a determinar si la medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos estaba vigente al momento de inscribirse la hipoteca y la viciaba por tanto de objeto ilícito, como asevera la demandada; o si, contrariamente, las diligencias practicadas, vale decir, la resolución que decretó la medida precautoria y su inscripción quedaron sin valor, de acuerdo con el artículo 302 del Código de Procedimiento Civil, por no haberse notificado a la persona a quien afectaba, de suerte que cuando se extendió la escritura de hipoteca y cuando se inscribió no había ninguna medida precautoria vigente, y no existe el vicio de nulidad por objeto ilícito como lo afirma el actor.

4.º) Que son hechos del juicio, reconocidos por las partes o es-

tablecidos en la sentencia en alzada, con el carácter de firmes, en relación con la validez o nulidad de la hipoteca de que da cuenta la escritura pública de fojas 1 y de la medida precautoria de celebrar actos y contratos, decretada por el Tercer Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Santiago, los siguientes:

a) Que el contrato accesorio de hipoteca, constituido por la mencionada doña María Knopp viuda de Esse sobre el predio "San Guillermo" o "Agua Maqui", para garantizar el cumplimiento del contrato de mutuo de los novecientos quintales métricos de trigo que se obligó a devolver al demandante, se inscribió, como se dijo, a fojas 4 N.º 3 del Registro de Hipotecas del Conservador de Bienes Raíces del departamento de Imperial, el 14 de Enero de 1947, como se acredita con la escritura de fojas 4;

b) Que la deudora personal, señora Knopp viuda de Esse, vendió el fundo hipotecado "San Guillermo" o "Agua Maqui" a su hijo, don Guillermo Esse Knopp, por escritura pública, inscrita a fojas 52 N.º 78 del Registro de Propiedades del Conservador de Bienes Raíces del departamento de Imperial, el veintisiete de Enero de 1950, como se comprueba

con el instrumento público de fojas 6;

c) Que con fecha 26 de Septiembre de 1946, en el juicio seguido ante el Tercer Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Santiago, por el Banco Hipotecario de Chile, con doña María Knopp viuda de Esse, para hacer efectivo el pago de una obligación que gravaba con hipoteca el predio arriba mencionado, se decretó provisionalemnte la medida precautoria de prohibición de celebrar actos o contratos sobre dicho fundo y a petición del demandante se amplió a quince días el término para notificar a la demandada tal resolución. Esta medida así concedida, se inscribió en el Registro respectivo del Conservador de Bienes Raíces de Imperial el 21 de Octubre de 1946 y se alzó el 25 de Marzo de 1947, todo lo que se comprueba con la escritura pública de fojas 33;

5.º) Que el apoderado del actor ha manifestado en esta instancia que la medida precautoria provisionalmente decretada el 26 de Septiembre de 1946, por el Tercer Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Santiago, no fue notificada a la señora Knopp viuda de Esse, aun cuando reconoció que, por error derivado de una mala información, o por falta de

ACCION DE DESPOSEIMIENTO

447

antecedentes, en el comparendo de fojas 26 dijo que esa notificación se había practicado a la deudora personal el 22 de Octubre de 1946, situación a que se hará más amplia referencia en fundamentos posteriores;

6.º) Que entrando al fondo de la cuestión suscitada, debe expresarse que es un principio fundamental de Derecho Procesal, el de que las resoluciones judiciales sólo producen efectos en virtud de su notificación hecha con arreglo a la ley, salvo los casos expresamente exceptuados por ella, entre los que se encuentran las precautorias concedidas con un carácter provisional, que pueden llevarse a efecto antes de notificarse a la persona contra quien se dictan, siempre que existan razones graves para ello, y el tribunal así lo ordene, como dispone la primera parte del inciso 2.º del artículo 302 del Código de Procedimiento Civil, excepción que encuentra su fundamento en el propósito del legislador de dar mayor expedición al procedimiento en el incidente de precautorias, cuando existen, como se ha dicho, razones graves, dejándolas sometidas a la condición de caducidad de que trata la parte final del citado inciso 2.º del mismo artículo,

a que más adelante se hará especial consideración;

7.º) Que debe dejarse claramente establecido que la notificación de la medida precautoria, en el caso del inciso 2.º del artículo 302, debe efectuarse personalmente a la parte a quien afecte, sin perjuicio de que si el tribunal lo ordena se haga por cédula, conforme a lo preceptuado en su inciso final;

