

UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

ESTUDIO

SOBRE

CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

TESIS

PRESENTADA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR EN JURISPRUDENCIA

POR

MARTÍN BERINDUAGUE (hijo)

MONTEVIDEO

IMPRENTA ARTÍSTICA Y LIBRERÍA, DE DORNACHE Y REYES

Calle 18 de Julio, núms. 77 y 79

1895

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

CLAUSTRO DE LA FACULTAD

RECTOR:

DOCTOR DON ALFREDO VÁSQUEZ ACEVEDO

DECANO:

DOCTOR DON EDUARDO BRITO DEL PINO

CATEDRÁTICOS:

Filosoffa del Derecho.....	Doctor don Federico E. Acosta y Lara.
Derecho Romano.....	» » Luis Piñeyro del Campo.
Derecho Civil.....	» » Juan P. Castro.
» »	» » Serapio del Castillo.
Derecho Comercial.....	» » Eduardo Vargas.
Derecho Penal.....	» » Martín C. Martínez.
Derecho Constitucional.....	» » Justino J. de Aréchaga.
Derecho Internacional Público.....	» » Antonio M. Rodríguez.
Economía Política.....	» » Carlos M. de Pena.
» »	» » Eduardo Acevedo.
Procedimientos Judiciales.....	» » Pablo De-María.
» »	» » Eduardo Brito del Pino.
Derecho Internacional Privado.....	» » Gonzalo Ramírez.
Derecho Administrativo.....	» » Carlos M. de Pena.
Práctica Forense.....	» » Alfredo Vásquez Acevedo.
Medicina Legal.....	» » Elías Regules.

SECRETARIO:

DOCTOR DON ENRIQUE AZAROLA

PADRINO DE GRADO:

Doctor don Martín Berinduague

PADRINO DE TESIS:

Doctor don José F. Piaggio

A mis queridos padres.

Gratitud

á mis distinguidos Catedráticos

Doctores Don Eduardo B. del Pino, Pablo De-María
y Gonzalo Ramírez.

SEÑOR RECTOR,

SEÑORES CATEDRÁTICOS:

Al presentar este trabajo, cumpliendo con la disposición del Reglamento Universitario, no abrigo la pretensión de estar completamente en lo cierto, en lo único verdadero sobre el importante punto de Derecho Procesal de que trato.

Sólo he querido fundar mi opinión de estudiante en una materia de controversia doctrinaria, que ha tenido lugar ó se ha manifestado en nuestro Foro.

No creo que con esto he de merecer el reproche de contrariar fundamentalmente los principios que me habéis enseñado en clase, con tanta competencia como notoria ilustración. Al contrario, usando de la liberalidad de juicio que nos habéis inculcado siempre, debo contar de antemano con vuestra indulgencia, si, en mi anhelo por demostrar consecuencia á esa enseñanza, tengo el atrevimiento de interpretar la ley en un sentido que conceptúo el más lógico y más adaptable á la naturaleza intrínseca de la institución que analizo.

PRECEDENTES HISTÓRICOS

I

« Toda buena ley procesal debe tener en vista, al dictarse, dos principios tutelares de la recta administración de justicia: acordar á las partes los medios conducentes á la defensa de sus derechos, y conservar al mismo tiempo esa defensa dentro de ciertos límites, á objeto de que los juicios no se prolonguen indefinidamente y tengan fin alguna vez, pues si injusto sería que un litigante sucumbiese por imposibilidad de defensa, no menos lo sería que quien litiga sin derecho pudiera, por su sola voluntad, aplazar indefinidamente el pronunciamiento del fallo. Surge de ahí la necesidad de los plazos perentorios dentro de los cuales deben ejecutarse ciertos trámites de la causa, y la fijación de los perjuicios que de la mora en practicarlos pueden recaer sobre los litigantes. »

A uno de esos fines responde, indudablemente, la institución de la caducidad ó de la perención de instancia.

« ¿Cuál es el origen, cuál es el objeto de la perención? ¿Por qué la ley quiere que después de corrido cierto plazo

sin ningún procedimiento, la demanda y todas sus consecuencias sean reputadas como no acaecidas?»

Estas preguntas se hacen por Boitard y sus continuadores, en la acreditada obra « *Leçons de Procédure Civile* », cuyas contestaciones conducen á los fines del presente estudio.

El origen histórico de la perención se encuentra en la Ley 13 del Código de *Judiciis*. Esta Constitución de Justiniano declara al empezar: *Properandum nobis visum est, ne lites fiant pene immortales et vitæ hominum modum excedant*. Hemos creído, dice el Emperador, deber poner un término á los procesos, con el fin de que no se prolongasen indefinidamente y no se transmitieran de padre á hijo sin terminarse. Esta locución, un poco vaga, indica, sin embargo, cuando se la examina más de cerca, el objeto, el motivo que, aun para nosotros, debe servir para explicar las reglas de la perención. El legislador ha querido establecer un estímulo que impida á las partes, y principalmente al demandante, dejar correr indefinidamente con lentitud los procesos entablados. Pensando que está en el interés de la buena administración de la justicia que los procesos se juzguen con celeridad, quiere que si durante tres años algún acto de procedimiento, algún acto de prosecución no ha intervenido entre dos partes en instancia la una contra la otra, la instancia sea destruída, la instancia sea extinguida; salvo al demandante, si la prescripción no se ha cumplido, el derecho á rehacer completamente el trabajo. Pero esta obligación de renovar, de recuperar *ab-ovo* un procedi-

miento perimido, es un medio bastante poderoso para excitar al demandante á no dejar perimir el proceso.

No obstante, esta materia de la perención, organizada, desde luego, por la Constitución de Justiniano, había sido copiada de esta Constitución por las antiguas ordenanzas francesas. Así, las ordenanzas de 1539 y 1563, habían transportado, naturalizado, en el procedimiento francés, el principio y la mayor parte de las reglas de la perención del Derecho Romano, ó al menos del Bajo Imperio. Un decreto de 1692, citado con algunos detalles en el *Tratado de procedimiento* de Pothier, había dado, por otra parte, algunos desenvolvimientos á los principios incompletos establecidos en cuanto á la perención, por las dos ordenanzas precitadas. Sin embargo, á pesar de estos diversos actos legislativos, las reglas de la perención presentaban en el antiguo procedimiento, la más extraña, hay que decirlo, la más desolante diversidad: apenas se hubiera podido encontrar dos ó tres provincias en las cuales el principio de la perención fuese sometido á leyes uniformes.

Así, aunque la perención fuese consagrada por las ordenanzas, no se la admitía, al menos en ciertos países, sino en la hipótesis, enteramente especial, donde esta perención podía tener por efecto la extinción del derecho mismo, es decir, donde ella se encontraba accidentalmente, concurriendo con el lapso de tiempo fijado para la prescripción.

En ciertos lugares, la perención se operaba de derecho, sin ninguna demanda, á la expiración del plazo de-

terminado, y ese plazo, que era en general de tres años, en algunas localidades era mucho más largo.

En otras provincias, al contrario, la perención no tenía lugar de derecho. Para que ella se efectuara, era necesario que hubiese sido demandada por la parte interesada; y en todo el tiempo en que esta parte no había formalmente concluido su demanda, la perención podía ser cubierta, aun después de los tres años, por una notificación á instancia de una de las partes.

En una palabra, y sin entrar en el detalle infinito de todas las diversidades que la antigua jurisprudencia presentaba sobre esta materia, la verdad es que la presunción, destinada á extinguir, á reprimir, y por lo mismo, á simplificar los procesos, llegaba á ser, por la variedad infinita de los principios que la regían, una causa, una fuente perpetua de procesos y debates.

En medio de tanta y tan antigua anarquía de legislaciones, de jurisprudencias y de opiniones de los intérpretes más caracterizados, en 1.º de Enero de 1807 empezó á regir en Francia el Código de Procedimiento Civil, el cual ha encerrado en sólo cinco artículos, toda la materia relativa á la caducidad ó perención de la instancia.

