

cientos noventa y tres, declara como herederos legales de doña Casilda Zavala a doña Juana, doña Micaela y doña Isolina Zavala y al Presbítero don Benjamín Taboada; reformándolo en esta parte, confirmaron el de primera instancia ya citado, por el que se declara como único y universal heredero de la intestada a don Benjamín Taboada; declararon *no haber nulidad* en lo demás que el expresado auto de vista contiene: y los devolvieron.

Loayza. — Sánchez. — Vélez. — Corzo — Lama.

Se publicó conforme a ley, de que certifico.

Luis Delucchi.

Causa N° 664. — Año 1894.

Es nula la cláusula sobre renuncia de las formas judiciales

Recurso de nulidad interpuesto por doña Manuela Carrasco de Meléndez en la causa que sigue con la testamentaria de don José M. Chiriboga, sobre cantidad de soles.—Procede de Piura.

DICTAMEN FISCAL

Excmo. Señor:

Doña Manuela Carrasco de Meléndez, vecina de Piura, con el poder y autorización de su marido don

Juan Meléndez, residente en Chile, y con autorización judicial celebró en octubre de 1891 un contrato de mutuo con don José María Chiriboga por la cantidad de 3,600 soles de plata, con expresión del objeto beneficioso con que contraía, y con la garantía hipotecaria de una finca de su marido, y una casa de su propiedad, ubicada en Catacaos, y estipuló además, en la cláusula sétima, que renunciaba al derecho de interponer excepciones, a las tramitaciones judiciales y a la sentencia, para que comenzara la ejecución por el remate de los fundos hipotecados, que ordenaría el juez a solicitud de Chiriboga, una vez vencido el plazo de tres meses, y por la tasación convenida de tres mil soles la finca de Meléndez y mil la casa de Catacaos.

Vencido con exceso el plazo, se presentó en 1894 el apoderado de la testamentaria de Chiriboga y pidió el remate de los bienes hipotecados, conforme a lo estipulado; pero la señora Carrasco, por sí y en nombre de la testamentaria de su marido, se ha opuesto a ese procedimiento, alegando que como mujer casada no está obligada a responder por las deudas de su marido, y que no ha sido válida la hipoteca de la casa de Catacaos, bien propio suyo, y que además la renuncia de las formalidades judiciales, sólo podía afectar a su marido, en cuyo nombre celebró el contrato, más no a ella que no había renunciado a su defensa; y concretando sus argumentos dedujo las excepciones de demanda inepta en sus dos aspectos de dirigirse la acción contra persona distinta de la obligada y de naturaleza del juicio.

El juez de Piura por el auto de fojas 16 ha declarado sin lugar las excepciones fundándose en que la señora Carrasco declaró que el mutuo le era provechoso; en

que ella voluntaria y personalmente estableció el gravamen en su casa, en que las obligaciones pasan a los herederos, y en que la renuncia de los trámites judiciales no tiene defecto legal.

La sala de vista, por el auto de fojas 28 ha confirmado el apelado agregando como razonamiento concluyente que el derecho de defensa y los trámites judiciales están comprendidos en los derechos privados que no afectan al orden público, ni a las buenas costumbres, y que pueden renunciarse, según el artículo 7º del título preliminar del Código Civil, que así como puede sustituirse la jurisdicción ordinaria por la arbitral, así puede renunciarse a todos los trámites judiciales y que respecto a la pretensión de irresponsabilidad propuesta por la Meléndez, se entable por la vía ordinaria. En la sala hubo discordia del doctor Taboada; pero sólo en lo relativo a la irresponsabilidad de la mujer en las obligaciones del marido, pues según el señor Vocal discordante el artículo 189 del C. C. y la ley aclaratoria de 29 de octubre de 1890 favorecen a la mujer, mientras las responsabilidades del contrato no redunden en su provecho y según la escritura de fojas 1, el provecho del mutuo contraído con Chiriboga ha sido para Meléndez y no para su mujer.

En concepto del Fiscal, el auto de vista es infractorio de las leyes y contrario a principios de legislación universal.

Las formas del procedimiento corresponden al orden público, porque se dictan para garantizar los derechos de los individuos y de la sociedad; cada uno puede hacer valer su derecho ante el poder judicial; pero tiene que someterse a las tramitaciones prescritas por el le-

gislador y a las órdenes de los jueces y tribunales, pues de otro modo los juicios estarían sujetos al capricho de los litigantes y los jueces serían el juguete de los particulares, y encargados más bien de satisfacer sus exigencias que de resguardar los fueros de la justicia.

El artículo 7° del título preliminar del C. Civil consonante con el 6° del C. Francés, y que figura en todos los Códigos modernos, está expresado así en los artículos 14 y 22 del C. Argentino.

La renuncia general de las leyes no produce efecto alguno; pero podrán renunciarse los derechos conferidos por ellas con tal que sólo miren al interés individual y no esté prohibida la renuncia; y las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres.

Es decir que la renuncia se puede referir a los derechos individuales; pero no a los que afecten al orden social, al derecho natural, a los preceptos de la ley; y en una palabra, la renuncia no puede referirse al derecho público, que como dice Goyena, comprende todo lo que tiene por objeto la utilidad y moralidad pública, la forma y solemnidad de los actos o instrumentos y de los juicios.