8.º) Que debiendo notificarse tal precautoria personalmente, es indispensable dejar constancia de ella en los autos, porque esta constancia es requisito esencial de la notificación personal, de modo que si se omite acarrea la ineficacia de las actuaciones subsiguientes. La constancia de la notificación de la precautoria es, pues, solemnidad del acto de la notificación personal, porque es una actuación del juicio, y las actuaciones judiciales son actos solemnes, que por mandato de la ley practican ciertos funcionarios, bajo la fe pública, de las que debe quedar, con todas las condiciones y circunstancias, fehaciente y detallada constancia en el expediente, atento a lo dispuesto en el artículo 61 del Código de Procedimiento Civil;

9.º) Que, concedidas las medidas precautorias provisionales, debe procederse a su notificación dentro de los cinco días, porque si así no se hiciere caducarán por sí solas; pero, si por motivos fundados la notificación no puede llevarse a efecto en el plazo de los cinco días, la ley autoriza solicitar aumento de este término. Así lo dispone la segunda parte del inciso 2.º del artículo 302 del Código de Procedimiento Civil: "Transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas. El tribunal podrá ampliar este plazo por motivos fundados";

10.º) Que los cinco días o la ampliación decretada por el tribunal constituyen un plazo de caducidad, o plazo de decadencia de derechos, como lo llaman los juristas y la jurisprudencia española, que extingue fatalmente, de manera radical, directa y automática el derecho a la acción, si no se ejercita dentro del mismo término la obligación de notificar la precautoria provisional a la persona a quien afecta, extinción que opera de pleno derecho, ex-officio, por el solo ministerio de la ley, sin necesidad de ser alegada, ni declarada, y surte sus efectos como si la medida precau-

toria no hubiere existido, quedando de hecho cancelada.

Este es el alcance y significación legal de la frase: "quedarán sin valor las diligencias practicadas" que emplea el citado inciso 2.º del artículo 302, esto es, quedan sin efecto la resolución judicial que decreta la medida y la inscripción que es su consecuencia y que sólo subsiste mientras aquélla persista.

En estricto rigor de derecho, el Conservador estaría obligado a cancelar de oficio la inscripción de una medida precautoria de prohibición de celebrar actos o contratos de bienes raíces concedida provisionalmente, si la notificación del decreto que la concede no se efectúa dentro del plazo de los cinco días o de su ampliación. Los inconvenientes con que se ha tropezado en la práctica para lograrlo, derivan más bien de la naturaleza de las funciones de los Conservadores y de sus atribuciones específicas, que del espíritu y de la letra del artículo 302 en estudio;

11.º) Que a lo dicho debe agregarse que, producida la caducidad de las precautorias concedidas con carácter provisional, sus efectos alcanzan tanto a las partes como a los terceros, ya que ésta es una de las caracte-

ACCION DE DESPOSEIMIENTO

449

ísticas de esta institución, consistente, como se ha dicho, en la desaparición jurídica o extinción del derecho judicial que las concede y de su inscripción. De este modo, la persona que obtuvo la precautoria caducada pierde la garantía o seguridad en el resultado de su acción, y aquélla en contra de quien se decretó, titular del dominio o derecho real, queda liberada de la carga o prohibición que la anotación implicaba;

12.º) Que los abogados de las partes han cuestionado en estrados acerca del momento desde el cual debe contarse el plazo de cinco días o de su ampliación, si desde la fecha del decreto judicial que concede las precautorias —como asevera el del actor—, o desde el día en que la medida se practica, es decir, desde que se traba —como lo sostiene el abogado del demandado—;

13.º) Que de la redacción del artículo 302 se deduce que el plazo se cuenta desde la fecha en que la resolución judicial que concedió la precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos comenzó a producir efectos, esto es, desde la fecha misma de su pronunciamiento. Si así no fuera, si el espíritu del legislador no hubiere sido éste, lo habría

dicho en forma expresa, estatuyendo que el término se contaría desde la fecha de la inscripción de la prohibición en el Conservador de Bienes Raíces. No lo dispuso así, porque no fué su propósito dejar entregado exclusivamente a la voluntad de la parte que obtuvo la medida precautoria, fijar la fecha de ese plazo, pudiendo éste postergarlo indefinidamente y mantener en incertidumbre permanente, con las consecuencias que pueden suponerse, situaciones esencialmente transitorias;

14.º) Que no es admisible que tal medida precautoria sólo produce efectos una vez inscrita, por cuanto esta afirmación, que es exacta respecto de terceros, no lo es respecto de las partes, según se desprende claramente del artículo 297 del Código de Procedimiento Civil. Lo que constituye esencialmente la precautoria es la resolución que la concede y no su inscripción, establecida con otras finalidades;