M. Treilhard, uno de los miembros de la Comisión encargada de la redacción del proyecto de dicho Código, se limitó, según Dalloz, por toda exposición de motivos al respecto, á ponderar aquella concisión en los siguientes términos:

« El título sobre la perención de instancia por la dis-

continuación de procedimientos durante tres años, ofrece reglas tan precisas, tan simples, pero al mismo tiempo tan eficaces, que basta leerlas para justificarlas. »

Mr. Perrin, miembro de la Cámara, informando al Cuerpo Legislativo sobre el mismo particular, después de hacer un resumen de la diversidad de precedentes que quedan indicados, decía: « Tal era, señores, y tal es aún, la incertidumbre de nuestra jurisprudencia sobre una disposición de Derecho, que, destinada á poner término á los procesos, daba lugar á que, por la variedad de las opiniones, cada parte perdiese la esperanza del éxito. »

« El proyecto que se os presenta, agregaba Mr. Perrin, lo ha previsto todo, y disposiciones las más precisas concluyen con todos los debates: todas ellas están modeladas en las ventajas que resultan de la perención, tienden todas á favorecer sus efectos. La perención se adquiere después de tres años de cese en los procedimientos. Este plazo se ampliará por seis meses en todos los casos en que haya lugar á la demanda de continuación de la instancia ó al nombramiento de nuevo procurador. Ella corre contra el Estado, los establecimientos públicos, aun contra los menores, salvo el recurso contra los administradores ó tutores. La perención no tendrá lugar de derecho, deberá ser demandada y se interrumpirá por actos válidos de una ú otra de las partes antes de la demanda de caducidad. En fin, sin extinguir la acción, hace caducar el procedimiento, sin que en ningún caso pueda aprovecharse ni oponerse ninguno de

los actos del procedimiento perimido. Es así como el proyecto disipa en una palabra todas las incertidumbres, fija la jurisprudencia y favorece, en cuanto es posible, un medio, desde largo tiempo adoptado, de terminar los debates.»

¡Y sin embargo, Mr. Dalloz demuestra, en su extenso y erudito repertorio sobre la materia, que el informe de Mr. Perrin no es un gran recurso para la solución de las dificultades á que han dado lugar las citadas disposiciones, y que estas mismas, por sus propios términos, á pesar de su claridad, y quizá también por consecuencia de su brevedad, han dado ocasión á multitud de cuestiones.

Los precedentes históricos del Código de Procedimiento italiano, cuyas disposiciones en materia de perención de instancia ha adoptado el nuestro, casi á la letra, son los mismos que los del Derecho Procesal francés. Da testimonio de esto el eminente Borsari, en sus anotaciones al expresado Código; puesto que, después de hacer mención de los conatos legislativos, diré así, anteriores á la famosa Constitución de Justiniano, *Properandum nobis*, etc., etc., dice Borsari:— « Pero ésta era una verdadera *prescripción de la acción*: instituto completamente diverso del actual, de origen francés. » — Y confirmando esto mismo, Borsari sienta que la institución de la perención de instancia obtuvo, en la Ordenanza de 1539 y en la sucesiva de Carlos IX, llamada de Roussillón, la forma que después ha mantenido siempre en orden á su objeto; « no habiendo hecho otra cosa,

añade, la de Luis XIII en 1629, que generalizar la ley á todos los países de la Francia. »

En cuanto á España, recién en la moderna Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de Febrero de 1881, se ha estatuido por primera vez la allí llamada « Caducidad de la instancia ».

Difiere en algunos puntos importantes, tanto de la institución francesa cuanto de la italiana, que la han precedido de muchos años.

No conociendo los motivos determinantes ú oficialmente originarios de esa incorporación, sólo me será dado repetir las palabras de uno de los comentadores de esa ley, que declara plausible la reforma relativa á la caducidad ó perención.

« Su objeto principal, dice, es el de evitar trámites y terminar los pleitos: aclara algunos puntos hasta ahora oscuros en la práctica, y evita confusiones y trámites de que se aprovechaban los litigantes de mala fe y los pleitistas temerarios, utilizando cuantas circunstancias y motivos encontraban para detener el curso de los autos y hacer interminable el pleito, que con un procedimiento rápido haría prosperar la acción entablada. »

Hecho este ligero trazado del cuadro histórico de la perención de la instancia, se ve por él que las legislaciones y la jurisprudencia antiguas conocían ya y practicaban, aunque imperfectamente, ese principio del Derecho

Procesal. Muchos países lo incorporaron á su Derecho positivo, y si bien es cierto que fué con varia fortuna, porque la confundieron ó le dieron los mismos efectos que á la prescripción, no pór eso se dejó de aceptar el fundamento capital en que descansaba; por lo que puede decirse que fué heredado en la fórmula en que, desde años atrás, lo había consagrado el primitivo Derecho Romano.

Esa confusión es, sin embargo, perfectamente explicable en el antiguo Derecho Romano,—como que era el resultado de que ambas instituciones procedían de presunciones legales absolutas, que se complementaban con el transcurso del tiempo y que tenían por fundamento intereses permanentes de la sociedad.

De la misma manera que la prescripción, ya se apoye únicamente en presunciones ó en el interés general, se justifica siempre como institución necesaria y de indiscutible utilidad, y no atentatoria á los derechos de propiedad; así también la perención de la instancia, fundada en el presunto abandono de las partes ó en un interés más elevado y general también, en nada atenta al derecho de defensa, y es, por el contrario, una institución necesaria é igualmente útil para el propio interés particular de los mismos litigantes.

« Así como el mantenimiento del orden social, aun en perjuicio de los intereses privados que puedan ser en algunos casos heridos, y el interés social en conseguir la certidumbre en las relaciones de propiedad y la estabilidad de los bienes, como medio de consolidar y garantizar esa misma propiedad, para que sea trabajada, se mejore

y produzca, justifican plenamente la prescripción, así también, la renuncia presunta á continuar el juicio—conjetura que el legislador deduce del abandono ó inacción continuada de las partes,—el interés social reconocido por el mismo legislador en remediar en lo posible el mal que importa todo litigio, con las incertidumbres, las agitaciones, las divisiones, los odios que son su efecto común; interés que reclama todas sus solicitudes á efecto de abreviar la terminación de la diferencia surgida en condiciones que no menoscaben el sagrado derecho de defensa, y el mismo interés particular de los litigantes, que encuentran en la institución un medio infalible para desvirtuar la mala fe de una parte que quisiera fatigar á su adversario con un prolongamiento indefinido del procedimiento, ó que tentara, en mérito á la incertidumbre en los derechos que el tiempo trae generalmente como consecuencia—hacer perder de vista los verdaderos elementos de la contestación iniciada—justifican por completo la institución de la perención. »

No obstante la identidad de origen y de fundamentos que revisten las dos instituciones mencionadas, conviene señalar algunas de las diferencias que las separan, con el fin de fijar, como consecuencia cierta, la esfera de acción en que principalmente opera la perención de instancia, que es el objeto de este estudio:

Bajo tres aspectos principales, dice Moulón, podemos considerar los efectos que hacen diferir la perención de la prescripción:

1.º La prescripción afecta ó ataca el fondo del dere-

cho; ella destruye la acción misma, es decir, el derecho de perseguir en justicia lo que nos es debido, lo que nos pertenece.

La perención, al contrario, no obra sino sobre la instancia ó en el procedimiento empezado; en cuanto á la acción, es decir, en cuanto al derecho mismo, ella lo deja intacto.

Así, mientras que la prescripción extingue la acción, la perención no extingue sino la instancia.

2.º La prescripción tiene lugar de pleno derecho. — ¿Qué quiere decir esto? ¿Significa que inmediatamente que llega el último minuto del tiempo de que se compone, produce su efecto? ¿Que desde ese instante y sin que sea necesario que la parte á quien debe beneficiar la invoque, la acción contra la cual ella ha corrido, está instantáneamente extinguida?—No; mientras ella no sea invocada, su efecto queda en suspenso.

La regla según la cual la prescripción tiene lugar de pleno derecho, debe, pues, ser entendida en este sentido solamente; una vez transcurrido el tiempo necesario para completarla, hay desde ese instante, para el deudor ó el poseedor en provecho del cual se ha realizado, *derecho adquirido de invocarla*, derecho adquirido é *irrevocable*: puede renunciar, sin duda; pero no puede ser despojado sino por un acto de su voluntad.

La perención es de otra naturaleza. Mientras que la parte que tiene el derecho de invocarla no lo hace *expresamente antes de toda otra defensa*, á fin de hacerse adjudicar ese beneficio, la negligencia ó abandono de

esa regalía, causa, para esa misma parte, una renuncia, como lo establece la ley categóricamente.

Éstas son, según Mourlón, las principales diferencias que guardan entre sí la perención y la prescripción.

Como hemos podido observar, ellas son de tal importancia, y sobre todo tan fundamentales en la esencia misma, diremos así, del verdadero carácter de una y otra, que, mientras que la perención sólo anula el desenvolvimiento del derecho ejercido en juicio, la prescripción destruye por la base ese derecho, desde que ataca directamente su constitución.

II

Pero de que existan diferencias entre ambas instituciones, no se sigue que no tengan entre sí analogías de gran valer, como se ha visto ya; máxime si se considera el sistema ó el desarrollo que la legislación positiva de cada lugar haya dado al principio fundamental que les dió causa.

« La perención es, en el sistema del Derecho moderno, según el sentir de Mattiolo, notable expositor y comentarista del Derecho Procesal italiano, una *verdadera prescripción de la instancia judicial*; ella es á la instancia, lo que la prescripción á la acción. Al igual de la prescripción, la perención se funda en una presunción legal absoluta. Del largo silencio, del descuido de las partes, emerge naturalmente la presunción de la volun-

tad de las mismas de abandonar la instancia; y esta presunción *simple* viene á ser convertida por el legislador, *utilitatis causâ*, en una presunción absoluta, *juris et de jure*, por la cual queda extinguido el derecho de proseguir el juicio abandonado.»

