**REVISTA DE DERECHO**
**UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN**

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nulidad absoluta. Interés para alegarla de los herederos del autor del acto nulo. Oportunidad en que ha de existir el interés. Mandato para acto solemne debe ser también solemne.

Revista: Nº242, año LXXXV (Jul-DIc, 2017)

Autor: Ramón H. Domínguez Águila



**REVISTA DE DERECHO**
**UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN**

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

diciembre) 2017: 255-258 ISSN 0303-9986

# *COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA*

RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA
Profesor de Derecho Civil
Doctor en Derecho

## *NULIDAD ABSOLUTA. INTERÉS PARA ALEGARLA DE LOS HEREDEROS DEL AUTOR DEL ACTO NULO. OPORTUNIDAD EN QUE HA DE EXISTIR EL INTERÉS. MANDATO PARA ACTO SOLEMNE DEBE SER TAMBIÉN SOLEMNE*

*Doctrina*

La Corte Suprema ha señalado que si bien los herederos no tienen un derecho cierto mientras viva el causante, pues hasta su fallecimiento sólo tienen un carácter condicional, y una vez acaecida la muerte se consolida el derecho de los herederos y por ello sólo desde entonces pueden demandar la nulidad de un acto celebrado por su causante. Luego en lo tocante a la oportunidad en que debe concurrir el interés para alegar la nulidad, esta Corte también ha resuelto que debe ser coetáneo a la celebración del acto que se pretende anular y, además, ser actual, en términos de mantenerse hasta la fecha en que se pide la declaración de nulidad.

El punto en discusión radica en determinar si el mandato otorgado para la ejecución de un acto solemne está sujeto a la observancia de las mismas solemnidades que el acto encomendado.

El artículo 2123 del Código Civil consagra el carácter consensual del contrato de mandato; sin embargo el mismo precepto en su parte final dispone que no se aceptará en juicio, como prueba, una escritura privada cuando las leyes requieran un instrumento auténtico. De este precepto los tratadistas chilenos han deducido una regla de excepción, cual es que el mandato otorgado para ejecutar un acto solemne debe llenar las mismas formalidades que el acto encomendado.

Así entonces, el mandato para celebrar un acto que requiera de escritura pública debe necesariamente someterse a la misma solemnidad, pues el instrumento por el cual se confiere el poder de representación es el acto donde, en definitiva, el mandante manifiesta su voluntad. Si el artículo 1723 del Código Civil dispone que el consentimiento de los cónyuges para la

**REVISTA DE DERECHO**
**UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN**

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



sustitución del régimen conyugal debe expresarse en una forma determinada, resulta indudable que el contrato por el cual se confiera poder especial de representación para hacerlo debe sujetarse a la misma solemnidad.

Corte Suprema, 31 de mayo de 2017.[1]

*Comentario*

La sentencia cuyos aspectos esenciales se han transcrito textualmente, decide dos cuestiones clásicas en nuestro derecho civil.

La primera dice relación con el interés para alegar la nulidad de un acto celebrado por el causante por sus herederos. Como es ya doctrina constante en la jurisprudencia, la Corte Suprema recuerda que los herederos en vida del causante no tienen interés para alegar la nulidad de tal acto y que ese interés viene a surgirles una vez producida la muerte del autor. Recuerda además que es doctrina constante que el interés exigido por la ley (art. 1683 CC) para alegar la nulidad ha de haber existido al momento de la celebración del acto cuya nulidad se alega y que ha de ser actual, lo que importa que ha de subsistir hasta el momento de la alegación.

No hay así mayor novedad en la sentencia que se limita, como decimos, a recordar la doctrina constante en materia de nulidad, y sobre lo cual hemos comentado en esta misma *Revista* sentencias anteriores.[2] Sin embargo también –y por excepción– la Corte Suprema ha contrariado su doctrina en sentencia de 20 de julio de 2016.[3]

Pero hay una segunda cuestión que reviste mayor interés: es la relativa a saber si el mandato para celebrar un acto solemne debe cumplir con la misma solemnidad que el acto encomendado. Contrariamente a lo que se dice en la sentencia, en cuanto que los doctrinadores chilenos responderían que sí a esa cuestión, la doctrina no es unánime y, por el contrario, la más autorizada nos parece ser la que decide lo contrario.

[1] Corte Suprema, 31 de mayo de 2017, "Cárdenas Vargas, Dina y otros con Torres Díaz, Graciela", Rol Nº 50.064-2016, en www.pjud.cl.

[2] V. Domínguez Águila, Ramón, "Comentarios de Jurisprudencia", *Revista de Derecho Universidad de Concepción* 2015, N° 238, II. ("Nulidad Absoluta…"), pp. 231-234; Domínguez Águila, Ramón, "Comentarios de Jurisprudencia", *Revista de Derecho Universidad de Concepción,* 2010, N° 227-228, I. ("Nulidad Absoluta…"), pp. 275-280.

[3] V. nuestro comentario en esta Revista: Domínguez Águila, Ramón, "Comentario de Jurisprudencia", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, 2016, N° 240, I. ("Interés para demandar la nulidad absoluta"), pp. 189-193.

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



La cuestión tiene íntima relación con la doctrina que se siga en cuanto a la naturaleza del mandato, esto es, si él se funda en una ficción o si ha de seguirse la teoría del mandato modalidad del negocio jurídico.