15.º) Que confirma el hecho de que la fecha inicial del término para notificar la medida precautoria es la de la resolución judicial que la concede, la circunstancia de existir otras medidas precautorias que también pueden

concederse desde luego, sin previa notificación de la persona a quien afectan, y respecto de las cuales no habría una fecha que sirviera de partida del plazo para notificarlas, distinta de la fecha de su concesión, y no se vé que razón podría existir para aplicar en uno u otro caso procedimientos diferentes;

16.º) Que, abundando en lo anterior, no es procedente la tesis sostenida por el apoderado del demandado de que en las medidas prejudiciales precautorias el término para su notificación, cuando se conceden luego, sin previa notificación de la parte contra la cual se otorgan, comience a correr desde la fecha en que se aceptó la solicitud correspondiente y que el término para notificar las medidas precautorias provisionales empieza a correr desde que se "practiquen", considerándose "practicada" una prohibición de celebrar actos o contratos sobre bienes raíces, cuando se inscribe, por cuanto no hay disposición legal alguna que autorice aplicar criterios diferentes en ambas situaciones. Por el contrario, donde hay una misma razón debe existir una misma disposición y si se admite que las medidas prejudiciales precautorias concedidas desde luego

deben ser notificadas dentro de cierto plazo que comienza a correr desde la fecha en que se acepta la solicitud respectiva, se debe aceptar también que las medidas precautorias provisionales se notifiquen dentro de un término que se inicie en la misma forma;

17.º) Que, de este modo, la obligación que la ley impone al demandante a quien se concede la medida precautoria, de notificar al demandado la respectiva resolución dentro del plazo de los cinco días o de su ampliación, contados en la forma dicha, bajo sanción, si no lo hace, de la caducidad de su acción o derecho con las consecuencias legales que se han analizado, es una compensación a la facilidad que se le otorga de que puedan llevarse a efecto antes de notificarse a la persona a quien afectan. El término perentorio dentro del cual debe practicarse aquella notificación, encuentra su fundamento legal en la naturaleza misma de las precautorias provisionalmente decretadas;

18.º) Que el abogado de la parte demandada hizo también especial consideración en estrados a la circunstancia de que el apoderado del actor reconoció en

ACCION DE DESPOSEIMIENTO

451

el comparendo de fojas 26 que la notificación de la precautoria se efectuó el 22 de Octubre de 1946, lo que importaba una confesión a la que se debía conceder pleno valor probatorio en su contra, en orden a la efectividad de tal hecho;

19.º) Que el planteamiento que se consigna en el fundamento precedente, hace necesario analizar si lo aseverado por el abogado del demandante en aquella oportunidad importa realmente una confesión judicial.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1713 del Código Civil y 399 del de Procedimiento Civil, en el estudio del valor probatorio de la confesión en juicio, debe distinguirse si ésta recae sobre hechos personales, o sobre hechos que no son personales del confesante:

20.º) Que, desde luego, debe descartarse que lo expresado por el apoderado del actor constituya una confesión en juicio, porque no reúne los caracteres, condiciones, y requisitos particulares de tal confesión, ya que no se prestó sobre hechos pertinentes al juicio mismo en que se produjo, ni por una de las partes en beneficio de la otra con "animus confitendi", esto es, con la

conciencia, con el conocimiento cabal de que mediante ella suministraba una prueba al contrario; ni se hizo bajo juramento por una persona capaz de obligarse, capacidad que, en el caso de autos, tratándose de un mandatario, requiere poder especial para prestarse en juicio, autorización que no le confiere el acompañado a fojas 8, de todo lo cual resulta que la aseveración relativa a la notificación practicada a la deudora personal el 22 de Octubre de 1946, no acreditada en el expediente, como se verá más adelante, no importa una confesión en juicio sobre hechos personales y, por consiguiente, no constituye plena prueba en su contra, ni mucho menos en contra del mandante;

21.º) Que tampoco puede sostenerse que se trataría de una confesión sobre hechos no personales del confesante o de la persona a quien representa, que produce prueba, de acuerdo con lo preceptuado en el inciso 2.º del artículo 399 del Código de Procedimiento Civil, porque, como se ha demostrado, el apoderado del demandante no tiene legalmente la calidad de confesante, y aun cuando la tuviera, no tendría tal confesión el valor de prueba plena, ya que en este caso

la letra de la ley, claramente expresada en el aludido artículo 399 y en su espíritu, como se desprende de las Actas de la Comisión Mixta, Sesión 21, en que se discutió el alcance y significación jurídica del artículo 393 del Proyecto que pasó a ser el artículo 389, actual 399, estableció una diferencia, si no substancial, por lo menos marcada entre el valor probatorio que produce una confesión en juicio, que recae sobre hechos personales del absolvente o confesante, y la que recae sobre hechos que no tienen tal carácter. Es así como no se atribuyó a esta última forma de confesión el valor de plena prueba, y la expresión "producirá también prueba" que emplea el inciso 2.º del artículo 399, debe estimarse en relación con los demás antecedentes de la causa, es decir, necesita ser apreciada comparativamente con las otras probanzas rendidas por las partes, como consecuencia de su calidad jurídica inferior que la confesión sobre hechos personales;

