

Algunos ejemplos aclararán estas teorías: Pedro presta á Juan 1,000 pesos que éste se obliga á pagar á dos años de la fecha—1º de Enero de 1880—hipotecando á la seguridad del pago una finca de su propiedad, sin fijar término á la duracion de la hipoteca.—En este caso, trascurridos los dos años del plazo y no satisfecha la obligacion, el acreedor Pedro podrá demandar, con accion hipotecaria, el pago de los 1,000 pesos del préstamo durante veinte años, contados desde el 1º de Enero de 1882;—y si Juan no ha constituido nuevas hipotecas, posteriores á la de Pedro, no hay cuestion de prelacion, ni ha surtido efecto alguno práctico el precepto del art. 1988 que fija diez años en defecto de plazo convencional establecido por las partes.

Pero Juan, despues de constituida la hipoteca en favor de Pedro, constituye otras. En este caso, si Pedro demanda dentro de diez años contados desde la fecha del registro, que suponemos que es la misma que la de la constitucion de la hipoteca, su crédito tendrá la prelacion que por el registro le corresponde, es decir, será pagado de preferencia á los créditos hipotecarios anteriores ó posteriores al suyo, que se hayan registrado despues. En el mismo caso, si demanda pasados los referidos diez años y un año más que concede el Código de procedimientos, su crédito, conservando su carácter hipotecario, será postergado á los de los acreedores que hubieren registrado dentro de ese término, aunque sean posteriores, y solo tendrá preferencia respecto de los acreedores que hayan registrado pasados dichos diez años.

Supongamos ahora que los contratantes fijaron como plazo á la duracion de la hipoteca, en uso del derecho que concede el art. 1988, cinco años.—Bajo este supuesto, se producirán en cada caso los mismos efectos que en la suposicion anterior, sin otra diferencia que la que resulte de sustituir el término convencional de cinco años al legal de diez que en su defecto fija el artículo citado.

De esto resulta, que el plazo convencional para la duracion de la hipoteca y para los efectos que indican los arts. 1988 á 1992, diverso del plazo de la obligacion, puede ser el que fijen las partes; pero su efecto se limita á determinar la prelacion ó preferen-

cia del crédito bajo la base de que subsista la accion hipotecaria. Si esta ha desaparecido por haber trascurrido los veinte años que señala á su duracion el art. 1968, ó por otra causa cualquiera, se comprende bien que ningun efecto produce la existencia del plazo convencional que se haya fijado por las partes, conforme al art. 1988, para la duracion de la hipoteca.—No es posible una cuestion sobre prelacion cuando la accion hipotecaria se ha extinguido, porque si esta accion no existe, no es posible señalar al crédito un lugar cualquiera entre los créditos hipotecarios concurrentes.

En resumen: el plazo legal ó convencional de que habla el artículo 33, *ahora 31*, del Código de procedimientos, no es el plazo de la obligacion, sino el que se señala en los arts. 1988 á 1992 del Código civil para determinar la prelacion ó preferencia.—Robustece este concepto el absurdo que resultaria de tomar como plazo de la obligacion, cuando este no ha sido fijado por las partes, el de diez años.—Ninguna razon podria hacerse valer en favor de una disposicion legal que seria notoriamente atentatoria. Cuando los contratantes no fijan plazo para el cumplimiento de la obligacion, ésta es exigible desde luego conforme á los principios de justicia universal que reconocen todas las legislaciones.

18. La errónea inteligencia del antiguo art. 33 que se ha venido combatiendo, no dejaba de tener algun apoyo en la prescripcion del art. 35, que decide, que si la obligacion fuere de tiempo indefinido, los términos señalados en los arts. 31 y 32 se contarán desde la fecha del registro. En el caso de este artículo, cuando la obligacion es de plazo ó tiempo indefinido y se ejercita la accion hipotecaria para hacer efectivo el pago del capital, los veinte años de la duracion no pueden contarse desde el dia siguiente al en que venció el plazo de la obligacion: hay que contarlos, por lo mismo, desde la fecha del registro, con tanta mayor razon cuanto que, como se acaba de decir, las obligaciones de esta especie son exigibles desde luego; y como quiera que los veinte años de la duracion de la accion hipotecaria, conforme al art. 1968, se cuentan desde el dia que la obligacion es exigible, razon tuvo el art. 35