« Esa *utilitatis causâ* no es otra que la de impedir que los litigios se paralicen indebidamente, y al mismo tiempo, estimular á las partes á hacer cuanto se requiere para que el juicio se instruya y pueda pronunciarse la sentencia. »

En el mismo concepto la considera Borsari, y así lo manifiesta en sus anotaciones ó comentarios á los artículos 338 y 340 del Código de Procedimiento italiano.

La institución de la caducidad ó perención de la instancia ha sido inspirada, pues, desde su más remoto origen, cualquiera que éste sea, en primer término, por razones de orden público, de conveniencia general, en odio á los litigios y á sus más frecuentes y funestas consecuencias. En segundo término, se ha consultado igualmente el interés particular de los litigantes, la libertad de acción que debiera dejárseles para que, obrando como jueces en causa propia, emplearan el medio de la perención cumplida, como arma de defensa, ó la renunciaran.

No pudiendo desconocerse que la perención de instancia, por su propia naturaleza, quiero decir, por los fundamentos de su creación y por los fines á que responde, constituye esencialmente un beneficio, un *medio de defensa*, una verdadera *excepción* perentoria ó dilato-

ria, según se la considere, parece lógico suponer que al ser dicha institución incorporada á nuestro Código de Procedimiento, se la haya adoptado enteramente depurada, no sólo de los resabios de abolengo, sino aun de todo motivo de dudas ó de dificultades que haya enseñado la experiencia de otros países de legislación análoga, donde aquélla haya sido ensayada, en la práctica, que es la gran maestra en esta clase de cuestiones.

Sin haber concluído de salir todavía de las aulas, puedo decir con verdad, no es posible que abrigue la más remota pretensión de criticar ó de corregir la obra de los más expertos y de los más eruditos en el Derecho teórico y práctico.

Pero bien puede serme lícito, á título de duda simplemente — aunque esa duda no sea fundada sino en mi falta de inteligencia ó de comprensión, — exponer los motivos que tengo para opinar que los artículos 1316, 1318 y 1321 de nuestro Código de Procedimiento Civil, son algo ambiguos y ocasionados por lo mismo á diversa interpretación ó aplicación en la práctica.

Reconocido por la doctrina uniforme de los más autorizados expositores, por la jurisprudencia de Tribunales de nombradía y declarado en la ley misma (artículo 1318), que la perención de instancia se caracteriza esencialmente como medio *de defensa*, como *excepción* propiamente dicha, se presenta desde luego esta cuestión: ¿A quién favorece esa excepción legal y contra quién está llamada á operar sus efectos?

A mi juicio, apoyado en los precedentes establecidos

y en otras consideraciones que he de invocar, creo que puede sostenerse que esa defensa, que esa excepción no debe favorecer sino á la parte oprimida, á la parte demandada, porque es ésta siempre la víctima, la obligada á litigar contra su voluntad, so pena que de lo contrario perezca sin defensa.

Esto es una consecuencia racional y lógica de los móviles levantados y plausibles á que responde la institución aludida, puesto que el legislador, al establecerla, no ha podido dejar de considerar que la promoción de todo pleito, con razón ó sin ella, el primero y el más inmediato efecto que produce desde luego, es el de causar una perturbación en la paz de las familias, el de llevar una amenaza contra todo ó parte del bienestar del ciudadano ó del habitante del país, ocasionando la paralización ó poniendo estorbos al desarrollo de la prosperidad de la fortuna particular, y con ésta, al de la pública también.

De modo, pues, que apreciando como se debe la razón determinante con que el legislador ha establecido la *perención de la instancia*, debe concluirse necesariamente que, todo lo que esta institución tiene de benéfico y de protector, es siempre en favor del oprimido, en favor del demandado ó reo, porque éste tiene de su lado la presunción de la buena fe y del mejor derecho, mientras no se pruebe lo contrario, conforme al antiguo y conocido aforismo jurídico *in dubium, pro reo*. Y es claro y lógico, por lo tanto, que siendo el odio á los pleitos y sobre todo á su eternizamiento, el que inspiró la institución de que se trata, todo lo que ésta tiene de represivo

y de civilmente punidor, debe entenderse y aplicarse siempre contra el actor ó demandante, como verdadero y voluntario provocador y mantenedor de esa situación anormal y dañosa de tan inestimables bienes como los antes enunciados.

Si bien la promoción de un litigio no es un acto ilícito en sí mismo, viene á serlo por el exceso, por el abuso indisculpable que se comete al abandonarlo de hecho y por tiempo indefinido; ocurriendo entonces la consideración muy atendible de que, lo que el demandante adujo como razón de justicia para iniciar el litis, no fué sino un especioso pretexto con el que trató de disfrazar el verdadero móvil de vejamen, de inquina ó de mera codicia que en el fondo le ha impulsado.

Todos los expositores y comentadores del Derecho Procesal que he podido consultar, francés ó italiano, en cuyas fuentes se ha inspirado, sin duda, nuestro Código de Procedimiento, están contestes en establecer, como doctrina jurídica uniforme, abonándola además con numerosas citas de las decisiones de sus respectivos Tribunales, que forman para ellos la jurisprudencia práctica; están contestes, decía, en sentar el principio de que la *perención de la instancia es una verdadera prescripción*, ó está sujeta en *principio*, á las mismas reglas de la *prescripción extintiva* que establece el Código Civil para las acciones y derechos.

La perención es la *extinción*, es la *caducidad*, es la *anulación de la instancia judicial*, operada por ministerio de la ley, ó sea de *pleno derecho*, cuando pasen tres

años sin que se haya hecho ningún acto del procedimiento.

¿Y qué es la *instancia*? — Según el inciso 2.º del artículo 1.º del Código de Procedimiento, « *instancia en el juicio es el ejercicio de la acción* ante el mismo juez, hasta la sentencia definitiva. »

Luego, pues, el autor ó promotor de la *instancia*, es el que por medio de ella hace valer ó ejercita su acción, conforme al libelo ó demanda en que la ha fundado; él es el verdadero interesado y el más directa y principalmente *obligado* en conservar la integridad de esa instancia y en mantenerla viva y en constante actividad por medio de los correspondientes actos del procedimiento, dentro de los términos legales; si en realidad aspira á que su acción ó derecho litigado se esclarezca y se defina por la sentencia que debe poner término á la instancia. Es necesario, es absolutamente indispensable, que el actor ó demandante esté siempre presente, por sí ó por apoderado, y á la mira de todo lo que ocurra *al ejercicio de su acción* en juicio; porque de lo contrario, su silencio, su incuria ú omisión, su ausencia del juicio, diré así, durante tres años consecutivos, « hace naturalmente presumir, como dice Mattirollo, que se ha querido abandonar el juicio; y el legislador, *utilitatis causâ, ne lites fiant penè immortales*, da á esa presunción un valor absoluto, *juris et de jure*. »

En efecto; por un lado declara *prescripta, extinguida, anulada la instancia, ó sea el ejercicio* que hasta allí se haya hecho de la acción; y por otro lado declara que

EL ACTOR que *cesare por más de tres años en la prosecución de su demanda*, no habrá interrumpido la prescripción adquisitiva de que gozaba el demandado, y que aquél se propuso interrumpir por el emplazamiento judicial, que en tal caso se considerará como no hecho, aunque haya habido á su respecto litis-contestación. (Artículo 1211 del Código Civil.)

Ésta es otra razón más, en apoyo de la tesis que sostengo: la necesidad de correlacionar, de armonizar las disposiciones de ambos Códigos, á fin de que el efecto jurídico y justo que el legislador se propuso, se alcance sin implicancias ni colisiones legales que constituyan otro semillero de pleitos.

Si así no fuera; si la mente indubitable del legislador y aun la claridad del « *contexto de su ley*, que sirve para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía, » como lo dice el artículo 20 del Código Civil; si la mente y la palabra del legislador en el Título XXIV de la 2.ª parte del Código de Procedimiento, no hubieran sido las de establecer deliberadamente una *excepción ó defensa* á favor del oprimido ó demandado, y en contra del actor ó demandante, no habría dado á ese Título la denominación de *perención de instancia*, que en concepto uniforme de la jurisprudencia práctica, cuya estela ha seguido, es una verdadera *prescripción* extintiva del ejercicio de la acción, abandonado por el lapso de tiempo que marca la ley. — No habría dicho que « *la perención tiene lugar preci-*

samente CONTRA *el Estado*, los institutos públicos, los menores y cualquiera otra persona que no tenga la libre administración de sus bienes, *salvo* el recurso contra los administradores y contra los tutores, » que tienen especialmente el *deber de interrumpir* las prescripciones que puedan correr contra el menor, como lo dispone el artículo 358 del Código Civil; pues todo esto está revelando que, en efecto, por la perención de instancia se opera también la caducidad ó extinción de su ejercicio. — No habría dicho tampoco el legislador, en el artículo 1318 del Código de Procedimiento, que la perención *debe* alegarse expresamente, *antes* de toda otra *defensa*, porque de lo contrario se tiene por *renunciada*; sabiendo que en el lenguaje del foro, *defensa*, es sinónimo de *excepción*, la cual corresponde siempre al reo ó demandado; y sabiendo que sólo se puede renunciar á la *prescripción consumada*, como lo es la *perención* que se opera de *pleno derecho* (artículo 1318 Código de Procedimiento), puesto que por punto general no se puede renunciar de antemano á ninguna prescripción (artículo 1163 del Código Civil).