22.º) Que la conclusión sentada en el razonamiento anterior cobra mayor fuerza de convicción si se relaciona con el documento de fojas 72 a 76 vuelta, acompañado con citación por el demandante en esta instancia, no

objetado de contrario, consistente en una copia autorizada por el Archivero Judicial de Santiago, don Renato León Zenteno, del cuaderno de medida precautoria del juicio Rol 78.207, seguido ante el Tercer Juzgado Civil de Mayor Cuantía de Santiago, por el Banco Hipotecario de Chile con doña María Knopp viuda de Esse, en el que, para asegurar el cumplimiento de una obligación hipotecaria reconocida sobre su fundo "San Guillermo" o "Agua Maqui" del departamento de Imperial, se decretó con fecha 26 de Septiembre de 1946 la medida precautoria provisional de celebrar actos y contratos sobre el mismo predio y la de constituir prenda agraria e industrial sobre las siembras, plantaciones, maquinarias y animales existentes en él, ampliándose a quince días el plazo para notificarla, precautoria que se inscribió a fojas 84 N.º 72 del Registro de Prohibiciones de ese departamento, el 21 de Octubre de 1946, siendo alzada el 25 de Marzo de 1947, como antes se dijo. De la certificación que se lee al pie de tal instrumento público, que tiene el mérito probatorio que le asigna el artículo 1700 del Código Civil, aparece que es copia íntegra del referido cuaderno de precauto-

ACCION DE DESPOSEIMIENTO

453

rias. No aparece la constancia de que la notificación de tal precautoria, como de la solicitud en que recayó, se hubiera hecho a la demandada señora Knopp viuda de Esse, por lo que debe darse por establecido que realmente no se practicó, faltando en consecuencia un requisito de la solemnidad del acto, cuya consecuencia jurídica se consignó en anteriores fundamentos;

23.º) Que no es posible desentenderse de la circunstancia invocada por el apoderado del demandante durante sus alegatos, en el sentido de que la confesión de que la notificación se habría hecho a la deudora personal el 22 de Octubre de 1946 la prestó por error de hecho, derivado de la falta de antecedentes —muy explicable— al momento de celebrarse el comparendo de fojas 26; y esta circunstancia, que fue prevista por el legislador, puede desvirtuar el mérito de toda clase de confesión, aún respecto de hechos personales, claramente manifestados por los litigantes, como se desprende de los artículos 1713 del Código Civil y 402 del de Procedimiento Civil, si se prueba la efectividad de tal error;

24.º) Que, apreciada comparativamente la presunta confesión

del mandatario del actor con la probanza rendida por éste a fojas 72 y siguientes, de la que es parte o fragmento el instrumento público de fojas 33, consistente en la copia de la medida precautoria de que se trata, acompañada al juicio, por el demandado, se llega a la conclusión, a mayor abundamiento, de que aquélla habría quedado destruida por suficiente prueba en contrario;

25.º) Que no habiéndose practicado la notificación de la medida, o habiéndose ésta efectuado cuando estaba vencido el término de los quince días de la ampliación, debe tenerse por establecido que aquélla quedó de hecho, por el ministerio de la ley, sin valor, y en esta situación tanto la resolución del Tercer Juzgado Civil de Santiago que la concedió, como su inscripción, carecieron de existencia legal o eran ineficaces, de modo que, a la fecha de la inscripción de la hipoteca reconocida por la deudora personal en favor del demandante, el 17 de Enero de 1947 a fojas 4 N.º 3, de que da cuenta la escritura de mutuo hipotecario de fojas 1, el fundo "San Guillermo" o "Agua Maqui" no estaba afecto a embargo alguno, o mandamiento judicial que dispusiera la detención, el impedimento o la reten-

ción de ese bien raíz y no producía nulidad por objeto ilícito el contrato de hipoteca en referencia.

