

**Año VI Julio - Diciembre de 1938 Nos. 25 y 26**

*Atención* 

# Revista de Derecho

## SUMARIO

<b>Héctor Brain R.</b>	<b>La interpretación de los contratos a través de la jurisprudencia Chilena</b>	<b>Pag. 1983</b>
<b>David Stitckin B.</b>	<b>Algunas consideraciones sobre el mandato para ejecutar actos solemnes</b>	<b>" 2039</b>
<b>Ramón Domínguez B.</b>	<b>La cuenta corriente mercantil ¿es un contrato consensual?</b>	<b>" 2053</b>
<b>Orlando Tapia S.</b>	<b>La responsabilidad extracontractual</b>	<b>" 2059 <sup>I</sup></b>
	<b>MISCELANEA JURÍDICA</b>	<b>" 2085</b>
	<i>(El delito de robo matrimonial)</i> <b>JURISPRUDENCIA</b>	<b>" 2091</b>
	<b>JURISPRUDENCIA EXTRANJERA</b>	<b>" 2146</b>
	<b>LEYES Y DECRETOS</b>	<b>" 2159</b>

**Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales**

UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (CHILE)

**David Stitckin Branover**

## **Algunas consideraciones sobre el mandato para ejecutar actos solemnes**

**C**ONFORME a lo prescrito en el artículo 2116 del Código Civil, el mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

La persona que confiere el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general, mandatario.

Analizando las reglas que da nuestro legislador en lo relativo al mandato civil y aplicando a ellas lo prescrito en los artículos 1439 a 1443, podemos concluir que es un contrato generalmente bilateral y oneroso — si bien excepcionalmente puede no serlo, — conmutativo, y consensual en cuanto la ley no ha exigido formalidad alguna para que se entienda perfecto; de manera que nace cuando el mandante y el mandatario prestan su consentimiento.

2.—Confirma esto último, lo preceptuado en el artículo 2123 en cuanto dispone, textualmente, que "el encargo que es

objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por carta, verbalmente, o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra; pero no se admitirá en juicio la prueba testimonial sino en conformidad a las reglas generales, ni la escritura privada cuando las leyes requieran un instrumento auténtico.

3.—De lo anterior se desprende claramente que el mandato no se halla sujeto a formalidad alguna, sin perjuicio de que, en cuanto a la prueba, rijan las limitaciones ordinarias y así no podrá acreditarse por testigos cuando ha debido consignarse por escrito, esto es, cuando el objeto del mandato sea cosa que valga más de doscientos pesos, artículos 1708 y 1709 del Código Civil. Asimismo, en los casos especiales que las leyes requieran instrumento auténtico en que consta el mandato, no podrá probarse por escritura privada, siempre que aquél se exige por vía de solemnidad, regla ésta que no es sino una aplicación de lo que ya se había establecido en el artículo 1701.

Dos observaciones interesantes nos merece el artículo 2123 arriba transcrito. La primera consiste en la insistencia del legislador respecto del carácter consensual del mandato, de tal manera que llega a ser redundante al referirse a las escrituras pública o privada, y a las cartas, pues éstas quedan comprendidas dentro del concepto de escritura o instrumento privado; dice a continuación que puede darse el encargo verbalmente o de cualquier otro modo inteligible y, si esto no bastase, agrega que se entiende otorgado el mandato por la adquiscencia tácita de una persona a la ejecución de sus negocios por otra.

Es indudable que no cabía ser más explícito en lo tocante al carácter consensual de este contrato, debiendo agregar, además, que incluso la disposición era hasta cierto punto innecesaria, pues no habiéndose exigido en parte alguna formalidad especial para su perfeccionamiento, debía entenderse necesariamente consensual, ya que las solemnidades son de derecho estricto y no cabe aplicarlas a falta de texto legal.

La segunda observación se refiere a las aparentes li-

## Algunas consideraciones sobre el mandato, etc.

2041

mitaciones que sienta el legislador a la regla precedente en el mismo artículo y que, por ser la repetición de disposiciones generales consignadas anteriormente, son innecesarias.