Siendo, pues, la *perención de instancia* una verdadera *prescripción extintiva* ó una especie de prescripción de esta clase, no puede ser ni siquiera discutible que, de las dos partes principales que como litigantes intervienen en el juicio, hay una de ellas *contra* cuya posición corre esa prescripción, y otra, *á cuyo favor* se constituye esa defensa ó excepción perentoria que resulta de la prescripción.

Según el artículo 1162 del Código Civil, la *prescripción extintiva* es un modo de extinguir los derechos ajenos; y se opera por el *no uso de la acción en el tiempo señalado por la ley*. Para esta clase de prescripción, la ley no exige título ni buena fe.

El que promueve la *instancia* como medio legal único, de *ejercitar* la acción ó derecho que demanda, ése es el obligado á continuarla ó proseguirla hasta su terminación por la sentencia definitiva del juez; so pena de que, *si no usa*, ó *cesa en el uso* de esa instancia, durante tres años, esto es, *sin hacer por su parte acto alguno del procedimiento*, para cuyo efecto tiene que comparecer ó estar presente en la causa, por sí ó por medio de apoderado que realice á su nombre esos actos, caduque y se anule esa instancia de *pleno derecho*, vale decir, por ministerio de la ley.

Pero se dirá, que la instancia en juicio es una misma, y que tanto interesa al actor como al demandado, el proseguirla ó mantenerla en actividad, puesto que en ella se discute y se ha de resolver por la misma definitiva, el derecho que á su vez invoque el demandado en contraposición al del actor.

Esta observación no tendría sino un valor relativo y más aparente que real. Para convencerse de esto, basta tener presente que el reo ó demandado viene al juicio como parte *obligada*, forzada moralmente, diré así, puesto que viene *contra su voluntad* y nada más que para no perecer sin defensa, para no ser tratada y condenada como rebelde y contumaz á los mandatos de la justicia.

Por eso es que ocurre allí donde se le cita y sólo trata de defenderse ó de conjurar la agresión.

La actitud, pues, por lo mismo de ser involuntaria, es pasiva; espera el ataque para repelerlo, cuando no puede eludirlo ó retardarlo, por medio de las excepciones dilatorias, perentorias y mixtas que la propia ley pone á disposición siempre de los demandados, y no á la de los demandantes; — deslindando y determinando así, de un modo claro y preciso, la diferencia radical que existe en el papel que desempeñan ambas partes en el juicio.

Toda prescripción sólo se interrumpe, por los *actos* legales de aquel *contra* quien corre el tiempo prefijado para que ella se consuma, puesto que á él, y á nadie más que á él, interesa que no caduque ni se extinga *el ejercicio* del derecho de que se cree asistido.

Los actos de la otra parte, de aquella á cuyo favor el tiempo que corra en la inacción del demandante ú opresor, va á constituirle un nuevo medio *legal de defensa*, una *excepción* perentoria y directa con relación al juicio, y en más de un caso, salvadora y eficaz también para completar el tiempo de la prescripción de la acción misma; esos actos del demandado ú oprimido, decía, no pueden ni deben considerarse realizados con el propósito firme y deliberado de *interrumpir* la perención.

Esa *interrupción* no interesa al demandado, y más bien le perjudica, puesto que la caducidad, la extinción de la instancia no se opera contra él y sí á su favor. En la generalidad de los casos, el demandado practica los actos del procedimiento, de un modo forzoso, obligado,

impelido por las exigencias de los trámites más indispensables y de los plazos legales que, por otra parte, el demandante atisba y agita con el mayor cuidado.

Si, pues, en la situación especial del demandado, no pueden interpretarse sus actos como deliberadamente interruptivos de la perención, sino que responden á la alternativa obligada en que se halla, entre defenderse ó dejarse juzgar en rebeldía, ¿podrán interpretarse dichos actos como manifestaciones anticipadas de que *renuncia* á la perención?—Tampoco, porque siendo ésta, en su esencia, una *prescripción* extintiva de la instancia, es principio inconcuso de derecho que *no se puede renunciar de antemano á ninguna prescripción*. Sólo puede renunciarse á la que ya está consumada; y esto mismo se confirma por la declaración final del artículo 1318 del Código de Procedimiento, cuando dice que: «si no se opone (la perención) *antes que* toda otra *defensa*, se tendrá por renunciada.»

Es un corolario racional, lógico de lo que precede, en cuanto á la verdadera posición del demandado en el juicio, el de que éste está en su derecho y consulta mejor quizá las dificultades de su propia defensa en el fondo, en todo tiempo y ocasión en que, por medio de incidentes ó de actuaciones de otra índole que no sean rigurosamente requeridas por el procedimiento regular y propio del caso, procura sondear la actitud que observe el demandante, para aprovecharse de la indiferencia, del descuido ó abandono en que éste incurra, si en tales circunstancias llega á dejar vencer el plazo de la perención de

la instancia *principal*, diré así, porque es ésta lo que la ley contempla para hacerla perimir.

Si producido un incidente, un artículo de incontestación ó cualquier otro dilatorio y de previo pronunciamiento, que el demandado sigue con más ó menos interés, pero respecto del cual el demandante en lo principal se muestra tardío ó negligente, dejándose declarar rebelde, si el otro es el promotor de la incidencia, ó abandonando en este estado la causa aun en el supuesto de ser dicho demandante en lo principal, quien también provocó el expresado incidente, ó quien apeló de la interlocutoria que lo haya decidido; en cualquiera de estos casos, si transcurre el plazo de los tres años sin que se haya hecho por el actor en lo principal ó en el fondo del litis, acto alguno que revele el interés de su parte de allanar ese estorbo, de activar su despacho con la mira de volver á continuar la *instancia interrumpida* por tal causa incidental, considero que es fuera de duda, que está dentro de la buena doctrina en la materia de que tratamos, el aceptar y declarar la *perención de la instancia* que el demandado opusiera como primera excepción ó defensa á la prosecución del juicio que intente por su parte el actor ó demandante.

En vano será decir que la *instancia ha sido interrumpida* por el incidente, ó por la apelación que en éste haya ocurrido; y que como tal incidente no interesaba al actor en lo principal, y sí al demandado; aquél se cuidó poco de que acabara pronto ó tardíamente esa cuestión accidental, porque sabía que siempre estaría en tiempo para proseguir su pleito.

El que promueve una demanda, el que inicia una *instancia* en el sentido legalmente estricto de esta palabra, está en el imprescindible deber de proseguirla, siempre que esa demanda haya sido notificada, por lo menos al demandado. Debe, pues, el demandante hacer todo lo que esté de su parte, para que ese juicio prosiga regularmente todos sus trámites, hasta obtener la sentencia definitiva; sin más dilaciones que las que sean consecuencia necesaria de los plazos legales, porque todo esto está previsto en el Código de Procedimiento, precisamente *ne lites fiant penè immortale*. — Si durante la sustanciación de la instancia se produce un incidente retardatario ó interruptivo cualquiera — cosa que bien puede suceder hasta por cálculo del demandado, para fatigar á su contraparte y ver si obtiene por el descuido ó el abandono, lo que tal vez no espere conseguir por la lucha encarnizada del proceso, — el demandante no debe dejarse adormecer, no debe permitir que la interrupción ó suspensión de su instancia se prolongue de tal modo, que por su propia omisión ó falta de celo activo, llegue esa interrupción á constituir un derecho, una defensa, una excepción de perención incontestable, porque se opera por ministerio de la ley.

Precisamente, si la incidencia ocurrida constituye una interrupción de la instancia, el demandante no puede ignorar que esa interrupción prolongada por tres años, se convierte en una *prescripción extintiva* para su instancia ó demanda. El demandado tiene interés en que esa interrupción se mantenga, se entretenga, sin partici-

pación directa del demandante; pues éste debe moverse por el interés opuesto, y tratar de que esa interrupción sea á su turno innovada ó interrumpida, por actos propios de él, á fin de que no se presuma, no se suponga en ningún tiempo, que ha hecho abandono del pleito ó juicio así entorpecido. Por el contrario, debe demostrar que obra en el sentido de eliminar ese estorbo, para llevar adelante la instancia, ó sea el ejercicio de su acción.

