

UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

PERENCIÓN DE LA INSTANCIA

TESIS

PRESENTADA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR EN JURISPRUDENCIA

POR

EDUARDO B. DEL PINO

PRESTAMO EN SALA

MONTEVIDEO

IMPRESA ARTÍSTICA, DE DORNALICHE Y REYES

CALLE 18 DE JULIO, 77 Y 79

1894

Biblioteca de la Facultad de Derecho

Entrada 11-12-952

Número 64607

Preco D. Perón

Colocación

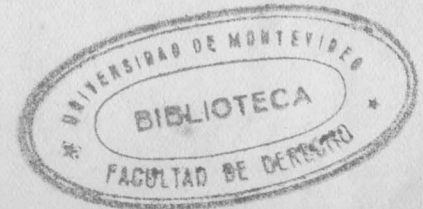
INVENTARIO
1964

A mi querido amigo y compañero el
Dr. don Alfredo J. Perón - de su siempre

Affnidad
E. Brito del Río

INVENTARIO
1964

PERENCIÓN DE LA INSTANCIA



64607

UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

PERENCIÓN DE LA INSTANCIA

TESIS

PRESENTADA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR EN JURISPRUDENCIA

POR

EDUARDO B. DEL PINO

MONTEVIDEO

IMPRESA ARTÍSTICA, DE DORNALECHE Y REYES

CALLE 18 DE JULIO, 77 Y 79

1894

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

CLAUSTRO DE LA FACULTAD

RECTOR:

DOCTOR DON PABLO DE-MARÍA

DECANO:

DOCTOR DON EDUARDO BRITO DEL PINO

CATEDRÁTICOS:

Filosofía 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 Administrativo.....	»	»	Carlos M. de Pena.
Derecho Internacional Privado.....	»	»	Gonzalo Ramírez.
Práctica Forense.....	»	»	Alfredo Vásquez Acevedo.
Medicina Legal.....	»	»	Eliás Regules.

SECRETARIO:

DOCTOR DON ENRIQUE AZAROLA

Miembro de Honor y Director General

CLAUSTRO DE LA FACULTAD

Doctor don Pablo Delgado

Doctor don Eduardo Brito del Pino

SECRETARÍA

El doctor don Eduardo Brito del Pino, de la Facultad de Medicina, ha sido nombrado secretario de la misma, en virtud de lo acordado en el Claustro de la Facultad, en sesión celebrada el día 15 de Mayo de 1910.

SECRETARÍA

Doctor don Eduardo Brito del Pino

PADRINO DE TESIS:

Doctor don Blas Vidal

PADRINO DE GRADO:

Doctor don Eduardo Brito del Pino.

A mis padres

PERENCIÓN DE LA INSTANCIA

I

La perención, de *perimere*, extinguir, es la anulación, la extinción de la instancia judicial, causada por el abandono en que las partes han dejado el juicio, absteniéndose de ejecutar todo acto de procedimiento por el lapso de tiempo establecido por la ley. — La legislación civil, al mismo tiempo que protege los derechos y las acciones de los ciudadanos, vela por su tranquilidad y bienestar: la duración de un juicio es nociva cuando se prolonga en demasía; la incertidumbre que de ella nace, debe cesar alguna vez. A remediar ese perjuicio tiende la ley. — El objeto es, pues, de manifiesta utilidad, y no ocurre cuestionarlo. — Lo que prácticamente importa, es distinguir la institución de la perención de las otras que por una cierta afinidad se le asemejan y podrían hasta confundirse con ella.

La perención participa de la prescripción en cuanto son sus motivos fundamentales la inacción y el tiempo. — Las dos se fundan en presunciones legales absolutas que complementa el transcurso del tiempo, y que tienen por

fundamento intereses vitales de la sociedad; y de la misma manera que la prescripción, ya se funde únicamente en presunciones ó en éstas y el interés común, se justifica como institución de indiscutible utilidad y en nada atentatoria á los derechos sagrados de propiedad, — así la perención, fúndese únicamente en la presunción de abandono de las partes ó en un interés más elevado y general, en nada atenta al derecho de defensa y es, por el contrario, institución de la mayor necesidad en el mismo interés de los 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 con-

secuencia, hacer perder de vista los verdaderos elementos de la contestación iniciada, justifican por completo la institución de la perención.