En efecto, como ya hemos observado, expresa que no se admitirá en juicio la prueba testimonial sino en conformidad a las reglas generales, cosa que ya se había dicho en el artículo 1708, ni tampoco la escritura privada cuando las leyes requieran un instrumento auténtico, principio consignado más felizmente en el artículo 1701.

4.—Pero si estas reglas no ofrecen dudas cuando el encargo que es objeto del mandato consiste en la ejecución de un acto o celebración de un contrato no solemne, han surgido, y muchas, cuando consiste en la celebración de un contrato solemne y, principalmente, cuando se ha otorgado para celebrar una compraventa de bienes raíces que, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2.º del artículo 1801, debe efectuarse por escritura pública, sin lo cual no se reputa perfecta ante la ley y es nula absolutamente, según el artículo 1682,

5.—En efecto, numerosas veces se ha sometido al conocimiento de nuestros tribunales la cuestión acerca de si el mandato conferido para celebrar un contrato de compraventa de bienes raíces debe o no otorgarse por escritura pública, y en caso de que así debiera conferirse, qué sanción acarrearía la omisión de esa formalidad.

6.—Siempre que esta cuestión ha llegado al conocimiento de la Excma. Corte Suprema, se ha resuelto, con curiosa unanimidad, que el mandato ha debido otorgarse con las mismas formalidades que el acto o contrato encomendado, y, tratándose de la compraventa de bienes raíces, por escritura pública, de manera que omitida esa solemnidad, la compraventa celebrada por el mandatario en cumplimiento del mandato es nula absolutamente, aun cuando aquélla se haya celebrado por escritura pública en conformidad al artículo 1801, inciso 2.º, por faltar en dicha compraventa el consentimiento del mandante.

7.—Así, en una sentencia que aparece publicada en la

Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XV, Sec. 1.ª, página 462, dicho Tribunal estableció que "el mandato para la compraventa de un bien raíz debe otorgarse por escritura pública.

El mandato conferido ante un juez de Subdelegación u Oficial del Registro Civil para vender un bien raíz, no es instrumento público. Es nula, porque infringe los artículos 2123 y 1701 del Código Civil, como también el artículo 1801 del mismo Código, la sentencia que reputa perfecto ante la ley un contrato de venta de bienes raíces celebrado por un mandatario cuyo poder no se otorgó por escritura pública".

En igual sentido pueden consultarse las sentencias publicadas en la misma Revista, tomo XIV, pág. 517 y T. XX, Sec. 1.ª, pág. 37.

8.—Las razones que aduce la Corte Suprema en apoyo de esos fallos, pueden reducirse fundamentalmente a dos:

1.º El poder o mandato es el único instrumento en que el vendedor o comprador manifiesta su consentimiento y como la ley prescribe que este elemento o requisito esencial se produzca en una forma especial determinada, es obvio que el documento que lo contenga se sujete a igual formalidad;

2.º Si bien el artículo 2123 sienta como regla general el carácter consensual del mandato, la segunda parte de la misma disposición señala las excepciones, entre las cuales se contempla, precisamente, el caso en que el mandato debe constar por escritura pública, en cuyo caso no se admitirá en juicio la escritura privada.

9.—A nuestro juicio, la doctrina sentada en este punto por la Excm. Corte Suprema es doblemente errada, porque analizando las disposiciones legales que reglan esta materia en nuestro Código Civil se llega a la conclusión evidente de que no es necesario que el mandato llene las mismas solemnidades que debe cumplir el contrato que se encomienda y que, en caso de serlo, la omisión de ellas en el mandato no acarrea la nulidad del contrato celebrado legalmente en su cumplimiento.

## Algunas consideraciones sobre el mandato, etc.

2043

Para mayor claridad, analizaremos ambas cuestiones en el mismo orden que han sido expuestas.

10.—Sostenemos, en primer término, que el mandato conferido para la celebración de un acto solemne no se halla sujeto a formalidad alguna, salvo, naturalmente, que en casos especiales así lo disponga la ley expresamente.

En efecto, exigir en aquél las mismas solemnidades que la ley señala para éste es un error derivado de la confusión de dos actos jurídicos perfectamente distintos: uno, el mandato; el otro, la compraventa en nuestro caso, o el contrato cuya celebración se encomienda.