Los actos ó gestiones del demandado no salvan al actor, porque son antagónicos, porque buscan ó tienden á demorar y entorpecer, lo que el demandante se supone que desea activar y llevar á su término. Si éste no obra en ese sentido; si deja sólo al demandado que le entretenga y demore cuanto le plazca ó convenga aquella causa de interrupción á lo principal, ¿cómo puede el actor quejarse de las consecuencias de su propia negligencia, de su abandono ó de errada confianza, al caer en la celada que su enemigo más débil le preparó?

Mattiolo, en su obra «Instituciones del Derecho Judiciario Italiano», Parte 3.^a, Tít. I, dice:

« La perención tiene lugar contra cualquier clase de litigante: se opera *adversus omnes*; y con relación á ella, el legislador no admite las causas de *suspensión* que establece con respecto á la prescripción. — Ni el caso *fortuito* ni la *fuerza mayor* que se pretenda que han puesto, en cualquier tiempo, á las partes en la imposibilidad de proseguir la causa, ni los hechos que, con arreglo á los artículos 333 y 334 del Código de Procedimiento, vemos que dan lugar á la interrupción

del procedimiento, *ejercen influencia alguna sobre el curso de la perención*; Á MENOS QUE, bien entendido, estos hechos HAYAN SIDO NOTIFICADOS de parte á parte, porque ES SU NOTIFICACIÓN la que constituiría un acto de procedimiento, EFICAZ, como tal, para interrumpir la perención. »

Borsari, comentador también del Código italiano de Procedimiento, sostiene igualmente, como *circunstancia necesaria* é indispensable al perfeccionamiento del acto interruptivo de la *perención*, la de que dicho *actose* haga conocer á la otra parte, y que sea de tal calidad, que por ley deba notificarse.

De modo que, como antes he dicho, los actos del procedimiento que realice la parte demandada, no tienen, *por sí solos*, la virtud interruptiva de la perención de la instancia, puesto que no es ésa la intención deliberada que los guía, no es ése el interés que se persigue por el reo.

Si los actos de éste en juicio, pueden alguna vez producir aquel efecto, es siempre á *condición, sine qua non*, de que sean conocidos ó *notificados* al demandante en persona, ó á su representante voluntario en la causa; — puesto que esa *notificación personal*, que es también un acto de procedimiento, demuestra que el actor ó demandante está presente, interviene constantemente en la causa; si ha cesado en la prosecución de la instancia principal, está y actúa, sin embargo, en los demás actos y peripecias del pleito. De consiguiente, falta la base á la *presunción de abandono* de su parte, que la ley castiga con la perención.

III

Con el auxilio de estas premisas, abordaré la cuestión de averiguar ¿cuál es el criterio jurídico con que debe entenderse y aplicarse, principalmente la disposición de los artículos 1316 y 1318 de nuestro Código de Procedimiento?

¿Con un criterio fijo, invariable y absoluto, de manera que no haya otro caso de *perención de instancia* que aquel indubitable é indiscutible en que, mediante el silencio y el abandono completo y notorio de ambas partes litigantes, durante el transcurso de los tres años, resulte que no se ha realizado ninguna clase de acto procesal en la causa?—Es obvio que en este supuesto, no cabe discrepancia de opiniones.

¿Ó con un criterio menos estricto, más reflexivo y atento, á fin de poder analizar las circunstancias especiales de cada caso ocurrente, á la luz de los principios de equidad y de justicia que gobiernan una materia tan delicada, á pesar de su aparente sencillez, como lo prueba la divergencia de los Códigos, de la doctrina y de la jurisprudencia práctica, de los países que nos han precedido en la adopción de esa institución procesal?

Digo á la luz de la equidad y de la justicia, porque, dada la ambigüedad ó anfibología que se observa en algunas palabras de la ley y en el contexto de casi todas sus disposiciones sobre la materia, no será fácil,

sin el auxilio de aquellos principios, discernir bien y resolver con igual acierto, las múltiples cuestiones á que puede dar lugar hasta un simple cambio en los términos del problema que se plantee.

Dice el artículo 1316: « *La perención de la instancia se verificará cuando pasen tres años, sin que se haya hecho ningún acto del procedimiento.* »

El artículo 1318 dice: « *La perención se opera de derecho; pero el que quiera aprovecharse de ella, deberá alegarla expresamente, antes de toda otra defensa; pues de lo contrario se tiene por renunciada.* »

La generalidad de la expresión « *sin que se haya hecho ningún acto del procedimiento,* » como dice el primer artículo citado, parecería comprender tanto á los actos del demandante cuanto á los del demandado; así como que, « *el acto del procedimiento,* » lo mismo se refiere á los actos regulares y necesarios según la naturaleza y estado de cada juicio, que á los demás actos indiferentes, extemporáneos ó de cualquier otra clase que puedan ocurrir.

No es menos equívoca la redacción del artículo 1318: « *La perención se opera de derecho; pero el que quiera aprovecharse de ella,* » etc., etc. Según la expresión de la ley, no es el que *pueda* ó el que *deba* aprovecharse de ese beneficio, sino el que *quiera*. Esto parecería también consagrar á favor de *cualquiera de las partes*, el derecho de alegar la perención de la instancia, con tal que la alegue expresamente *antes* de toda otra *defensa*, pues de lo contrario se tiene por renunciada.

Defensa, según el acreditado y popular Diccionario de Legislación y Jurisprudencia, es: « *Todo cuanto alega el reo* para sostener su derecho ó su inocencia, rechazando la acción ó acusación entablada contra él. Es máxima general establecida por las leyes de todos los pueblos, que nadie puede ser condenado sin que se le oigan sus *defensas*. »

Defensión, se llamaba, en el lenguaje de las leyes españolas que nos han regido, á la *excepción*; y el Código la define del mismo modo en el artículo 244.

No debe suponerse, pues, que sea en otro sentido que éste de la *excepción*, el empleo que de la palabra *defensa*, ha hecho el legislador en el artículo 1318 antes citado; y en ese concepto, dicha palabra vendría á aclarar la duda que suscitase la frase « el que *quiera* aprovecharse, » etc. Es decir, que no se estatuye la perención en favor, indistintamente, de cualesquiera de las partes en litigio, sino en favor de la que tenga que defenderse ó excepcionar, y *quiera* ó le convenga además, valerse de ese medio antes que todo otro.

Proponiendo en otros términos la cuestión, me pregunto: ¿ Puede haber casos en que proceda la *perención de la instancia*, á pesar de que alguna de las partes litigantes haya realizado actos de procedimiento, en el transcurso de los tres años que preceden al momento en que se opone aquella defensa ?

Decidido por la afirmativa en esta cuestión, aunque no abrigo la pretensión de haber dominado por completo la materia, en el ligero estudio que he hecho para

preparar este trabajo, voy á exponer las razones de mi juicio.

No hay que perder de vista que lo que la ley declara que *perime*, que caduca ó se extingue, es lo que se llama « la *instancia* en el juicio ; » y ésta es, « EL EJERCICIO de la ACCIÓN ante el mismo juez hasta la sentencia DEFINITIVA. » (Artículo 1.º, inciso 2.º del Código de Procedimiento.)

« *Acción* es el medio legal de pedir judicialmente lo que es nuestro ó se nos debe ; » (artículo 240, Código citado) así como « *actor* es la persona que pide alguna cosa, y *reo* aquella de quien y contra quien se pide. » (Artículo 103.)

Desde el momento en que el actor ó demandante deduce su acción para reclamar lo que es suyo ó se le debe, promoviendo al efecto la instancia del juicio, debe suponersele interesado en que esa instancia se prosiga constante y regularmente por los trámites, hasta que se acabe por la sentencia definitiva que ha de dictar el juez.

Desde el momento también en que el reo ó demandado, es citado y obligado á hacerse parte en esa instancia, en ese juicio que se le promueve en circunstancias tal vez en que estaba en camino de prescribir el crédito que se le cobra ó la cosa que se le pide, debemos suponer razonablemente que desde aquel momento nace en el demandado el deseo de obstar, por todos los medios que estén á su alcance, á que aquel juicio siga regularmente sus trámites, y si posible es, también impedir que se falle alguna vez.

El reo puede temer el resultado definitivo de ese pleito, por no considerar muy eficaces ó difíciles de conseguir pronto los elementos que necesite para su defensa directa. Puede suponer, puede tener aún justos motivos para estar persuadido de que el demandante se ha movido por un capricho, por un despecho ú otro apasionamiento cualquiera, y que pronto se fatigará ó se enfriará en sus pretensiones.

Todos estos cálculos, esta diversidad de miras y hasta de estrategias, diré así, que en tales casos se emplean, despertados en los litigantes por la oposición de intereses que entre ellos existe, son, sin embargo, fenómenos comunes y naturales en todas las luchas humanas, en las que cada cual ataca ó se defiende como puede, si le faltan los medios para hacerlo como quisiera ó le conviniere más.