para dictar la resolución que contiene para el caso de que se viene hablando; pero por lo que respecta al caso en que la acción se ejercita para sostener la prelación del crédito, como quiera que los diez años que para este efecto fija el art. 1998, en defecto de plazo convencional, se cuentan desde la fecha del registro, poco importa que la obligación sea de plazo fijo ó de plazo indefinido, por cuya razón el artículo que se examina contiene un precepto inútil á este respecto, pero que ha podido inducir á un error. Por estas razones el citado art. 35, 33 en el nuevo Código, se redactó así: «Si la obligación fuere de tiempo indefinido, el señalado en el art. 29 se contará desde la fecha del registro.»

19. En el art. 39, 37 del nuevo Código, se suprimieron las referencias que contiene á los arts. 624, 1424 á 1426, 2160, 3941, 3955, 3956 y 3961 del Código civil. En lugar de estas referencias, se estableció una regla general que las comprende, lo mismo que las demás que acaso por inadvertencia se hayan omitido. En vez de especificar los casos en que conforme á ciertos artículos del Código civil no se puede renunciar la acción ó derecho que se tiene, pareció más propio fijar la regla en los términos que queda consignada. «El que tiene una acción ó derecho puede renunciarlos, salvo las limitaciones establecidas por la ley.» De esta manera las limitaciones de la regla general, que deja á todo el mundo la libertad de poder renunciar la acción ó derecho que tiene, no se reducen á los casos que expresa el Código civil, sino en general á los que la ley, cualquiera que sea la codificación en que se encuentre, determine.

20. En el art. 40, 38 del nuevo Código, se hizo la enmienda que se advierte en la frac. 4ª. Así lo consultó la Comisión al número 17 de la parte expositiva que se ha venido citando. Dice así:

17. En el art. 40 se dió una forma diversa á la frac. 4ª comprendiendo á los incapacitados, que menciona bajo reglas generales. El Código civil determina que la incapacidad puede ser natural ó legal: por lo mismo pareció más propio, en lugar de la enumeración específica que contiene dicha fracción, comprender á las personas que menciona bajo la denominación general de incapacitados natural ó legalmente.

21. De acuerdo con el sentir de la misma Comisión se suprimieron los artículos 41, 42, 43, 44 y 45. Las razones de esas supresiones son las siguientes, expuestas á los números 18 y 19.

18. El art. 41 fué suprimido, porque el precepto que contiene no es más que una consecuencia natural del establecido por el art. 1552 del Código civil. Este determina, que en las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición, ya sea natural, ya simbólica, salvo convenio en contrario. Consecuencia natural de este precepto es, que para ejercitar una acción real no sea necesaria la tradición de la cosa, siempre que el título de adquirir haya sido hábil para transferir el dominio. La Comisión no cree que perjudique la subsistencia del artículo suprimido, y solo consulta su supresión por la razón indicada. Su precepto, en presencia del que contiene el artículo del Código civil, es inútil, y además, parece que no tiene un lugar propio en un Código de procedimientos.

19. La Comisión consulta la supresión de los arts. 42, 43, 44 y 45. El primero establece que las acciones se consideran como bienes de aquel á quien competen; el segundo, que es ineficaz la acción que se tiene contra un insolvente mientras se conserve en estado de insolvencia; el tercero, que el que promete ó enajena una cosa á que tiene derecho ó acción, no se libera de la obligación sino entregando la cosa ó cediendo el derecho que tiene á ella; y por último, el cuarto determina las obligaciones que competen á los herederos de aquel con quien se celebró un contrato, en consideración á su aptitud personal. De estos preceptos, unos pertenecen al orden de principios elementales del derecho, otros á la teoría de las obligaciones y contratos, materia propia de las prescripciones del Código civil, y no de un Código de puros procedimientos. Entre los artículos suprimidos á que la Comisión viene refiriéndose, el que más llama la atención por la vulgaridad de la verdad que contiene, es el marcado con el número 43. Se considerará como ineficaz la acción que se tiene contra un insolvente declarado conforme á derecho. Aunque no haya semejante declaración, la acción se considerará siempre como ineficaz cuando el deudor sea insol-

vente; deja de serlo si dió fianza, prenda ó hipoteca, ó si recobra su fortuna; en cuyo caso la acción dejará también de ser ineficaz.