El mandante que otorga poder al mandatario para que compre o venda algo en su nombre no manifiesta en manera alguna su consentimiento para celebrar un contrato de compraventa; simplemente *autoriza* al mandatario para que ejecute esos actos, dentro de los límites que le señala en el mismo poder.

A su vez, el mandatario que en cumplimiento del encargo compra o vende a nombre del mandante, celebra un contrato posterior de compraventa en que expresará *su propio consentimiento* (y no el del mandante), pero este contrato afectará al mandante como si él mismo lo hubiera celebrado, en virtud de la autorización o poder que precisamente con este objeto le ha conferido.

De aquí, entonces, que sea el mandatario y el tercero quienes deban prestar su consentimiento por escritura pública y no así el mandante que para nada ha intervenido en el contrato celebrado a su nombre.

11.—De aceptar la doctrina sustentada por la Excma. Corte Suprema, todo mandato contendría el consentimiento del mandante para la ejecución del acto encomendado y bastaría que se pusiera ese poder en conocimiento del tercero para que éste pudiera aceptar el contrato encomendado y reputarlo perfecto, suprimiendo así el consentimiento que debe prestar el mandatario en la celebración del contrato.

12.—Exagerando la tesis y suponiendo que una persona otorga poder a un mandatario por escritura pública para que

venda un inmueble de su propiedad en condiciones establecidas minuciosamente y que otra confiere también poder a un mandatario, encargándole la compra de esa misma propiedad en iguales condiciones, habría que concluir que hay un contrato de compraventa perfecto desde que se han otorgado ambos mandatos, sin necesidad de que los mandatarios celebren la compraventa y prestan su consentimiento para vender y comprar, respectivamente, pues ambos mandantes ya habrían prestado el suyo por separado, anticipadamente y con las formalidades legales.

13.—De lo expuesto aparece que la Corte Suprema ha confundido los contratos de mandato y compraventa, entendiendo que todo mandato contiene en sí un principio de venta o de compra, lo que es inexacto y contrario a la naturaleza, misma de ese contrato.

14.—El artículo 1448 que contiene una regla especial aplicable a esta materia, establece que "lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado, iguales efectos que si hubiese contratado él mismo".

Basta observar esta disposición para concluir que dentro del concepto de nuestro legislador, es el representante o mandatario quien contrata, aun cuando en razón del mandato se produzcan respecto del mandante "*iguales efectos que si hubiese contratado él mismo*".

15.—Es el mandatario, pues, quien presta su consentimiento en la escritura pública de compraventa, que desde este momento se reputará perfecta ante la ley y obligará al mandante, sin perjuicio de que no puede acreditarse al mandato conferido para ese objeto por testigos cuando, según las reglas generales, haya debido consignarse por escrito.

Pero ello no obsta para que el tercero a quien interesa la existencia del mandato, pueda probarlo por otros medios y así no se ve razón alguna para que, citado el mandante ante el Tribunal que conoce de la causa, confiese que efectivamente lo ha otorgado y le afectará las consecuencias jurídicas del contrato celebrado en su nombre y por su cuenta.

## Algunas consideraciones sobre el mandato, etc.

2045

16.—Más notable resulta aun esta distinción entre el mandante que se otorga y la compraventa celebrada en su ejecución, si se considera que según lo dispuesto en el artículo 2151 del Código Civil, el mandatario puede, en el ejercicio de su cargo, contratar a su propio nombre o al del mandante: si contrata a su propio nombre, no obliga respecto de terceros al mandante.

En consecuencia y de acuerdo con la disposición citada, el mandatario, al contratar, puede asumir dos actitudes: expresar que lo hace a nombre del mandante, en cuyo caso quedará éste obligado directamente respecto del tercero, artículo 1448, o bien contratar a nombre propio y entonces el contrato obligará exclusivamente al mandatario y al tercero, artículo 1545, sin perjuicio de que posteriormente el mandatario ceda sus derechos al mandante para dar cumplimiento a su cometido.

¿Qué razones podrían aducirse, en este segundo caso, para declarar nula la compraventa celebrada por escritura pública entre el mandatario que actúa a nombre propio y el tercero?