« Todo litigio, se dice, es por sí mismo un mal que reclama toda la solicitud de la sociedad á fin de que se le ponga un término, para hacer cesar las incertidumbres y las agitaciones que son su consecuencia. »

Si el litigio es un mal, aunque sea un mal necesario, no cabe duda de que es el demandado quien siempre se dirá la primera víctima de ese mal, al cual se ha tratado de ponerle remedio por la perención de instancia.

No perdiéndose de vista el deslinde preciso de la posición de cada parte en el litis, impelidas por aspiraciones y tendencias divergentes y del todo opuestas, como es natural, debe no perderse de vista tampoco la verdadera naturaleza, el verdadero carácter de *defensa* ó *ex-*

cepción legal que tiene la perención de la instancia, según lo hemos establecido antes.

Partiendo de estas bases, puede ya apreciarse con más seguridad qué es lo que caracteriza ó qué clase de actos interrumpen la perención de la instancia, según el artículo 1316 del Código de Procedimiento. Este artículo requiere que « pasen tres años sin que se haya hecho *ningún acto* DEL *procedimiento*. »

El empleo del artículo *del*, y no simplemente el de la preposición *de*, en la frase anterior, nos revela que se habla de un procedimiento determinado, y no de cualquier procedimiento; es decir, *del* que corresponda, *del* que tienda á la prosecución de la instancia principal, de la instancia en que se ejercita la acción y que ha de ser fallada en definitiva.

Luego no es cualquier otro acto *de* procedimiento, el que puede interrumpir la perención, sino el que, como dice Mattiolo, « *sea tendente á la instrucción y á la decisión de la causa, á cuyo respecto corre la perención misma.* »

Luego, la idea dominante en la ley, descubierta por sus más fieles intérpretes, es la de que el acto del procedimiento se determine por la intención, por el objeto ó fin á que tienda, y no por la calidad de la parte litigante que lo realice. Debe ser un acto capaz de obstar ó de interrumpir la perención. El acto que no tenga ese carácter, ese valor, aunque sea acto de procedimiento, si no reúne las condiciones necesarias para revelar la intención inequívoca de proseguir la instancia propiamente

dicha, ese acto, aunque sea regular en otro sentido, no debe apreciarse como interruptivo de la perención.

«La jurisprudencia (ha dicho la Corte de Casación de Turín, en sentencia de 25 de Mayo de 1883), ha fijado ya la máxima de que, por actos del procedimiento, á los efectos del artículo 338, deben entenderse *solamente* aquellos actos que se hacen en contradicción de las partes, que son regularmente notificados de la una á la otra, ó que *por su propia índole tienden á hacer adelantar un nuevo paso á la causa y por los cuales sea manifesta de un modo legal, y no dudosa, la voluntad de proseguirla.*»

Mattiolo, de cuya obra tomo esta cita, atestigua que en el mismo sentido se han pronunciado la Corte de Apelación de Palermo, en 7 de Marzo de 1881, y la Corte de Casación de Palermo también, en 21 de Mayo de 1870.

Esto nos lleva á la conclusión de que, si los actos de procedimiento que realice el demandante, el que tiene más interés y más imprescindible deber de proseguir y mantener viva la instancia que ha promovido, no serán, sin embargo, interruptivos de la perención, sino cuando realmente tengan ese carácter, esa tendencia manifesta y no equívoca, con mayor razón deben conceptuarse no interruptivos los actos de procedimiento que verifique el demandado, con cualquier otro motivo ú objeto que sea, siempre que dichos actos no revelen por su propia índole la voluntad ó el propósito de seguir la cuestión de fondo hasta que se pronuncie la sentencia definitiva.

Si se diera el caso, por ejemplo, de que el demandado, antes ó después de contestada la demanda, promoviera una articulación; que fallada ésta, y apelada la resolución interlocutoria se llevase la causa ante el superior, á donde no concurriera el demandante, haciendo menosprecio de la incidencia y del emplazamiento que le fijara el juez, conforme á lo dispuesto por el artículo 658 del Código de Procedimiento; si se supusiera, todavía, que en vista de esa omisión voluntaria del demandante, fuese declarado rebelde por el superior, y que notificado de esa declaración, la consintiese, esto es, permaneciera en la misma actitud de antes, dejándose dar por notificado en Estrados, si en esta situación transcurriesen más de tres años, sin que el demandante en lo principal, practicara ningún acto *del* procedimiento, ni como tal demandante ni como apelado en la incidencia ocurrida; si después de fallada ésta por el superior, el demandante volviese á querer proseguir su instancia, ¿no estaría el demandado habilitado para oponer con éxito, en el caso propuesto, la excepción previa de *perención de la instancia?*

Paréceme que la afirmativa se impone de un modo indiscutible. La carencia de actos *del* procedimiento, tendentes á seguir, á activar la demanda ó instancia primitiva, está patente.

Se argüirá que la instancia fué *interrumpida* por el incidente y por la apelación interpuesta en éste. Es muy cierto.— Pero, ¿acaso esa interrupción de la instancia principal, no ha podido ser intencionalmente buscada

por el demandado, con el objeto precisamente de hacerla durar más de tres años, para después servirse de este lapso de tiempo, si el demandante lo dejaba correr impunemente, y sostener que la perención se operó de pleno derecho, y que, por lo tanto, el demandado puede oponer, y opone, *antes* que toda otra, esa excepción ó defensa?

La perención es la *prescripción* de la instancia judicial, y se verifica cuando dicha instancia se interrumpe en la actividad regular de los actos del procedimiento tendentes á la instrucción y á la decisión definitiva de la causa. Cualquiera que sea el motivo de aquella interrupción, el demandante ó actor está obligado á hacerla desaparecer, so pena de que se le dé por abandonado.

Así como para impedir los efectos de la prescripción de la acción ó del derecho en sí mismo, aquel contra quien corre la dicha prescripción está en el caso y deber de salvar su acción ó derecho interrumpiendo la prescripción, del mismo modo el demandante que quiere conservar viva y eficaz la *instancia* que ha promovido, debe hacer cesar toda causa que, al interrumpir el movimiento progresivo de la instancia, prepara los elementos de la *perención* de la misma, de su extinción legal.

La instancia se interrumpe y caduca, lo mismo por la completa y conjunta inacción de las dos partes litigantes, que por la promoción de una incidencia cualquiera que estorbe la prosecución de aquélla, siempre que el

demandante no se preocupe ni se ocupe de eliminar esa causa de estorbo, no abandonando bajo ningún concepto todas las peripecias de la causa en general. En una palabra, estando constantemente presente en el proceso, agitando la decisión de los incidentes ocurridos, para demostrar así que, á no ser esa interrupción que se afana por hacer cesar, su instancia habría proseguido con toda regularidad.

Aquel contra quien corre una prescripción cualquiera, está obligado á interrumpirla, es decir, á procurar que no se consume la extinción ó la adquisición de un derecho, por el transcurso del respectivo plazo señalado en la ley; porque de lo contrario, la prescripción, lo mismo que la *perención* que se opera de pleno derecho ó por el solo ministerio de la ley, producirán su correspondiente y fatal efecto.

Ya se ha visto cuáles son los únicos actos *del* procedimiento que interrumpen, ó mejor dicho, que impiden la perención de la instancia; no porque los practique la parte actora ó la parte demandada, sino por la naturaleza, por la índole, por el carácter propio ó peculiar de esos actos que sólo se realizan con el fin de dar actividad á un litigio, pues que para eso los ha establecido el Derecho Procesal. La forma impersonal que se contiene en el artículo 1316, confirma la exactitud de mi tesis, porque si así no fuera, la disposición diría: « cualquier acto *de* procedimiento y por cualquiera de las partes ». Fácilmente se advierte, que una presentación de poder, una petición de desglose, la solicitud de

vista de autos para conocer su estado, hecho todo esto á largos intervalos de tiempo, sin que la admisión de apoderado, por ejemplo, ó la citación del desglose, se notifique á la otra parte, ó que para evacuar la vista pedida del expediente cuyo estado pudiera ser el de contestar la demanda, el de interrumpir un término de prueba suspendido de largo tiempo atrás, no se expidiese la parte en ningún sentido; todo esto, repito, no tiene, á mi juicio, la virtud de interrumpir *legalmente* una perención de instancia que se esté operando, porque en la comisión de aquellos actos inocuos, diré así, tardíos ó inadecuados al estado de la causa, no se revela la intención de hacerla proseguir, no se ve el propósito deliberado de hacerla llegar cuanto antes á manos del magistrado para que dicte su fallo definitivo.

En tal situación de mero entretenimiento, que más bien parece un juguete, pasan, sin embargo, los años tras los años; y si á pretexto de que alguno de aquellos actos intempestivos pertenece al demandado, se le negara á éste el derecho de alegar la *perención*, á pesar de lo que dispone el artículo 1318 del Código de Procedimiento, yo no vacilaría en afirmar que entonces esa institución no llena su objeto, no responde fielmente á los motivos de interés social que la han creado.

Se argumenta contra esto, con la *indivisibilidad* de la instancia, y por lo tanto, con la de la perención misma.