La perención parece también fraternizar con el desistimiento, á la vez de participar de la prescripción; pero con uno y otra tiene diferencias que la distinguen é individualizan.

En cuanto al desistimiento, baste decir que, aparte de poder hacerse en cualquier tiempo, es en cierto modo un contrato, es un acto específico y positivo de la voluntad particular, mientras que la perención importa, por el contrario, una sanción del legislador, que de un estado especial de cosas, deduce, fundado en presunciones, consecuencias que estima útiles al interés general. — En cuanto se refiere á la prescripción, las diferencias surgen de su naturaleza y sus efectos. — Por la prescripción se extingue la acción, es decir, la base del derecho; por la perención, se anula la instancia, es decir, su desenvolvimiento práctico. La prescripción, considerada en su doble aspecto de adquisitiva ó liberatoria, tiene siempre por fin la constitución de un derecho, perfeccionado por la obra del tiempo; la perención, sólo extintiva de derechos puede ser; anula el procedimiento y hace que no haya tenido existencia. De la misma naturaleza de la prescripción y del objeto á que se aplica, se infiere que existen acciones no susceptibles de prescribir; en cambio, la perención se opera en cualquier instancia sin excepción, y se extiende aún á las relativas á acciones imprescriptibles. — Y por fin, las excepciones mencionadas por la ley en cuya virtud no corre la prescripción en favor ni en contra de ciertas y determinadas personas, no rigen nunca en materia de perención, operándose ésta contra todos,

sin excepción alguna según la ley. — Las citadas, que son las principales diferencias, no han impedido, sin embargo, que la institución de la perención se haya confundido por mucho tiempo con sus análogas, y así se halla en casi todas las leyes anteriores á la codificación, confundida casi siempre con la prescripción común de las acciones.

II

Ya desde antiguo, los legisladores vieron los peligros de la suspensión ilimitada de los juicios y buscaron amonazarlos en lo posible, limitando la duración de los procesos, por medio de leyes y reglas que no eran sino rudimentos de la institución de la perención, y que, aunque imperfectamente ideadas y mal aplicadas, llevaban el mismo objeto de terminar brevemente las diferencias sujetas al fallo de los jueces.

Inútil y contraproducente algunas veces, confundida otras con la prescripción de la acción, é imperfectamente siempre, la perención no se individualizó hasta mediados del siglo XVI, y aun entonces no se aplicó sino parcialmente por algunos Parlamentos, consiguiendo recién imponerse como precepto común, con la codificación francesa de principios del siglo.

Los primeros vestigios de la institución se encuentran según algunos autores en el sistema romano de las fórmulas, según otros en las constituciones de Justiniano, y según algunos, recién en las ordenanzas de la Francia

medio-eval.— Esta divergencia de opiniones tiene su explicación en el aspecto vario, bajo el cual considera cada uno la institución, ya sea en su esencia, su objeto, su forma ó sus efectos. — Es lo cierto que en el antiguo sistema de las fórmulas romanas se admitía una doble especie de perención: — una, relativa á los juicios cuya duración estaba limitada á la duración del *imperio* del magistrado que los había ordenado á los llamados *imperio continentur*, y que resultaba de un hecho ajeno por completo á la voluntad de las partes, de la cesación del poder del magistrado; — otra, relativa á los juicios llamados *legitimi*, entre ciudadanos, cuya duración estaba limitada por la ley Julia á diez y ocho meses desde la iniciación, y que se cumplía por el transcurso de dicho término, sin haberse fallado la diferencia. — La primera, sólo extinguía la instancia dejando á salvo á las partes la facultad de reproducir en nuevo juicio su petición, siempre que la única causa de no haberse fallado la contienda, fuera la cesación del poder del magistrado; si por el contrario, alguna negligencia ó desidia era imputable á las partes, la acción caducaba conjuntamente con el procedimiento. — La segunda, extinguía, al mismo tiempo, la instancia, ó sea el procedimiento, y el derecho que se había hecho valer sin eficacia.