Si el artículo de que se trata no debe interpretarse en el sentido que queda indicado, sino en el de que es inadmisibile en juicio la acción contra alguno que en otro juicio ha sido declarado insolvente, presenta dificultades y absurdos de otro órden.

Por regla general la declaración de insolvencia no puede ser materia de un debate jurídico abierto con ese objeto. En los casos comunes esa declaración no se hace de una manera expresa, sino que resulta de la naturaleza misma de las cosas, como cuando ejecutado alguno para el cumplimiento de una obligación, resulta que no tiene bienes con que hacerla efectiva. En esos casos, el acreedor cesa de hacer gestiones inútiles que no tienen objeto, y se limita á esperar mejores condiciones para hacer efectivo su derecho. Aun cuando la declaración de que se trata sea expresa, pertenece á aquellas de que se dice que no causan ejecutoria, y ménos con relacion á los que no han litigado en el juicio en que se hacen.

22. También se suprimió el art. 49, cuyo precepto está consignado en los artículos 456 y 457 del Código penal, en donde está en su lugar propio, pareciendo extraño en un Código de procedimientos civiles.

23. El art. 50 ordena, que intentada una acción, no puede abandonarse para intentar otra.

Es una verdad elemental en la jurisprudencia civil, que despues de contestada la demanda no puede cambiarse la acción deducida. La *litis contestatio* produce, entre otros efectos, el de obligar al demandante y demandado por el cuasi-contrato que en ella se celebra. En virtud y como consecuencia de esa obligación, el actor se liga en los términos de su demanda y el reo en los de su contestación, quedando precisada así la materia del debate jurídico. De esto resulta, que una vez celebrado aquel cuasi-contrato, el actor no es libre para alterar su demanda notificándola en la parte sustancial; y como sería de esta especie el cambio de la acción, justo es que se le impida hacerlo. Pero como decimos, esto se verifica no intentada la demanda como dice el artículo de que se trata, sino contestada, como propone la Co-

mision, pues ántes de que lo sea nada puede impedir al demandante que cambie y modifique aquella, aunque esto sea en su parte esencial. Esto explica la primera corrección que se nota en la redacción del artículo.

La segunda es igualmente obvia. La Comisión opina que la prohibición de abandonar la acción intentada en la demanda, para intentar otra, no debe ser absoluta como expresa el artículo, sino relativa, en los términos que indica la enmienda. Contestada la demanda, el actor no es libre para desistirse de ella con el objeto de intentar otra en el mismo juicio; pero si abandonando éste quiere intentar otro, podrá hacerlo con la condición que el artículo reformado expresa, esto es, pagando las costas que el demandado hubiese erogado en el juicio á que fué provocado y que el actor abandona. De esta manera, si entablada una acción personal, el actor abandona el juicio para deducir en otro la acción real que le compete, por encontrarse en alguno de los casos que prevé el art. 25, nada puede racionalmente impedirsele; pero como no tiene derecho para molestar á su colitigante con procedimientos inútiles, el artículo reformado ordena, que pague al demandado las costas erogadas.

Estas razones expuso la Comisión para consultar la enmienda que se nota en el artículo 50, que ha venido á ser el 42 del mismo Código.

24. Igualmente se aceptó la opinión de la Comisión para hacer la corrección que se nota en el art. 51, que es ahora el 43 del nuevo Código. La citada Comisión dijo á este respecto:

22. El art. 51 quedó reformado en los términos siguientes: «Cuando haya varias acciones respecto de una misma cosa, pueden intentarse en la misma demanda todas las que no sean contrarias; y por el ejercicio de una ó más, se entienden renunciadas las otras, sin poder volver á ellas, salvo lo dispuesto en el artículo anterior.»