Es imposible sostener aquí que es el mandante quien ha prestado su consentimiento en la compraventa celebrada por el mandatario, cuando ni siquiera se ha hecho alusión a su existencia. Y, sin embargo, no cabe duda que en este caso ha existido un mandato, y que su perfeccionamiento no se halla sometido a formalidad alguna, salvo las restricciones generales en cuanto a la admisibilidad de la prueba testimonial.

En lo que respecta a la compraventa, habiéndose otorgado por escritura pública, es perfecta ante la ley y obliga, como se ha dicho, a las partes contratantes, que son el mandatario y el tercero.

No cabe duda, pues, en nuestra opinión, que la conclusión a que ha llegado la Excma. Corte Suprema en el punto que comentamos, es errada y deriva de la confusión lamentable que ha hecho del mandato, la representación, que siendo un elemento de la naturaleza de aquel contrato, puede no existir sin que por ello se desvirtúe el carácter del mandato, y la compraventa, que es un acto jurídico perfectamente

distinto de los dos primeros y en cuya celebración intervienen exclusivamente el mandatario y el tercero comprador o vendedor, apareciendo el mandante, respecto de la dicha compraventa, como un tercero jurídicamente extraño.

17.—La segunda razón fundamental que aduce la Excma. Corte en apoyo de su resolución consiste, como se ha dicho, (ver N.º 8), en que "no es aplicable, tratándose de la compraventa de un inmueble, la disposición del artículo 2123 del Código Civil que establece que el mandato no requiere solemnidad especial alguna para su perfeccionamiento, sino la disposición excepcional del mismo artículo que establece que no es admisible escritura privada cuando las leyes requieran un instrumento auténtico". (Rev. de D., T. XX. Sec. 1.ª, página 37).

Nos parece innecesario, hasta cierto punto, insistir en el análisis de esta disposición, cuyos términos claros y precisos han sido desvirtuados de tal manera en su interpretación y alcance; pero no podemos omitir algunas breves consideraciones al respecto.

El artículo 2123 no exige en parte alguna que el mandato conste por escritura pública en éste o en otro caso; lo que allí se establece es que cuando la ley exige que *el mandato* conste por instrumento auténtico, no se admitirá para probarlo, la escritura privada. Pero para que pueda aplicarse esta limitación es necesario *que las leyes requieran* en casos determinados que el mandato conste por escritura pública y es evidente que en ninguna parte lo ha requerido la ley para el que tiene por objeto la compraventa de bienes raíces.

18.—El error que supone tal interpretación aparece aún más evidente si se considera que el artículo 2123 es una disposición especial ubicada en el título del mandato, de manera que la exigencia de instrumento público, cuando las leyes lo requieran, se refiere exclusivamente a este contrato y no al que el mandatario celebre en su cumplimiento.

En otros términos, para que tenga lugar la limitación indicada es necesario que una disposición expresa de la ley

**Algunas consideraciones sobre el mandato, etc.**

**2047**

exija que el mandato se constituya por escritura pública, sin atender a las formalidades a que pueda hallarse sujeto el contrato encomendado.

19.—Así ocurre, por ejemplo, en el contrato de matrimonio que, según lo prescrito en el artículo 15 de la ley 4808 sobre Registro Civil, puede celebrarse por mandato siempre que el poder se haya otorgado por escritura pública.

También se exige este requisito en el mandato judicial, que según lo prescrito en el artículo 7 del Código de Procedimiento Civil, debe otorgarse, entre otras de las formas que allí se indican, por escritura pública.

En estos casos en que la ley exige expresamente que el mandato conste por instrumento público cuando tiene aplicación lo prescrito en la parte segunda del artículo 2123. Entenderlo de otra manera es atentar contra las reglas más elementales de interpretación legal, desatendiendo al tenor literal y el espíritu de la citada disposición.

20.—El artículo 2123 corresponde al artículo 2292 del Proyecto inédito del Código Civil de don Andrés Bello, siendo aquél idéntico a este último. Al margen del artículo 2292 de dicho proyecto aparece una nota del propio Andrés Bello en que se remite al tratadista francés Troplong, quien, por lo demás, sirvió de fuente inspiradora en casi todas las disposiciones relativas al mandato.