Este interesante punto de la *indivisibilidad*, que mantiene en discrepancia de opiniones á los Tribunales y á los autores de las escuelas francesa é italiana, donde

quizá la forma y modo de proceder en juicio, son enteramente distintos á los nuestros, sólo tiene cabida en los casos en que son varias las personas que intervienen en un litigio como demandantes ó como demandadas.

Siendo esto así, tal doctrina no es de aplicación al caso más común de nuestros juicios, en los que no intervienen sino dos partes, la del actor y la del reo, aunque cada apoderado ó cada parte de éstas esté representando á diversas personas de su lado, llamadas *litis-consortes*. Esto está previsto por los artículos 71 y 177 del Código de Procedimiento.

Con todo; según estas mismas disposiciones, parece que pueden darse casos — y entiendo que se han dado en nuestros Tribunales — en que por razón de esa incompatibilidad prevista, en las acciones ó en las excepciones, hayan de intervenir diversas personas en un mismo proceso ó expediente, como demandantes ó como demandadas.

En tal caso de incompatibilidad, creo que lo más acertado, y también lo que se practica más frecuentemente, es dividir los procesos. Entonces la cuestión de la indivisibilidad de la instancia, en el sentido en que la exponen los autores, no tiene cabida, como he dicho antes.

La dificultad se presenta cuando, como creo que sucede á veces, es en un mismo juicio ó expediente, que intervienen separadamente ó gestionando por sí, varios demandados, por ejemplo. Corresponderá entonces á los Tribunales discernir y resolver, con arreglo á las dispo-

siciones legales y á las circunstancias que se hayan producido, si ha podido operarse, ó no, la perención de la instancia, en favor de la parte que la alegue y la funde.

En la hipótesis que precede, creo también que no se puede anticipar una negativa absoluta de la excepción de perención, á pretexto de su conexión con la instancia y de la indivisibilidad que se atribuye á ésta.

Si uno ó más de esos mismos demandados — pongo por caso — comparecen al emplazamiento y se hacen parte en el juicio, pero después no se les notifica ninguna otra providencia, no se les da ninguna clase de conocimiento ni de participación en las tramitaciones ó en las incidencias que ocurran con otros de los demandados, sin declararlos rebeldes tampoco; si en esta situación transcurren los tres años, al cabo de los cuales recién se acuerda el demandante de los que quedaron rezagados, para pedir contra ellos lo que crea procedente, éstos estarían, á mi entender, legalmente habilitados para pedir que respecto de ellos se declarase perimida la instancia, aunque respecto de los demás estuviese, si posible es, sentenciado ya el pleito.

Esta solución, en mi concepto procedente y legítima, dependería de que el principio de la indivisibilidad de la instancia, que puede ser más ó menos discutible cuando existen propiamente *litis-consortes*, es decir, personas ligadas entre sí por una misma causa en la acción deducida, ó sin diferencia en las excepciones opuestas ó en la indivisibilidad de la cosa proporcionalmente defendida; — tal principio no puede aplicarse sin duda nin-

guna ni aun por extensión, cuando no existe más que el *hecho* de que por mera conveniencia y á pesar de la incompatibilidad que exista entre los derechos de los demandantes y las defensas de los demandados, éstos acepten, sin embargo, ó se sometan á quedar envueltos en un mismo y solo proceso, siempre que en él se defiendan con independencia los unos de los otros.

Borsari se propone la cuestión y la coloca en el mismo terreno de los *litis-consortes*.

« Si la perención es *indivisible*. El argumento se presta á examen. Aquel que *excepciona* la perención, y que además no ha hecho acto del procedimiento, *podría sentirse objetado* con que otros de *sus consortes de litis*, hicieron cuanto basta para interrumpir su curso. »

« ¿ Los efectos de la perención pueden ser *divididos*? » pregunta M. Moulón, y añade: « La perención es indivisible en lo que concierne á los actos de la instancia, en el sentido de que ella los abraza y los extingue á todos, sin distinción (Código de Procedimiento, artículo 401). Esto es, por otra parte, muy lógico, porque ella reposa en la idea del abandono tácito de la instancia *por el demandante*; y este abandono no se comprende sino á condición de volver las cosas al estado que tenían si la instancia no se hubiese promovido. »

« ¿ Pero la *indivisibilidad* existe también en cuanto á las *personas*? — El interés de la cuestión se presenta cuando hay muchos demandantes y muchos demandados en el litis. Si la instancia es indivisible, no puede extinguirse con relación á los unos y subsistir respecto de los

otros, mientras que lo contrario podría deducirse si ella no tiene tal carácter. »

« Una jurisprudencia constante admite la indivisibilidad de la perención, como consecuencia de la indivisibilidad de la instancia. »

« *Este punto no está al abrigo de críticas.* — De que los actos de la instancia no puedan ser divididos bajo el punto de vista de la perención, no resulta que la instancia deba necesariamente desaparecer ó ser mantenida respecto de todas las partes en litis, porque no se trata ya de separar los actos del procedimiento, sino de decidir que la instancia *entera* deba ser mantenida respecto de los unos, y extinguida para los otros. — *Las demandas formuladas en un procedimiento único, habrían podido producirse separadamente y dar lugar á perenciones distintas. ¿Por qué no podrían ellas extinguirse separadamente?* »

Dalloz comprueba, con numerosos é interesantes datos ilustrativos, que la adopción del principio de la indivisibilidad no ha estado exenta de dificultades en la práctica de su aplicación, ni de serias controversias entre los impugnadores y sostenedores de sus efectos ó alcances contra los derechos adquiridos por una perención consumada.

Así, después de establecer lo que ha hecho la jurisprudencia « sobre este punto tan controvertido y tan inextricable del principio de la indivisibilidad en materia de perención de instancia, » concluye por formular el voto de que una legislatura comprenda algún día la necesidad

de extinguir, desde su aparición, esos focos tan activos de procesos, ó por lo menos, de procurar á la Francia una comisión compuesta de jurisconsultos encargados exclusivamente de la preparación de las leyes. (Verb. *Péremption*, núm. 360.)

Si tales, si á tales y tan divergentes extremos conduce la controversia y la aplicación del principio de la indivisibilidad de la instancia y de la perención, aun en los casos de la concurrencia de *litis-consortes*, que es á los que aquél se trata de aplicar, es notorio que esa doctrina ó ese principio no resuelve nada ni por nada aclara la cuestión de procedencia de la perención de instancia, cuando se ha de resolverla en la mayor generalidad de los casos, entre demandante y demandado, — entre varios demandantes y varios demandados; pero en que todos obran, cada uno por su lado, por una sola cuerda, por un procurador ó representante común.

Cualquiera que sea, pues, la confusa ó ambigua expresión de nuestra ley procesal en los artículos 1316 y 1318, éstos deben entenderse y aplicarse en el sentido que mejor convenga á la naturaleza y fines de la institución de que se trata, y al papel que cada parte representa en el juicio, así como á la responsabilidad que respectivamente han contraído. El uno, promoviéndolo con toda deliberación, con todo cálculo, con todo el tiempo necesario para preparar su ataque. El otro, tomado quizá de improviso, sin tener á la mano los elementos necesarios para su defensa, colocado en la alternativa de huir, de dejarse condenar en rebeldía, ó de procurarse aunque

sean medios indirectos, pero legítimos, para no perecer del todo, para convalecer y fortalecer su derecho de algún modo.

La ley ofrece *al demandado* una *defensa*, en la perención de la instancia. Mientras él no actúe directa y francamente aceptando y discutiendo el pleito, hasta llevarlo al estado de sentencia definitiva, no hay razón para reprocharle, si, permaneciendo en la inacción ó actuando en toda otra forma dilatoria y estratégica como para cansar ó adormecer á su perseguidor el demandante, logra armarse de la excepción perentoria de la instancia.

Ese cálculo, ese temperamento no puede emplearlo el actor, salvo en el caso único de ser á su vez *demandado* por una reconvencción.

« *Toda instancia*, dice el primer inciso del artículo 397 del Código de Procedimiento francés, aun cuando no haya habido designación de procurador, *caducará por suspensión del procedimiento durante tres años.* »

Se ve que esta disposición es tan indecisa como la de nuestro artículo 1316, en cuanto á determinar la persona que ha de practicar los actos del procedimiento interruptivos de la perención.

Sin embargo, todos los autores más caracterizados del Derecho francés, apoyando además sus doctrinas en los fallos de los Tribunales superiores ó de Casación, están contestes en afirmar que el *demandante* no puede alegar á su favor aquella excepción, que sólo compete al *demandado*.

Esa negativa, le parece á Dalloz una deducción ente-

ramente de natural buen sentido, y que se induce bien directamente de los términos de los artículos 397 y 401 del Código; « porque no sería admisible, dice, que aquel que promueve un proceso venga á acusarse, en cierto modo, de no haberlo proseguido y á hacerse condenar en las costas; siendo así que un simple desistimiento le da un medio tan fácil como legal para llegar á ese resultado. » (Ob. cit., núm. 51.)

