

Es válida y distinta de la fianza, la hipoteca constituida por una mujer, en seguridad de una obligación ajena.

Causa seguida por don Juan Scolari con los herederos de doña Manuela Rosas viuda de Alzamora, sobre tercería de dominio. — Procede de Lima.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Lima, 22 de mayo de 1896.

Vistos y atendiendo a que: en la escritura pública que en testimonio corre a fojas una del juicio ordinario, existen dos contratos, el principal de mutuo en el que sólo se obligó don Guillermo Alzamora y el accesorio por el que doña Manuela Rosas viuda de Alzamora, hipotecó una finca de su propiedad para asegurar el cumplimiento de aquella obligación; a que estando al tener de dicho instrumento doña Manuela Rosas viuda de Alzamora no se obligó mancomunadamente con su hijo don Guillermo, sino que prestó su garantía constituyéndose así en fiadora de éste; a que está prohibido por el artículo dos mil ochenta y dos del Código Civil, que las mujeres sean fiadoras; a que son nulos los instrumentos que contienen, como en el caso presente, un acto contrario a terminantes disposiciones del citado Código, con arreglo a la segunda parte del artículo setecientos ochenta y nueve del de Enjuiciamientos; y a que la nulidad que resulta manifiesta por el tenor del mismo instrumento, lo invalida sin necesidad de otra prueba, como lo dispone el artículo ochocientos siete del Código últimamen-

te citado; revocaron la sentencia apelada de fojas cuarenta y cuatro, su fecha 31 de marzo del año corriente; declararon nula y de ningún valor la hipoteca constituida por doña Manuela Rosas viuda de Alzamora a que se refiere el primer considerando de esta resolución y en consecuencia fundada la demanda de tercería de fojas dos; mandaron se alce el embargo trabado en la finca materia de dicha tercería; y los devolvieron.

Figueredo. — León. — Arias.

Se votó según ley de que certifico.

Manuel F. Escobar.

DICTAMEN FISCAL

Excmo. señor:

Don Guillermo Alzamora contrajo en 1867 una obligación de dinero a la que concurrió doña Manuela R. de Alzamora, afectando en hipoteca un rancho de su propiedad en el Barranco, según escritura que corre a fojas una del primer cuaderno.

El acreedor siguió años más tarde un juicio ordinario para que se llevase a efecto esa obligación y obtenida la ejecutoria respectiva, don Juan Scolari, que representa hoy ese crédito, entabló una demanda coactiva por la cual llegó a embargar el rancho obligado.

Se presentaron entonces los hijos de don Guillermo Alzamora, que a la vez tienen el carácter de dueños del rancho por título gracioso emanado de la señora Alzamora (instrumentos de fojas 15 y fojas 33, cuaderno corriente) pidiendo que se declare libre el dicho rancho, porque él no era un bien habido de su padre, el deudor principal, y agregando que ignoraban si su mencionado padre hubiese hecho testamento o dejado bien alguno.

Como era natural, dadas las bases del litigio, el Juez de Primera Instancia declaró sin lugar la tercería por las fundadas razones que aduce en su fallo y que no requieren más desarrollo para comprender su legalidad y justicia.

Llevada la causa al Tribunal Superior se ha visto la cuestión bajo una faz completamente diversa: se ha alegado simplemente que la hipoteca constituida por doña Manuela Alzamora importa una garantía por obligación ajena o sea una fianza y que como las mujeres no pueden ser fiadoras, esa hipoteca es nula y con nulidad *ipso jure*, según lo dispuesto en los artículos 789 y 807 del C. de E.

El infrascrito se limitará pues a examinar si son o no conformes con la ley los principios o deducciones que contiene la sentencia de vista.