Por estas consideraciones, y visto, además, lo dispuesto en los artículos 1699, 1700, 1713 y 2428 del Código Civil y 38, 40, 43, 61, 146, 279, 280, 290, 296, 297, 302, 399, 402, y 758 del Código de Procedimiento Civil, se declara:

Que se confirma la sentencia apelada de fecha treinta de Diciembre de mil novecientos cincuenta y cuatro, que se lee a fojas 62, sólo en cuanto a los puntos 1.º, 2.º, y 4.º de su parte resolutive; y que se revoca el mismo fallo en su declaración tercera, en el sentido de que se rechaza la excepción de nulidad de la hipoteca deducida por el demandado en el comparendo de fojas 26; y se declara que ha lugar a la demanda de fojas 20 y que se desposee al demandado del predio "San Guillermo" o "Agua Maqui" para que, con el producto de su subasta, se haga pago al demandante de la deuda contraída por la deudora personal doña María Knopp viuda de Esse, de los novecientos quintales métricos de trigo a que se obligó en el referido mutuo hipotecario de fojas 1, con sus intereses.

VOTO DISIDENTE.—Acor dada contra la opinión del Ministro señor Contreras Fuentes, en cuanto se revoca la sentencia en alzada en su resolución tercera, quien estuvo por confirmar también esa resolución, teniendo para ello presente lo dispuesto en los artículos 38, 40, 43, 279, 296 y 297 del Código de Procedimiento Civil, 390 y 393 del Orgánico de Tribunales y las siguientes consideraciones:

1.º—Que como consta del acta de comparendo de fojas 26, el demandado expuso, en relación con la excepción de nulidad de la hipoteca, que la medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos sobre la finca hipotecada fue decretada provisionalmente, en el carácter de urgente y con antelación a la notificación de la demandada, con fecha 26 de Septiembre de 1946 y que en la misma resolución se amplió a quince días el plazo para notificarla, de acuerdo con el derecho que concede el artículo 302 del Código de Procedimiento Civil, y que la notificación de tal medida a dicha demandada sólo se practicó el día 22 de Octubre del año indicado, vale decir, cuando se encontraba vencido con exceso el referido plazo de quince días, sin que hubiera

ACCION DE DESPOSEIMIENTO

455

constancia de haberse concedido una nueva ampliación, sosteniendo, por tal razón, que las diligencias practicadas, o sea, la resolución que concedió la medida y su inscripción en el Conservador respectivo, quedaron sin valor, en forma que cuando se extendió la escritura de hipoteca y cuando se inscribió esta última, no había medida precautoria alguna vigente y, por consiguiente, no existía el vicio de nulidad por objeto ilícito;

2.º—Que, ante todo, es preciso dejar establecido si la medida precautoria de que se trata fué concedida o no provisionalmente, como también si la resolución que concedió la medida referida fué notificada una vez vencido el plazo de quince días que se otorgó para la práctica de tal diligencia;

3.º—Que no hay dudas de que la medida de que se trata es precautoria y que ella fue concedida en forma provisional, y no prejudicial precautoria —artículo 279 Código de Procedimiento Civil—, como se desprende del mérito de autos y de un somero examen acerca de su naturaleza y calidad, hechos respecto de los que no existe discrepancia entre las partes.

En efecto, del instrumento acompañado a fojas 33, que hace fe en contra de las partes, se desprende que en el carácter de precautoria fué solicitada la medida de prohibición de celebrar actos y contratos como, también, la de prohibición de constituir prenda agraria o industrial sobre las siembras, enseres, maquinarias, plantaciones y animales del fundo hipotecado, medida que solicitó el Banco Hipotecario de Chile, aduciendo que a la fecha de la presentación de la respectiva solicitud tenía iniciada demanda por cobro de pesos en contra de doña María Knopp viuda de Esse, vendedora de la finca hipotecada al demandado en autos, en razón de que existía atraso considerable de una obligación hipotecaria que reconocía dicho fundo, medida que, además, solicitó en los autos principales sobre cobro de pesos —como aparece del instrumento en examen— y solicitando, a la vez, que su concesión fuera desde luego en el carácter de urgente a fin de asegurar la eficacia de la acción de cobro de pesos referida, a lo que el tribunal de primera instancia respectivo accedió con fecha 26 de Septiembre de 1946 dando traslado en el incidente, "haciéndose entre tanto como se pide" y ampliando a quince días el plazo pa-

ra notificarla, restringiéndolo así a este término, dado que el actor pidió que la ampliación se concediera por sesenta días más.