Se ve, pues, que ni una ni otra tenían caracteres de verdadera perención. — En la primera, cuando caducaba sólo el procedimiento, era en virtud de una causal ajena por completo á la voluntad de las partes, y cuando con la caducidad de la instancia se efectuaba la de la acción, se producía un caso de prescripción; en la segunda, se trataba de una verdadera prescripción de la acción confundida con la perención del procedimiento.

Desaparecido el sistema formulario con el advenimiento del Imperio, quedó sin limitación alguna la duración de los juicios, presentándose entonces en toda su desnudez los peligros de la falta de disposiciones que remediaron los males de la inacción ilimitada.—La Constitución *Properandum* en que algunos autores creen hallar el origen de la perención, y por medio de la cual pretendió Justiniano combatir los perjuicios de las contiendas sin límite, no sanciona, en realidad, más que una prescripción de acción por el transcurso de 3 años.—Fué una medida de orden público, arbitraria y terminante, que declaraba caducado todo derecho si el juicio no era fallado en 3 años de existencia.—Era una prescripción de la acción que, consumada, debía naturalmente acarrear la anulación del procedimiento; pero en nada se asemejaba á la perención de la instancia.

Las disposiciones posteriores, sancionadas por el Concilio de Trento, tampoco distinguieron una institución de otra, concretándose á reglamentar y modificar en algunos detalles la Constitución *Properandum*, pero sin hacer la división neta que más tarde llegó á producirse, cuando se dió á la institución de la perención su verdadero carácter.

El origen real de ésta se encuentra en las ordenanzas francesas. Los legisladores de la época fueron los primeros que consiguieron hacer de ella una individualidad nueva.—Convencidos de que uno de los principales deberes del legislador consistía en ordenar el juicio de manera que durara el menor tiempo posible, pero sin gravitar demasiado sobre la libertad para no poner en peligro los más grandes intereses de la justicia; y de que ese objeto se llenaba, no apresurando el fin de los juicios

é imponiéndoles arbitrariamente un término fatal, que fué el vicio de las vetustas instituciones, sino dominando moderadamente la sucesión de los actos del juicio, atribuyeron un sentido á la discontinuidad del proceso, infiriendo de ella el voluntario abandono del procedimiento.—De ahí nació la perención, que en la ordenanza del Roussillon obtuvo la forma que ha conservado hasta hoy en relación á su objeto.

Pero, sea cual fuere su origen, no llegó á aplicarse como precepto general, hasta después de la codificación de principios del siglo.—Antes, las distintas leyes de comarca, los usos inveterados, impidieron á los Parlamentos su aplicación, aun después de haberse sancionado como ley común.—En la actualidad forma parte de todas las legislaciones, aunque establecida en cada una de ellas con distintos caracteres.

III

« 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 de la fijación de los perjuicios que de la mora en practicarlos pueden recaer sobre los litigantes.» — La inacción continuada y común, la omisión en verificar los actos necesarios á la prosecución del juicio, pueden en esa virtud, traer como resultado la conclusión de éste por perención de instancia.

El Código de Procedimientos estatuye que se verificará cuando pasen 3 años sin que se haya hecho ningún acto de procedimiento, y que se opera de pleno derecho (arts. 1316 y 1318).

Las legislaciones son casi uniformes en cuanto al plazo fijado para que se opere la perención. — Tan sólo la ley de Enjuiciamiento se separa de la norma común señalando términos distintos: 4 años si el juicio está en 1.^a instancia, 2 si en 2.^a, y 1 en casación (art. 411).

En cuanto á la manera de operarse la caducidad, la divergencia entre las legislaciones es completa, según se verá en seguida.

Las disposiciones de nuestro Código han sido transcritas textualmente del Código Italiano, en el que la perención tiene idénticos caracteres que en nuestra legislación.