Pues bien, este tratadista en sus Comentarios al título del mandato N.º 104 y al título de la hipoteca, tomo II N.º 511, sostiene la misma opinión, esto es, que "la procuración o mandato por instrumento privado es siempre suficiente, aun cuando el acto que se encomienda está sujeto a la forma auténtica".

Y tal opinión es doblemente valiosa, tanto por remitirse a ella nuestro propio legislador, cuanto porque el artículo 1985 del Código Civil francés comentado por este autor, es análogo al artículo 2123 de nuestro Código.

21.—Por las razones anotadas creemos, sin lugar a dudas, que el mandato conferido para ejecutar actos solemnes

no se halla sujeto a formalidad alguna, a menos que la ley lo exija expresamente.

Pero aún admitiendo la tesis contraria, esto es, que el poder debe otorgarse también por escritura pública, no creemos que la omisión de este requisito pueda acarrear por ningún motivo la nulidad absoluta del contrato encomendado.

22.—La razón que aduce la Corte Suprema para fundar su criterio consiste en que siendo elemento esencial del contrato el consentimiento del mandante y del tercero, expresado en la escritura pública de compraventa, su omisión acarrea la nulidad absoluta de ésta, según lo prescrito en los artículos 1445 y 1682 del Código Civil.

El error de ese Tribunal proviene de considerar que es el mandante y el tercero quienes prestan su consentimiento en el contrato: aquél por intermedio del mandatario y éste personalmente.

Aun a riesgo de repetir lo ya dicho insistiremos en que eso es falso: *el mandante no interviene en forma alguna en el contrato celebrado entre el mandatario y el tercero, son éstos quienes prestan su consentimiento y manifestado por escritura pública, la compraventa es perfecta y obliga al mandante, no porque haya sido parte en el contrato sino porque se ha celebrado en su representación, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 1448 del Código Civil.*

23.—Entre las muchísimas razones que pueden darse en apoyo de esta opinión, señalaremos sólo algunas de las principales:

a) La regla general consignada en el artículo 1445 presenta excepciones, entre las cuales el legislador ha contemplado especialmente tres: la representación, la estipulación en favor de un tercero y la promesa de hecho ajeno, artículos 1448, 1449 y 1450. En estos tres casos una persona puede hallarse obligada por un acto o contrato en que no ha prestado su consentimiento.

Nótese, por lo demás, la circunstancia de que el legislador los haya considerado precisamente al tratar lo relativo al consentimiento y sus vicios.

**Algunas consideraciones sobre el mandato, etc.**

**2049**

b) La redacción misma del artículo 1448 no deja lugar a dudas de que el mandante no interviene en el acto celebrado posteriormente por el mandatario en cumplimiento del encargo que se le ha cometido, pues, como expresa esta disposición, es el mandatario quien ejecuta el acto, que produce para el mandante, iguales efectos *que si hubiese contratado él mismo*. Es decir, no ha contratado él mismo, no ha prestado él su consentimiento, pero en virtud de la representación se producen iguales efectos que si lo hubiere prestado.

c) Por consiguiente y de acuerdo con esta opinión, los vicios del consentimiento que puedan afectar al contrato deben buscarse en el prestado por el mandatario y no en el del mandante, pues, insistimos, no ha concurrido al acto o contrato.

Pues bien, el artículo 678 establece que "si la tradición se hace por medio de mandatarios o representantes legales, *el error de éstos invalida la tradición*".

Si fuese el mandante y no el mandatario el que prestase su consentimiento en la convención, los vicios que afectasen el consentimiento de éste último no la invalidarían, como prescribe la disposición citada.

24.—Por último, debe observarse que en ningún caso, admitiendo o no las razones expuestas, puede concluirse que sea nula la compraventa de bienes raíces celebrada por escritura pública por un mandatario que actúa en virtud de un poder constituido por instrumento privado.

En efecto, si a tal conclusión pudiese llegarse de acuerdo con las reglas generales, lo que consideramos inadmisibles, existe una disposición particular ubicada en el título del mandato que por ser especial prevalece sobre aquéllas.