Por otra parte, con el instrumento acompañado a fojas 72, no objetado por las partes, por lo que hace fe en su contra, atendida su naturaleza —copia del cuaderno sobre medidas precautorias a que el documento de fojas 33 se refiere—, se corrobora todo lo expresado en el párrafo anterior;

4.º—Que entrando a un análisis de la disposición legal que hace posible la concesión de las medidas precautorias en forma provisional, no podría negarse que el plazo que establece es extintivo y de caducidad, por lo que la sanción legal que la omisión de la notificación de las medidas a la persona en contra de quien se decretan o su notificación tardía, cual es la de quedar sin valor las medidas precautorias decretadas, opera por el solo ministerio de la ley y surte sus efectos como si no hubiera existido la medida precautoria; pero es preciso, ahora, establecer desde cuándo se cuenta dicho plazo fatal;

5.º—Que, atendido el tenor literal de la disposición legal citada

—artículo 302 del Código de Procedimiento Civil—, “transcurridos cinco días sin que la notificación se efectúe, quedarán sin valor las diligencias practicadas”, no es difícil que conduzca a error al intérprete, y en este caso al demandante, al estimar que como la notificación se hizo el 22 de Octubre, la medida fué concedida el 26 de Septiembre y la ampliación del plazo para notificarla alcanzó sólo a quince días, éste había vencido a la fecha por el actor reconocida como en la que se efectuó la notificación de la medida a la demandada señora Knopp, o sea, que el término había comenzado a correr desde la concesión de la precautoria; pero como la disposición legal en examen expresa que “quedarán sin valor las diligencias practicadas”, es lógico que deba entenderse en el sentido de que dicho plazo se cuenta desde que la medida se traba, se practica, por lo que en el caso de autos debe entenderse que empezó a correr desde que se efectuó la diligencia de inscripción de la medida decretada en el Conservador de Bienes Raíces del departamento de Imperial, donde está situado el inmueble hipotecado, que lo fué el 21 de Octubre de 1946, ya que interpretar de otro modo dicha disposición sería desconocer su

ACCION DE DESPOJO

457

propio tenor, puesto que habla de diligencias practicadas.

En efecto, según el Diccionario de la Lengua, el sustantivo "diligencia", del latín "diligentia", significa "cuidado y actividad en ejecutar alguna cosa", así como el verbo transitivo "diligenciar" significa "poner los medios necesarios para el logro de una solicitud", y el participio de practicar implica que "se ha ejercitado, puesto en práctica una cosa, que se ha aprehendido o especulado". Ahora bien, como el legislador no ha definido expresamente el término diligencia que emplea el referido artículo 302, debe entenderse en su sentido natural, es decir, en el sentido que le atribuye el Diccionario mencionado, que al referirse a la acepción forense del sustantivo diligencia dice: "actuación del secretario judicial en un procedimiento criminal o civil", vale decir, que implica una actuación diferente de la resolución judicial, lo que se corrobora con la acepción que la jurisprudencia ha dado a la expresión diligencia, que significa "el acto o gestión que tiende a dar curso progresivo a los autos y con ella se cumple lo dispuesto o resuelto por el tribunal", lo que lo que está dando a entender que "en dicha expresión debe comprenderse la práctica de cual-

quiera actuación que sea útil a la prosecución del juicio y de que quede constancia en el proceso".

No sería útil a la prosecución del juicio o gestión, en el caso en examen, que llegara a quedar sin efecto la mera resolución que concedió algo al solicitante, porque así se derribaría todo el sistema ideado por la ley en esta disposición de excepción como es la del inciso 2.º del comentado artículo, puesto que si faculta para que las medidas precautorias se lleven a efecto antes de notificarse a la persona contra quien se dictan, con el propósito de que no las conozca esta parte, y que para la eficacia de la prohibición de celebrar actos y contratos respecto de un inmueble, es necesaria su inscripción en el respectivo Conservador, al no contarse el plazo desde la fecha de esta inscripción no podría decirse que la medida se habría llevado a efecto, es decir, que el legislador no ha podido disponer que quede sin efecto lo que existe:

6.º.—Que corrobora esta interpretación al ponerse en parangón el artículo citado con lo establecido en el artículo 280 del mencionado Código de Enjuiciamiento Civil, en que, refiriéndose a las medidas prejudiciales, dice:

"Aceptada la solicitud a que se refiere el artículo anterior, deberá el solicitante presentar su demanda en el término de diez días y pedir que se mantengan las medidas decretadas. Este plazo podrá ampliarse hasta treinta días por motivos fundados", o sea, que de la comparación resulta claro que mientras en el caso de las prejudiciales precautorias el plazo debe contarse una vez aceptada la petición, o sea, una vez dictada la resolución por el tribunal, en el de las precautorias provisionales su tenor es absolutamente diferente, y, en consecuencia, sus consecuencias diversas;