El Código Francés, que tomó la institución directamente de las leyes y ordenanzas, difiere esencialmente en sus disposiciones, de las sancionadas por la ley patria. — Así, dispone en el art. 399 que la perención no se opera de derecho y que queda saneada en virtud de los actos válidos de procedimiento, ejecutados por una ú otra parte, antes de la demanda de perención. — Es decir, que aun después de los tres años de abandono del juicio,

mientras la petición no se produce, la perención puede ser excluída por cualquier acto válido de procedimiento.

— Es, pues, necesario en el sistema francés un nuevo procedimiento, que puede recorrer todos los grados de la jurisdicción, para obtener que el primero sea declarado extinguido, y se desconoce así el objeto inicial de la institución, aminorando en gran parte las ventajas que ella produce y despojándola de su verdadero carácter, es decir, del de una excepción perentoria que se opone á la parte contraria empeñada en proseguir una instancia terminada. — La jurisprudencia francesa anterior al Código, admitió en muchos casos la perención de pleno derecho, bastando el transcurso del tiempo para que ésta se produjera, sin necesidad de petición de parte. — No obstante, la jurisprudencia del Parlamento de París, sostuvo siempre la interpretación contraria, y que después se aceptó por el Código, apoyándose en las ordenanzas vigentes, y declarando que la caducidad no se producía nunca de pleno derecho, concurriese ó no con la prescripción, sino que debía siempre solicitarse su declaración por las partes.

Nuestro Código (art. 1318), aceptando la disposición contraria, estatuye un principio que se armoniza mejor con el fin primordial de la institución. — Sancionando la ley la necesidad de un nuevo procedimiento, que puede alcanzar la duración del primero, para poder conseguir la anulación de éste, el verdadero carácter de la perención está desconocido, y el fin de la institución, ó sea el de limitar la duración de los juicios, no se consigue ni remotamente, puesto que la resolución sobre caducidad queda en suspenso todo el tiempo que dure el procedimiento por que se solicita ésta. — En cambio, con la

disposición contraria, estableciendo que la perención se produce de derecho, conserva ésta su valor eficaz como excepción destinada á impedir la continuación de una instancia abandonada, y principalmente como medio de limitar la duración del juicio.—Esto justifica la disposición del Código, en cuanto á que deba producirse de derecho.—Pero, según el sistema de la ley, la regla tiene excepciones, cuya razón de ser es clara.—Por más que la perención se refiera indirectamente al orden público en cuanto exige ésta la limitación de la duración de los juicios, directamente tiene por objeto tutelar los intereses particulares, de los que son árbitros soberanos los litigantes. En tal consideración se ha basado la ley para limitar su acción en materia de caducidad.—Podrá suceder que convenga á los litigantes hacer declarar extinguido un procedimiento abandonado, pero también podrán, en ciertos casos, preferir éstos la continuación de la instancia, antes que reanudar el juicio; y en esa virtud, la ley cumple su misión, facultándolos para oponer ó no la perención, teniendo en cuenta que la declaración de caducidad, en caso de oposición de las partes, no tendría utilidad alguna, pues sólo importaría la obligación de reanudar el procedimiento.

Nuestro Código y el Italiano, al sancionar tal disposición, han aceptado un término medio entre los sistemas del Código Francés y la ley de Enjuiciamiento Española, —que es el más lógico y el que más se armoniza con los principios generales de la materia.—Rechazando el sistema francés, que exige un procedimiento completo para que la perención pueda declararse, y que desconoce la verdadera índole de la institución, su carácter de excepción perentoria, admite la caducidad de pleno de-

recho, sin caer por eso en el exceso del Código Español, que considerándola de estricto orden público, la hace declarar de oficio; lo cual, aparte de no reportar utilidad alguna, puede ir, en muchos casos, contra la voluntad expresa y los intereses de las partes, que se verán, por tal causa, obligadas á iniciar nuevamente un procedimiento que hubieran deseado continuar, y que la ley, sin interés alguno, declara extinguido.