Don Manuel Somarriva Undurraga, tratando de la solemnidad que debe reunir el mandato para otorgar una hipoteca, escribía: "En cuanto a las formalidades a que está sujeto el mandato para hipotecar, se acepta unánimemente que debe constar por escritura pública. La ley no lo dice en forma expresa; pero como la hipoteca debe otorgarse por escritura pública y en nuestro Código domina la teoría del mandato ficción, según la cual se supone que el consentimiento que forma el contrato es el del mandante, se ha concluido que el poder para hipotecar debe también constar por escritura pública, pues de lo contrario la voluntad del que constituye el gravamen no cumpliría con esta solemnidad" y agrega que es el mismo criterio que la jurisprudencia ha seguido para la compraventa de bienes raíces mediante mandato.[4] En igual sentido se pronunciaba don Fernando Alessandri.[5]

Pero el mismo Somarriva, en nota, dice que: "De aceptarse la doctrina del mandato modalidad, preconizada por Levy Ullman, que nuestro Código acoge en el artículo 678, es evidente que habría que concluir que el mandato para hipotecar no está sujeto a solemnidades, porque según esta doctrina la voluntad que forma el contrato es la del mandatario, no la del mandante".[6]

Precisamente, don David Stitchkin, en su conocida obra sobre *El Mandato Civil*, disiente de la doctrina mayoritaria en la jurisprudencia y la doctrina que hemos referido. No debe confundirse el mandato con el negocio encomendado.[7] La voluntad necesaria para que éste se forme es la que expresa el mandatario, es la suya. Si el acto va a producir efectos en el mandante es porque el mandatario goza de un poder que le ha dado para actuar el mandante; pero él no es un simple transmisor de la voluntad del mandante. Tanto es así que los requisitos que la ley exige para la voluntad han de verse en la persona del mandatario y no en la del mandante.

El art. 2123 del CC no autoriza, como lo cree Somarriva, a sostener que el mandato para el acto solemne ha de ser también solemne. Lo que dice esa regla es que hay casos en que la ley exige *para el mandato* formas solemnes y entonces no se autoriza el mandato por instrumento privado, como es el caso

[4] Somarriva Undurraga, Manuel, *Tratado de las Cauciones*, Contable Chilena Ltda. Editores, Santiago, 1981, N° 375.

[5] Alessandri Rodríguez, Fernando, "La Hipoteca en la Legislación Chilena", memoria de prueba de pregrado, Universidad de Chile, Santiago, 1919, p. 108.

[6] Somarriva U., cit. (n. 4), p. 353, nota 200.

[7] Stitchkin Branover, David, *El Mandato Civil*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, 5ª. ed., pp. 135 ss., N° 79.

**REVISTA DE DERECHO**
**UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN**

ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



del mandato para celebrar el matrimonio (art. 103 CC) o para el reconocimiento de un hijo (art. 190 CC).

Stitchkin agrega que: "El artículo 2123 corresponde al artículo 2292 del Proyecto Inédito del Código Civil de Andrés Bello, siendo idéntico a este último. Al margen del artículo 2292 de dicho proyecto aparece una nota del propio Andrés Bello que se remite al tratadista francés Troplong, quien, por lo demás sirvió de fuente inspiradora de la mayor parte de las disposiciones relativas al mandato. Pues bien, este autor en sus comentarios a los títulos del mandato y la hipoteca sostiene la misma opinión, esto es, que 'la procuración o mandato por instrumento privado es siempre suficiente, aun cuando el acto que se encomienda esté sujeto a la forma auténtica'".[8]

En el derecho comparado no hay tampoco uniformidad de soluciones. En el derecho alemán, el art. 167 de su Código Civil dispone que: "La concesión del poder se realiza mediante declaración frente al apoderado o al tercero frente al cual debe tener lugar la representación".

"La declaración no necesita la forma que está determinada para el negocio jurídico al que el poder se refiere" (inc. 2).

Pero por su parte, el art. 657 del Código de Brasil señala expresamente que el otorgamiento del mandato está sujeto a la forma exigida por la ley para el acto que debe ser celebrado y que no se admiten mandato verbal cuando el acto a celebrarse deba ser celebrado por escrito. Regla que reitera la del art. 1392 del Código de Italia. El reciente Código Civil argentino en su art. 363 manda que: "El apoderamiento debe ser otorgado en la forma prescrita para el acto que el representante debe realizar".

El Código Civil francés no decide la cuestión y su art. 1985 contiene regla semejante a la de nuestro artículo 2123; pero la mayoría de la doctrina ha entendido que debe aplicarse un principio de paralelismo de formas y que entonces "la autenticidad se impone para el otorgamiento de una procuración, cuando ésta es otorgada en vista de un acto jurídico que tenga él mismo carácter auténtico".[9]

Por nuestra parte, como ya dijimos, nos parece, a pesar de todo, más lógica la doctrina del profesor Stitchkin, porque diferencia claramente el mandato mismo del contrato que se celebra, siendo la voluntad del mandatario la que se expresa en éste y sin que él sea un mero transmisor de la voluntad o consentimiento del mandante. Por algo, cuando se trata de la representación voluntaria, la doctrina más admitida sostiene que ella es una modalidad del negocio jurídico.

[8] Ibídem, p. 145.

[9] V. HUET, Jérome, "Les Principaux Contrats Spéciaux", en Ghestin, Jacques (Director), *Traité de Droit Civil*, L.G.D.J., París, 1996 (1544 pp.), N° 31189.