7.º—Que resta, ahora, establecer si efectivamente la demandada doña María Knopp viuda de Esse fue notificada de las medidas precautorias en examen, como lo reconoció el demandante en el acta de comparendo de fojas 26 en forma expresa, o si nunca fue notificada, como lo alegó en alzada tratando de corroborar su aserto con el mérito del instrumento acompañado a fojas 72, o bien si tal confesión la hizo por error;

8.º—Que es un hecho que se acredita con el solo mérito de

autos —acta de fojas 26—, que el apoderado del demandante reconoció expresamente que las medidas precautorias decretadas en el cuaderno respectivo, en los autos seguidos por el Banco Hipotecario de Chile en contra de doña María Knopp viuda de Esse, le habían sido notificadas a esta demandada el día 22 de Octubre de 1946, o sea, el día siguiente de que se las inscribió en el Conservador de Bienes Raíces del departamento de Imperial.

Ahora bien, ya es cuestión que la jurisprudencia viene resolviendo desde antiguo, que el medio de prueba llamado confesión de parte, o sea, el reconocimiento que una parte hace de la verdad de un hecho alegado por la otra, y más precisamente la confesión judicial, no consiste sólo en la absolución de posiciones, sino que comprende a toda declaración que se haga en el proceso, forzada o espontáneamente. Que el procedimiento más corriente en todo juicio para producir la prueba de confesión sea la llamada absolución de posiciones, no quiere decir que escape a dicha calidad de medio probatorio cualquiera otra declaración espontánea, porque aquél tiene que emplearse como medio de obtenerla forzadamente;

ACCION DE DESPOSEIMIENTO

459

9.º—Que es el artículo 1713 del Código Civil el que determina el valor probatorio de la confesión en un juicio, sea que la haga una persona por sí o por medio de apoderado o de su representante legal, y relativa a un hecho personal de la misma parte, en su inciso 1.º que dice que “producirá plena fe contra ella, aunque no haya un principio de prueba por escrito; salvo los casos comprendidos en el artículo 1701 inciso 1.º y los demás que las leyes exceptúen”, ninguno de los cuales es el de autos. Añade el inciso 2.º del comentado artículo: “No podrá el confesante revocarla, a no probarse que ha sido el resultado de un error de hecho”;

10.º—Que esta plena prueba la produce la confesión judicial—espontánea o forzada, expresa o tácita, personalmente o por medio de apoderado, o por representante legal— no sólo con respecto a los hechos personales del confesante, sino aún respecto a los no personales, porque el Código de Procedimiento Civil modificó al Civil en esta parte, al expresar el artículo 399: “Los tribunales apreciarán la fuerza probatoria de la confesión judicial en conformidad a lo que establece el artículo 1713 del Có-

digo Civil y demás disposiciones legales”, agregando en su inciso final: “Si los hechos confesados no son personales del confesante o de la persona a quien representa, producirá también prueba la confesión”.

Una vez producida la confesión de parte, la parte contraria queda exonerada de exhibir otra prueba, toda vez que hace plena prueba con respecto a los hechos por ella comprendidos; y esta prueba de confesión de parte, así como la de presunciones, es admisible en toda clase de actos o contratos, debido a que la prohibición del artículo 1709 no rige en materia de confesión de parte y porque el artículo 1713 no contiene esta limitación y aún lo excluye, toda vez que expresa que hará plena prueba aunque no haya un principio de prueba por escrito.

Más aún, el mencionado artículo 1713 no restringe el mérito de la confesión en juicio a la que hace una persona como parte en el juicio, porque alude en forma genérica a tal confesión, la que, en consecuencia, puede prestarse en cualquier carácter, puesto que la ley sólo requiere que la confesión sea emitida personalmente por quien la da. Por consiguiente, como lo ha dejado establecido la jurisprudencia reciente, “es válido el reconocimiento de la verdad de

un hecho personal que haga un individuo en un proceso, sea como parte o como simple testigo”;

11.º—Que al acompañar en alzada el demandante y apelante el instrumento de fojas 72 —que es copia del cuaderno de medidas precautorias— adujo que con tal medio comprobaba que la demandada doña Maria Knopp viuda de Esse no había sido notificada en forma alguna de las medidas precautorias, o sea, ni de la resolución de fecha 26 de Septiembre de 1946, ni de la solicitud en que recayó, ni de ninguna otra resolución dictada en dicho cuaderno;

12.º—Que, en consecuencia, lo que constituye la notificación es el acto por medio del cual se hace saber una resolución de la autoridad, con las formalidades preceptuadas para el caso.