El sistema de nuestro Código declara la perención de derecho, pero las partes podrán alegarla si su interés está en que el procedimiento termine, ó renunciarla si quisieran proseguir el juicio,—armonizándose así los principios generales de interés público y los intereses particulares de los litigantes.—Establece la buena doctrina, separándose del sistema francés, y declarando que la caducidad se produce de pleno derecho, sin caer en el error de la ley española, que, considerándola de orden público y desconociendo sus fundamentos de interés particular, ordena que una vez operada, con la sola noticia que deberá dar el Secretario de haber transcurrido el término necesario, se declare de oficio mandando archivar la causa (arts. 411, 414, 415.—L. de E. C.). Nuestra ley no autoriza su declaración de oficio: faculta á las partes para valerse de la excepción respectiva y el Juez sólo puede hacer la declaración en virtud de voluntad expresa de la parte.

De la disposición legal que establece que la perención se produce de derecho, se deduce lógicamente que la instancia por la cual una parte, transcurridos los tres años de inacción para que la caducidad se produzca, hace valer dicha perención, no puede estar sujeta á caducar por silencio ó abandono de las partes.

Considerándose la perención, como en la ley francesa, como un derecho que no se adquiere sino mediante una instancia ordinaria, es indudable que la misma instancia pueda caducar si en el término prescripto no se prosigue. — En efecto, una instancia judicial que no se continuó en el término legal, debe considerarse como inexistente; no existirá, pues, instancia de perención, ni en consecuencia perención.

Por el contrario, cuando se opera la caducidad de pleno derecho, cuando no es precisa instancia ni hecho de la parte para su adquisición, falta el sujeto de una segunda perención. — La fórmula del derecho adquirido se reasume entonces en una excepción, que según la índole de toda excepción es perpetua, y podrá siempre invocarse, cuando la contraparte pretenda proseguir una causa extinguida.

Confrontado con el sistema francés, tiene sobre él, el de nuestra ley, un mérito incontestable, real y acorde por completo con los fines de la institución: tienden éstos á acortar la duración de los juicios é impedir su multiplicación, y es el sistema del Código el que verdaderamente responde á ese fin, declarando no caducable la instancia por que se opone la excepción de perención consumada.

IV

La perención de la instancia, que se produce por la inacción de las partes durante tres años, se interrumpe con un acto de procedimiento efectuado por una de las

partes y tendente á la prosecución de la causa (artículo 1316, Código de P. C.).

Es decir, que mientras no han transcurrido los tres años exigidos por la ley, la ejecución de cualquier acto por la parte, impide que ésta se consume, reviviendo el juicio y quedando sin valor alguno el tiempo de inacción corrido con anterioridad.

Es conveniente, para formar claro concepto de la institución, atender á esta disposición legal, determinando las distinciones fundamentales que de ella surgen, y que motivan otras disposiciones concordantes. — La ley distingue dos situaciones en el juicio: *mientras* va corriendo el plazo para que se produzca la perención, en la que rige el art. 1316, y *después* de transcurrido éste sin interrupción, para la cual legisla el 1318. — Y del mismo modo distingue los actos de procedimiento que pueden las partes ejecutar y los efectos que ellos producen en cada una de esas situaciones. — En la primera, á que se refiere la disposición transcrita, cualquier acto de procedimiento, una presentación de poder, una solicitud de desglose, una citación, subsanan la omisión de la parte que ha permanecido en inacción é inutilizan para la perención el tiempo transcurrido; esto sucede mientras existe juicio, mientras no han corrido tres años de inacción y el pleito está vivo. — En tal estado, cualquier acto ejecutado por la parte, importe defensa ó excepción, ó consista sólo en una formalidad ajena á ésta, basta para hacer revivir el pleito paralizado, destruyendo el valor anulatorio del tiempo corrido en la inacción.

Pero pasados los tres años de inacción no interrumpida, el caso presenta caracteres fundamentalmente distintos.