« Por quién y *contra* quién, propone M. Moulón, debe ser demandada la perención? » « Puede serlo por *el demandado contra el demandante; pero la reciproca no es verdadera.* La demanda de perención, de parte del *demandante*, no sería otra cosa que una demanda de *desistimiento*; y pronto veremos que la perención y el desistimiento no deben confundirse. La tradición es conforme á esta interpretación, así como el artículo 401, que señala exclusivamente al *demandante.* »

La misma doctrina sostiene Mr. Rogrón, trayendo en su apoyo una extensa sentencia dictada por la Corte de Casación en 10 de Diciembre de 1839.

No se me oculta la objeción que cabe contra mi tesis, en el sentido de que mis razonamientos se apoyan más en la doctrina y en la legislación francesa, siendo así que las disposiciones de nuestro Código de Procedimiento sobre la materia de que me ocupo, han sido tomadas, casi á la letra, del Código italiano.

Es indudable que en algunos puntos de desarrollo, difieren ambas legislaciones, no obstante que coinciden

en lo fundamental de la institución de que tratamos; en sus causas determinantes y en sus fines.

El legislador francés no ve sino el deber del actor en continuar el juicio, y atribuye principal ó exclusivamente al demandante la culpa de la suspensión de los actos del procedimiento que son necesarios para la instrucción de la causa y para que ésta sea puesta en estado de sentencia.

El legislador italiano, por el contrario, parte de la base de que ambos litigantes tienen el mismo interés en que el juicio se termine, y por eso supone también que la inacción es culpa de ambos, es culpa común.

En mi pobre criterio, he creído encontrar más lógica y más concordancia con nuestro derecho y con nuestras prácticas, en la legislación y en la doctrina francesas, que no en las italianas; porque mi juicio se resiste, en lo poco que he estudiado la materia, á aceptar como proposición exacta, la de que en todos los casos, ni aun en la mayoría de éstos, el interés en que el litigio sea terminado por sentencia, pese igualmente en el ánimo del demandado, que en el del demandante.

A favor de esta presunta, y para mí muy errónea igualdad de aspiraciones é interés en el éxito del pleito, se hace argumento con lo dispuesto por el artículo 1321 del Código de Procedimiento, que establece, como el italiano, pero á diferencia radical del francés, que: «*En caso de perención, cada parte pagará las costas que le correspondan.*»

Se ha querido ver en esa distribución de equidad, y

nada más que de mera equidad, «una *pena* impuesta por igual á la desidia de todas las partes litigantes.»

En primer lugar, sólo forzando el espíritu y las palabras de la ley, puede admitirse en la disposición mencionada, semejante penalidad; cuando bien visto, no hay semejante *pena*, sino que nuestro legislador solucionó ese punto de controversia en el sentido más benigno, en vez de haberlo hecho en el más riguroso y más lógico, en que lo hizo el Código Francés de Procedimiento, declarando por el artículo 401, que: «*En caso de perención, el demandante principal es condenado en todas las costas del procedimiento perimido.*» Aquí, sí, hay verdadera y justa *pena*, contra el verdadero culpable.

Nuestro Código, fundado sin duda, como dije anteriormente, en consideraciones de equidad, teniendo en cuenta las costas causadas en la instancia que caduca sólo por ministerio de la ley, y no por decisión judicial que aprecie la más ó menos razón plausible con que se haya litigado hasta allí, por ambas partes, ha decidido que cada una de éstas concorra al pago de las costas que hayan producido.

Si, pues, la perención de la instancia es una *excepción*, una *defensa* estatuida en beneficio de las partes demandadas, es decir, de la parte *oprimida*; en una palabra, de las *obligadas* á litigar aun contra su voluntad, para no perecer por la falta de defensa, ¿cómo es posible que se sostenga que la disposición del artículo 1321 es «una pena impuesta á la desidia de las partes, por igual,» ya sean éstas demandantes ó demandadas?

¿Es posible imaginar desidia ó abandono respecto de aquella parte, que, si existe en el pleito, es porque *se ha visto obligada* á ello, contra su expresa y notoria voluntad?

Creo que se necesita poco esfuerzo, para comprender que tal disposición será incongruente, si se quiere, será ilógica con la demás legislación del país, pero no la imposición de un castigo donde no hay culpa igual.

Si se examina este mismo punto ante la clara y terminante disposición del Código Civil, en su artículo 1211, estableciendo á favor ó en beneficio del DEMANDADO *la no interrupción de la prescripción adquisitiva cuando pasan tres años sin que el actor prosiga su demanda*, tiempo prefijado del mismo modo por la ley procesal, para la perención de la instancia; no es posible concebir que la inconsecuencia del legislador haya sido tan manifiesta, que le haya llevado á *penar* en un momento dado, á quien precisamente ha favorecido y favorece siempre con aquella justa disposición. ¿Puede, entonces, sostenerse con entera verdad, si esto fuera creíble, que había establecido lo que se ha dado en llamar *pena*, en único y exclusivo provecho, ó en otros términos, para hacer feliz á quien pretendiera castigar?

No me parece, que pueda argumentarse con semejante anomalía.

La *penalidad*, si ese espíritu pudiera verse en la disposición del artículo 1321 mencionado, sólo podría ser para los actores ó demandantes, para aquellos que, habiendo promovido el conflicto, están *obligados* á conti-

nuar su acción deducida ya en juicio, y que por calculado abandono ó por negligencia punible, retroceden, después de causar innumerables perjuicios, ante la propia enormidad de lo que han pretendido sin razón ó sin pruebas.

Esos son, los que en todos los casos, y en el supuesto no admitido, de tratarse de una *pena* de la ley, debieran sufrir exclusivamente las consecuencias de su propia aventura, y responder á todas las expensas de la justicia que distrajeron por su sola voluntad.

Bien apreciada la naturaleza de la institución de que tratamos, no puede abrigarse la duda, de que sólo una errónea interpretación de sentido legal, ha podido atribuir, ó mejor dicho, ver en la disposición del artículo 1321 de nuestro Código de Procedimiento Civil, un espíritu de penalidad hacia los demandados; en vez de considerar que más propiamente habría un exceso de ecuanimidad, no exento de merecida crítica. En apoyo de esta verdad, voy á citar las propias palabras del comentador italiano Borsari, al tratar el artículo 342 del Código de Procedimiento Civil italiano, idéntico al nuestro. Dicho autor se expresa en los siguientes términos:

« Debemos aceptar la conclusión, dice, porque es de ley: poco importa *si no estamos persuadidos del fundamento*; porque aunque sea verdad que el demandado puede tener interés en la solícita expedición de la causa, este interés, sin embargo, sólo se comprendería, cuando él se sienta con fuerza para vencer en la causa. *Però si el teme affrontarla, si el actor prevalece en razones,*

aquel tutela mucho mejor su causa con las dilaciones; ¿y quién podría hacerle un cargo de debilidad, si él, acariciando más pronto la inercia del actor, se ha guardado bien de reanimar un procedimiento que se va extinguiendo en el abandono? — Para mí, todo es culpa del actor.»

En esta forma, hace el célebre tratadista la crítica del artículo expresado. ¿Puede ahora sostenerse, fundándose en razón alguna fundamental, que aquel que no tiene *culpa*, al decir de Borsari, y del sentido común, pueda, sin embargo, ser *penado*, según la interpretación forzada que se quiere dar al artículo 1321?

¿Y podría, acaso, decirse con igual verdad, que en los casos hipotéticos de que me he ocupado en el curso de esta disertación, en los que resultaría manifiesto é indisculpable el abandono y la desidia inexcusable de las partes demandantes, era, sin embargo, necesario *penar* con las costas, la excepción aprovechada por los demandados?

No me parece que tal argumentación tenga cabida dentro del espíritu de la ley, aunque su letra, obedeciendo á consideraciones de otro orden que el del castigo, haga inexcusable esa concurrencia del demandado, del que usa de su derecho, al pago de los gastos que no ocasionó por su gusto, sino por la necesidad de defenderse contra una agresión temeraria, que el propio agresor ha dejado fenecer, convencido de su sinrazón.

Antes de concluir, debo dejar consignado, que la misma doctrina que he expuesto en el curso de este estudio

con relación al demandado, debe aplicarse con igual criterio al *apelado*, cuando la causa haya sido fallada definitivamente y suba á las instancias superiores de apelación. Aunque el *apelado* sea aquí, el que en la primera instancia fué el demandante, le amparan en la segunda, los mismos principios que en la otra favorecían al demandado.

V.º B.º, sin perjuicio de no estar conforme con algunas de las doctrinas sostenidas en esta Tesis.

Pablo De-María.

Julián F. Sardchaga. José A. de Freitas.

Montevideo, Diciembre 16 de 1895.

Puede imprimirse.

EDUARDO B. DEL PINO,
Decano.