Como las notificaciones son de varias clases en nuestro Derecho Procesal, las personales y por cédula deben efectuarse o por el Secretario del tribunal o por un Receptor, que es un ministro de fe pública encargado de hacer saber a las partes, fuera de las oficinas de los Secretarios, los decretos y resoluciones de los tribunales de justicia, lo que viene a corroborar aquello de que no-

tificar, que viene del latín “notificare”; de “notus”, conocido y “facere”, hacer, es **hacer saber una resolución de la autoridad.**

Ahora bien, una vez hecha la notificación, se hará constar en el proceso por diligencia que suscribirán el notificado y el ministro de fe, debiendo expresarse, además de las circunstancias relativas a la negativa o imposibilidad de firmar, el lugar en que se verificó el acto y la fecha, con indicación de la hora, a lo menos aproximada.

Constar significa ser cierta y manifiesta una cosa, y constancia, certeza, exactitud de algún hecho o dicho.

Del documento agregado a fojas 72 que, como se dijo, hace plena fe en contra de las partes, por tratarse de copia autorizada de un instrumento público y quedar entonces comprendido dentro del N.º 2 del artículo 342 del Código de Procedimiento Civil varias veces citado, se desprende un hecho cierto, cual es el de que no aparece que se haya dejado constancia de la notificación que la parte demandante en el presente juicio reconoció expresamente que se había efectuado, por lo que al acto le habría faltado el requisito necesario para acreditar que el ministro de fe la había efectuado y que en tal caso pudie-

ACCION DE DESPOJO

461

ra servir de medio probatorio de que en verdad hizo saber a la persona afectada el decreto o resolución de la autoridad dictado en su contra; pero tal omisión no podría acarrear la nulidad del acto como tampoco de que no se llevó a efecto, porque en realidad el propio demandante reconoció que se había hecho;

13.º—Que si bien es verdad que procedimiento judicial es el conjunto de normas, trámites y actuaciones a que debe someterse la administración de justicia y que en el proceso judicial escrito las presentaciones de las partes y las resoluciones del tribunal deben hacerse constar en el proceso o expediente, en el caso que nos ocupa, reconocido el hecho de haberse efectuado el acto, la omisión del funcionario encargado de practicar la diligencia encomendada no se traduce en la nulidad del acto ni sirve para acreditar que no se habría realizado, sino que sólo acarrea sanciones para el funcionario remiso en el cumplimiento de un deber que la ley le impuso en estos casos, o sea, dejar constancia escrita en el expediente de que realmente se hizo saber a la persona que se buscaba la resolución judicial que le afectaba a ella misma; porque lo que la ley exige es que la no-

tificación debe ser un acto capaz de producir, mediante la observancia de las formalidades que le son propias, la finalidad que la misma ley ha tenido en vista al establecerla, o sea, "hacer que el notificado quede realmente enterado de la resolución que se le notifica y de los antecedentes que al informan en su caso"; y como el demandante dice que la persona de quien se trata fue notificada, y ésta, en su caso, y el demandado en el presente, aparecen enterados de la resolución que se le notificó, la omisión de la constancia no le ha producido perjuicio alguno, ya que no podría ponerse en duda de que ella fue efectuada con las formalidades que la ley exige, o sea, que haya intervenido funcionario competente, hecho que tampoco se ha puesto en duda, tanto más que la parte apelante ha reconocido, una vez más, en estrados que efectivamente dicha notificación se hizo; y

14.º—Que la confesión prestada por la parte demandante debe estimarse irrevocable, y si bien en alzada y en estrados adujo que la había prestado por error, debido a una mala información, reconociendo que en dicha fecha —22 de Octubre de 1946— se había notificado la demanda principal

del Banco Hipotecario de Chile a doña María Knopp viuda de Esse, tal excusa no importa un hecho desligado del reconocimiento que hizo de haberse efectuado la notificación de las medidas precautorias y, por el contrario, contribuye a hacer más verosímil la especie, reforzando así su propia confesión.

Anótese.

Agréguese los impuestos antes de notificar y hecho, devuélvanse.

Redactó el fallo de mayoría el señor Fiscal don León Erbetta y el voto disidente, su autor, concurriendo a aquél el Abogado integrante don Elizardo Ciudad Vásquez.

Dictada por la Ilustrísima Corte, constituida por los señores Ministro titular, don Rómulo Contreras Fuentes, Fiscal, don León Erbetta Vaccaro y Abogado integrante, don Elizardo Ciudad Vásquez. — Orlando González Castillo, Secretario.