— La instancia ha caducado de derecho; aun cuando di-

cha caducidad no se considere de orden público, para la ley no hay ya juicio; las partes han adquirido la facultad de hacerlo declarar así y sólo continuará el juicio si éstas renuncian al beneficio legal adquirido, expresa ó tácitamente. — En tal estado, no basta un acto cualquiera de procedimiento para hacer revivir el juicio, terminado ya de pleno derecho. — El beneficio otorgado por la ley, no se puede perder mediante la ejecución de cualquier acto, sino que es necesario que el acto ejecutado importe renuncia expresa, ó implique tácitamente la voluntad de renunciar á ese beneficio, para que la perención operada deje de existir; y como no todos los actos de procedimientos llevan implícita la tácita renuncia, la ley sólo entiende hecha ésta respecto á la excepción de perención cuando la parte en cuyo beneficio se ha consumado, pudiendo alegarla, guarda inoportuno silencio sobre ella, y no lo hace ó la pospone á otra defensa ó excepción. — Así, las gestiones comunes en los juicios, que no tengan el carácter de una excepción ó defensa, no dan mérito para tener por renunciada la perención; el nombramiento de procuradores, la comparecencia de las partes, las citaciones, y cualquier otro acto análogo, ningún valor tienen al efecto; es indispensable que el ejecutado importe una defensa, para que se presuma en la parte la intención de renunciar á la defensa que ha adquirido por el beneficio operado de derecho á su favor.

Nuestro Código, al hacer la distinción referida, sigue lógicamente las consecuencias del sistema que acepta. — Si la perención se opera de pleno derecho en beneficio de una parte, es necesario que ésta renuncie al favor de la ley para que lo pierda; es indispensable, pues, que manifieste su voluntad al respecto, expresamente ó por me-

dio de la ejecución de actos de defensa, de los cuales pueda lógicamente inferirse su presunta voluntad de no hacer valer la excepción que el favor de la ley le ofrece, de renunciar al beneficio legal. — La ley francesa sienta principios diametralmente opuestos, basados en el sistema que hace necesario un procedimiento previo á la declaración de caducidad; no admite la perención de derecho y la declara cubierta por actos válidos cualesquiera, ejecutados por las partes aun después de los tres años de inacción, sin hacer distinción alguna entre esos mismos actos. — Es consecuente al estatuir en tal sentido, pues en realidad, según sus disposiciones, la situación de las partes, antes y después de los tres años, es por completo idéntica: ningún beneficio tienen que renunciar, pues ninguno han adquirido; sólo tienen la facultad de solicitar, mediante un nuevo procedimiento, la declaración de caducidad del primero. — Es, pues, lógico, que según tal texto legal, cualquier acto, importe ó no defensa, subsane la inacción de las partes, haya ésta continuado ó no por tres ó más años.

Volviendo al artículo 1316 del Código, que declara interrumpida la perención por la ejecución de un acto cualquiera de procedimiento, ocurre preguntar: ¿deberá dicho acto ser necesariamente válido para gozar de la facultad interruptiva sobre la perención que se estaba operando, ó lo invalidará para tal objeto la circunstancia de ser nulo por vicio de forma?

El Código francés, involucrando en una sola disposición la situación de las partes, antes y después de los tres años requeridos para la caducidad, regla lógica según queda explicado, prescribe expresamente que deberán ser válidos los actos ejecutados por las partes, y consecuente

con tal máxima, declara, y con él la Jurisprudencia francesa, que siendo nulos por defectos de forma, no valdrán á efecto de interrumpir la perención. (Daloz: « Péremption ». — Merlín: « Répertoire »).

Nuestra legislación no ha tenido presente la posibilidad de un caso semejante, y nada resuelve expresamente que pueda solucionar la cuestión, limitándose á declarar que, para la existencia de la perención, es necesario que no se ejecute acto alguno de procedimiento por las partes, durante el tiempo establecido por la ley.