Los particulares pueden renunciar las herencias, los bienes prescritos; pueden, llegados los casos, no defenderse, no presentar pruebas; pero nadie puede renunciar el derecho de adquirir, ni el derecho de prescribir, ni el de heredar, ni puede renunciar a la defensa que es de derecho natural; el padre no puede renunciar a la patria potestad, ni la mujer a los gananciales; ni es dado sustraerse a las formalidades legales de los contratos, ni

de los actos jurídicos; puede testarse o no; pero si se hace testamento hay que hacerlo en la forma legal.

En el derecho antiguo se establecía el principio de *Jus publicum privatorum pactis mixtari non potest*; y el derecho moderno lo ha reproducido sin que ni una sola vez, desde que se promulgaron los Códigos se haya intentado sustituir los mandatos preceptivos de la ley respecto al procedimiento, por la voluntad de los litigantes.

La cita que en el auto que motiva el recurso se hace de la facultad que tienen las partes de sustituir la jurisdicción ordinaria por la arbitral, no es pertinente, porque esa sustitución se hace por permitir la ley, y con la restricción de que los arbitrajes ya sean *juris*, ya de arbitrades, se sujetan siempre a las formalidades prevenidas en la misma ley.

Esto es queda siempre subsistente la doctrina de no dejar a la voluntad individual, sino la libertad necesaria para el ejercicio del derecho; pero sin traspasar los linderos de la ley, establecidos en garantía de esos mismos derechos y de la Sociedad en general.

Cuando se expidió el decreto dictatorial de 1866 relativo a los Bancos hipotecarios se dispuso que a sólo ellos correspondía el privilegio de una tramitación especial, y fué necesario que la ley de 4 de febrero de 1869 la hiciese extensiva a los contratos hipotecarios de particulares para que pudieran solicitarla; y la ley se hizo extensiva, porque esa tramitación, aunque, aunque rápida no excluía la defensa, ni la intervención del juez.

Posteriormente, en enero de 1889 se ha promulgado otra ley hipotecaria, que permite al Banco comenzar la ejecución por el remate; pero esa ley no sólo no se ha

hecho extensiva a los particulares, sino que preceptúa en el artículo 54 que para ellos regirán las leyes comunes.

En el contrato celebrado por la señora Meléndez con don José M. Chiriboga se ha infringido, pues, esa ley hipotecaria, porque se ha estipulado en la cláusula 7.^a seguir el procedimiento de los Bancos, aunque sin expresarlo, y a título de renuncia de un beneficio particular, se han violado las leyes del procedimiento con la circunstancia notabilísima de renunciar el deudor no sólo a la defensa, sino a la sentencia, como si ésta dependiese de los litigantes y no del juez que ha de expedirla.

Además en la renuncia contenida en el contrato de fojas 1, no se ha comprometido sólo a don Juan Meléndez, y a la otorgante doña Manuela Carrasco sino a sus herederos y sucesores; a quienes no ha podido imponerse restricciones contrarias al derecho natural como es la de aprovechar de acontecimientos sobrevinientes, que pudieran permitirles oponerse a la ejecución del contrato.

La cuestión relativa a la renuncia de las formalidades no es tan sencilla como lo han creído la Corte y el juez de Piura; esa cuestión delicada y digna de estudio, como lo expresa el señor García Calderón en su diccionario al tratar de la derogación de las leyes, está, sin embargo, resuelta en los Códigos modernos, y merece la atención ilustrada de V. E., porque es tal vez la primera vez que se presenta ante el Tribunal Supremo.

Dilucidada aunque brevemente y expresada la opinión del infrascrito sobre la parte más trascendental del

recurso, cree que no debe entrar a analizar la referente a los derechos de la señora Meléndez, para no prejuzgar sobre ellos, pero sí debe indicar que tanto el artículo 189 del Código Civil como la ley de octubre de 1890, han tenido en mira evitar que la mujer comprometa sus bienes por exigencias, engaños o afecto al marido, contrariando sus intereses; pero de ninguna manera que las mujeres que proceden deliberadamente, sin coacción de ninguna especie, y aprovechando de los contratos que celebren, se acojan a interpretaciones poco correctas de la ley, para defraudar a las personas que cediendo a sus ofrecimientos, contraten con ellas.

En conclusión opina el Fiscal, porque siendo ilegal el auto de vista ejercite V. E. la atribución del artículo 1749 del Código de Enjuiciamientos, y declare nulo e insubsistente todo lo actuado, y reponiendo la causa al estado de demanda ordene que le dé el juez la sustanciación que le corresponde con arreglo a las leyes, salvo mejor acuerdo.

Lima, agosto 5 de 1894.

Gálvez.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, enero 4 de 1895.

Vistos; de conformidad con los fundamentos del dictamen fiscal que se reproducen, declaró haber nu-

lidad en el auto de vista de fojas veintiocho, su fecha doce de junio último; reformándolo y revocando el de primera instancia de fojas diez y seis, vuelta, su fecha dos de mayo anterior, declararon fundada la oposición deducida a fojas catorce por doña Manuela Carrasco de Meléndez, en cuanto a la tramitación del juicio; mandaron que éste se sustancie con arreglo a las leyes comunes del juicio ejecutivo; debiendo resolverse en la sentencia sobre la irresponsabilidad alegada por la demandada; y los devolvieron.

Loaysa. — Corso. — Elmore. — Lama. — Jiménes.

Se publicó conforme a ley, de que certifico.

Luis Delucchi.

Causa N^o 380. — Año 1894.