Idea cardinal debe ser el dejar establecido que son contratos esencialmente distintos el de hipoteca y el de fianza, sin que puedan aplicarse al uno disposiciones establecidas expresamente para el otro, nada más que por la circunstancia efímera de que ellos tengan de común la calidad de servir para asegurar otro contrato. Esto, no determina la naturaleza íntima o el carácter propio de esos contratos. La ley dice que las mujeres no

pueden ser fiadoras, pero no les prohíbe establecer hipoteca como garantía de un tercero y es falsear la ley inducir esto último del primer principio.

Es regla de interpretación que todo principio odioso debe aplicarse estrictamente, sin extenderlo para casos que no comprende de un modo expreso. Si es ese un principio odioso, porque contiene una idea restrictiva al ejercicio de los derechos de la mujer que no viene de la naturaleza misma, pues hay que reconocer que la mujer puede ser tan capaz como el hombre para juzgar los casos en que le convenga obligarse por fianza. El impedimento es, pues, de Derecho Civil, nacido de haber considerado la facilidad con que se puede otorgar una fianza por una simple firma y la debilidad natural del carácter de la mujer. Así mismo hay que aceptar que tal disposición es un rezago de los principios tutelares del Derecho antiguo.

Si porque la mujer puede perjudicarse con una hipoteca en favor de obligación ajena, se quiere incluir el caso en la prohibición de ser fiadora, habría que concluir que tampoco puede prestar sus cosas muebles para que otro las dé en prenda. Y llevando en ese orden las ideas de protección a la mujer habría que sostener también que ella no pudiese vender, ni hipotecar aunque fuese por obligación que apareciera como propia, pues el dinero obtenido por esos contratos podría ser en el hecho para beneficiar a otro.

destino a las propiedades que ella tenía en el Barranco.

Debe observarse todavía que en la misma forma de obligaciones contraídas por don Guillermo Alzamora y doña Manuela R. de Alzamora, cabe suponer que el préstamo hubiese sido en provecho de la segunda o con

Dada la relación de don Guillermo Alzamora con doña Manuela, especialmente en cuanto al manejo de sus intereses, no es absurdo cualquiera de esos supuestos con la forma que el contrato reviste, y el Adjunto presenta esta consideración, sólo para manifestar que si el litigio hubiera revestido desde el principio el carácter que le dió al fin la resolución del Tribunal Superior, es posible que hubieran quedado esclarecidos esos puntos para el más seguro triunfo de la justicia.

El Adjunto no se ha ocupado de justificar el principio general de que la mujer puede hipotecar sus bienes, porque entiende que no es esto lo que se niega sino que se le desconoce sólo la facultad de hipotecar por obligación de otra persona.

Una última consideración: el marido por disposición expresa de la ley puede contraer una obligación de dinero e hipotecar a ella un bien propio de la mujer, con tal que ella consienta. Cree el infrascrito que ello corrobora la doctrina legal que ha venido desarrollando.

El Adjunto concluye por todo lo expuesto, que VE. puede declarar que *hay nulidad* en la sentencia de vista y reformándola se servirá VE. confirmar la de primera instancia, salvo siempre el más ilustrado juicio de VE.

Lima, julio 18 de 1896.

Arámburu.

RESOLUCIÓN SUPREMA

Lima, mayo 21 de 1897.

Vistos: de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal, cuyos fundamentos se reproducen, declararon *haber nulidad* en la sentencia de vista de fojas cincuenta y seis, su fecha veintidos de mayo del año próximo pasado y reformándola, confirmaron la de primera instancia de fojas cuarenta y cuatro vuelta, su fecha treinta y uno de mayo del año próximo pasado, por la que se declara sin lugar la tercería de dominio promovida por los herederos de la señora Manuela Rosas viuda de Alzamora, con costas, y en consecuencia que debe llevarse adelante la ejecución hasta hacerse trance y remate del bien embargado; y los devolvieron.

Guzmán. — Vélez. — Espinosa. — Corso. — Lama. — Jiménez. — Solar.

Se publicó conforme a ley.

Luis Delucchi.

Causa N° 164. — Año 1896.