En la acta respectiva se hace constar la razón de esta modificación, en los términos siguientes: «Creyó la Comisión que es más equitativa esta regla que la consignada en el Código, porque si alguno tiene diversas acciones para reclamar una cosa, y éstas no se contradicen, no hay razón de justicia para negarle la interposición de todas simul-

táneamente, y que por cualquiera de ellas pueda conseguir lo que pretende. Mas para evitar que en el curso de un mismo juicio el litigante pudiera ir interponiendo sucesivamente sus acciones, se limita la disposicion general de la primera parte del artículo con la segunda; y por último, se hace la salvedad de lo que contiene el art. 50, para que no se entienda que la renuncia de las acciones que no se interpusieron es absoluta, sino relativa, es decir, en el juicio intentado, del cual, si se desistiere el actor, bien puede interponer las otras en nuevo juicio.»

25. Hecha la reforma indicada al art. 51, no podia subsistir la disposicion del art. 52, que por lo mismo quedó suprimido.

26. El art. 53, 44 en el nuevo Código, fué reformado de acuerdo tambien con la opinion de la Comision, que funda así los motivos de la enmienda:

24. *El art. 53 previene que á nadie puede obligarse á intentar una accion contra su voluntad, salvo en los casos expresamente determinados en la ley. El principio que establece este artículo es exacto. Por regla general, el que tiene una accion es libre para ejercitarla cuando quiera; si deja pasar el tiempo sin deducirla, podrá ser que cuando se proponga intentarla, se encuentre con que aquella ha caducado por la prescripcion; pero en todo caso no ha dejado de tener la libertad de que se trata, y su silencio, durante el tiempo definido por la ley, obra de esa misma libertad, solo á él ha perjudicado. Esta regla, como decimos, es general; pero tiene, como todas las de su especie, determinadas excepciones que el artículo consigna bajo la salvedad general de los casos en contrario, expresamente determinados en la ley. ¿Cuáles son esos casos? ¿Qué ley los determina de una manera expresa? Ni el Código civil ni el de procedimientos contienen disposiciones á este respecto, y por lo mismo pareció conveniente á la Comision llenar este vacío, fijando los tres casos que propone: son los mismos que nuestra antigua legislacion y la jurisprudencia consignaban; y como además están fundados en principios bien conocidos de equidad natural, la Comision los aceptó por completo.*

27. Se suprimió el art. 54, cuyo precepto se contiene en el 523 del antiguo Código, que hoy se registra bajo el número 471. Dicho artículo ordena, que todas las contiendas que no tengan se-

ñalada en el Código tramitacion especial, se ventilarán en juicio ordinario.

28. Tambien se suprimió el art. 57, que dice: «Entablada legalmente la demanda, se interrumpe la prescripcion.» La razon de esta supresion consiste en que el art. 1232 del Código civil ordena que, por la notificacion de la demanda judicial al poseedor ó al deudor en su caso, se interrumpe la prescripcion. De manera que, por una parte, parece que la decision corresponde más propiamente al Código civil que al Código de procedimientos, y por otra, no siendo lo mismo «entablar legalmente la demanda» que «hacer la notificacion de ella,» el precepto del Código de procedimientos no estaba en armonía, sino que modificaba el del Código civil, á cuya competencia corresponde.

## CAPÍTULO II.

### DE LAS EXCEPCIONES.

29. Se suprimió el art. 60, 1º de este capítulo, cuya doctrina legal está contenida en el art. 61, que es ahora el 50 del nuevo Código, siendo por lo mismo inútil aquel.

30. En el art. 63, 52 del nuevo Código, se hicieron tres modificaciones: la 1ª en el inciso 5º; la 2ª consiste en agregar bajo el inciso 9º «la de arraigo personal ó fianza de estar á derecho, conforme al art. 495,» y la 3ª en la adiccion de otro inciso bajo el número 10, que dice: «Las demas á que diesen ese carácter las leyes.»

Las dos primeras, aceptadas del proyecto de la Comision, las funda ésta de la manera siguiente:

27. *En el art. 63, el proyecto consulta dos reformas: la una consiste en la modificacion del inciso 5º, comprendiendo con el carácter de excepcion dilatoria, no solo la oscuridad de la demanda, sino tambien cualquier otro defecto legal en la forma de proponerla; la otra es la adiccion de un inciso más, bajo el núm. 9º, concebido en estos términos: «La de arraigo personal ó fianza de estar á derecho conforme al art. 547.»*