El artículo 2122 dispone expresamente que "*el mandatario que ejecuta de buena fé un mandato nulo o que por una necesidad imperiosa sale de los límites de su mandato, se convierte en un agente oficioso*".

He aquí la verdadera sanción para el caso en que, supuesta la necesidad de que el mandato se constituya por escritura pública, se omite esa formalidad.

El mandato es nulo, pero el acto o contrato celebrado

en ejecución del mismo es válido, pero inoponible al mandante. Es decir, no lo afecta, pero puede ratificarlo y asumir los derechos y obligaciones que emanan del contrato celebrado a su nombre y por su cuenta. En tanto no medie esa ratificación el contrato no le afecta, y el tercero que contrató con el mandatario puede perseguir la responsabilidad civil de éste, por los daños y perjuicios que le haya irrogado la celebración del contrato ineficaz por falta de ratificación del mandante, si dicho mandatario no le ha dado suficiente conocimiento de sus poderes o se ha obligado personalmente con el tercero, según lo prescrito en el artículo 2153. En el primer caso se trata de una responsabilidad de carácter extracontractual; en el segundo, de una responsabilidad contractual derivada del incumplimiento de la obligación contraída voluntariamente.

Por lo demás, la regla contenida en el artículo 2153 tiene un fundamento jurídico exacto.

Declarado nulo el mandato, por sentencia ejecutoriada, éste desaparece retroactivamente, artículo 1687 del Código Civil y el mandatario carece de título para obligar y representar al mandante, de manera que le son aplicables las disposiciones de los artículos 2286 y siguientes, relativas a la agencia oficiosa, ya que, como establece ese artículo, "la agencia oficiosa o gestión de negocios ajenos, llamada comúnmente gestión de negocios, es un cuasicontrato por el cual el que administra sin mandato los negocios de alguna persona, se obliga para con ésta, y la obliga en ciertos casos".

25.—Como se ve esta solución, además de ser la verdaderamente ajustada a derecho, presenta las mayores ventajas prácticas, a diferencia de la adoptada por la Corte Suprema que siendo arbitraria, es perjudicial a los intereses de la colectividad.

Así, aceptándose que el contrato celebrado por el mandatario en estas condiciones es nulo absolutamente, deberán aplicarse todas las reglas relativas a la nulidad absoluta. En consecuencia, podrá ser declarada por el Juez, aun sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto que el acto o contrato; asimismo podría alegarse por todo el que tenga

**Algunas consideraciones sobre el mandato, etc.**

**2051**

interés en ello, salvo las excepciones legales, y aun podría pedirse su declaración por el ministerio público en el interés de la moral o de la ley y no podría sanearse por la ratificación de las partes ni por un lapso de tiempo que no pase de quince años.

Aplicando, en cambio, los principios que hemos sostenido, nadie, excepto el mandante, podría hacer valer la ineficacia del contrato y podría ratificarlo expresa o tácitamente en cualquier momento.

En segundo término y a falta de esa ratificación, el tercero puede perseguir la responsabilidad del mandatario en los términos prescritos en el artículo 2153, en tanto que tratándose de la nulidad absoluta es muy discutible la responsabilidad que pueda derivarse de ello para el mandatario y la procedencia de la acción del tercero, a menos de aceptarse en nuestro derecho la doctrina de la "culpa in contrahendo" formulada por Ihering y Savigny.

En tercer lugar, sería lícito, dentro de nuestra tesis, que el tercero allegase las pruebas necesarias para acreditar que el mandante ha ejecutado actos que importan ratificación tácita de lo obrado por el mandatario, con lo cual, quedando a firme el contrato, se estabilizan las relaciones jurídicas, objetivo éste que persigue toda legislación bien inspirada y que ha inducido a la doctrina y legislaciones modernas a circunscribir y limitar el campo de aplicación de las nulidades, substituyéndolas por otras instituciones más útiles, como la de la inoponibilidad.

26.—Esperamos que en el futuro nuestros Tribunales, analizando más detenidamente estos puntos, sienten la doctrina que sustentamos por ser la más ajustada a derecho y conforme a las necesidades sociales, como creemos haberlo demostrado.

---