Examinado el texto literal de la disposición del Código, parecería deducirse que la nulidad de forma del acto ejecutado no lo invalida para el efecto de interrumpir la perención, pues el artículo relativo no hace distinción de actos nulos ó no.—El legislador parecería no haber admitido como extremo y fundamento de la perención la validez del acto, sino la negligencia y el presunto abandono de la instancia.—La existencia por sí sola, de un acto de procedimiento, nulo ó válido, importaría en consecuencia destruir la presunción de abandono en que se fundaba la perención que corría, pues aquella parte que ejecutó un acto de procedimiento, no obstante hacerlo irregularmente, incurriendo, por lo tanto, en una nulidad de forma, demuestra, sin embargo, su intención de proseguir el juicio para llegar á la resolución regular de la contienda.—Ésta es la opinión sostenida por los tratadistas que comentan el Código italiano, igual al nuestro; Pescatore, Fazio, Gargiulo, Mattiolo y Borsari opinan que, del fundamento de la institución de la perención, ó sea de la presunción de abandono á que da lugar la negligencia y la inacción continuada, fluye la consecuencia de que todo acto, «por irregular que sea en

su forma, siempre que implique desvanecer esa misma presunción, debe considerarse eficaz, é interrumpir, por lo tanto, la perención.»

No obstante las razones aducidas, la indiscutible autoridad de los tratadistas y los fundamentos legales de la solución que adoptan, parecen éstos haber olvidado, al aceptarla, algunas consideraciones que quizás influyeran en favor de la solución contraria.

Está fuera de toda duda que, cuando el legislador emplea la palabra *actos jurídicos*, se refiere á actos que presupone válidos, es decir, ejecutados de acuerdo con sus dictados al respecto, y los únicos que reconoce y puede reconocer.—Resulta, pues, una interpretación un tanto violenta, la que se pretende hacer del artículo del Código en el caso presente, al declarar que la facultad interruptiva deba otorgarse también á los actos nulos, interpretando así por extensión, en un caso especial, en que se trata de actos de excepción.—Cuando el legislador, por algunas consideraciones especiales, cree conveniente derogar el principio inconcuso de que los actos jurídicos deben ser válidos para ser reconocidos y producir sus efectos legales en juicio; cuando por excepción, encuentra algún interés en atribuir efecto legal á actos irregularmente ejecutados y desprovistos por lo tanto de valor jurídico, no autoriza su aplicación por extensión, sino que lo declara expresamente, por tratarse de casos de excepción á las reglas generales.—Así, por ejemplo, el inciso 2.º del artículo 1196 del Código Civil dice: «El emplazamiento judicial interrumpe la prescripción, aunque sea dado por Juez incompetente ó sea nulo por vicio de forma.»—En ese caso, el error de la parte sobre el orden de competencia del Juez ó sobre la forma del em-

plazamiento no pareció al legislador motivo suficiente para privar al acto de la citación de su efecto interruptivo de la prescripción, y queriendo atribuirle siempre ese efecto, aun cuando se hubiera cumplido irregularmente, lo hizo por medio de disposición expresa, por tratarse de un caso de excepción por el cual se daba valor á un acto viciado de nulidad y desprovisto de él, según los principios generales de derecho.

Teniendo presente la circunstancia indicada, de que los casos excepcionales en que un acto nulo tiene valor legal, debe declararlos y los declara expresamente la ley, por tratarse de derogar excepcionalmente los principios generales, ¿hay motivo fundado para suponer que en el caso presente, por el hecho de no haber distinguido entre actos válidos y nulos, haya sido la intención del legislador validar tácitamente por extensión, los actos irregulares y nulos, para que produzcan efecto idéntico á los válidos, para que al igual de éstos interrumpen el curso de la perención que se estaba operando? — Tal solución es ilógica y choca contra los principios de la sana interpretación, aun cuando pueda apoyarse en el argumento legal de la presunción de abandono, que se desvanece por la sola existencia del acto, aun nulo por la forma.

Pero, hay también otra consideración, olvidada, á mi entender, por los mismos tratadistas.

Es erróneo sostener que la institución de la perención se funde exclusivamente en el presunto abandono del juicio. — El legislador, por medio de la perención, se propone esencialmente impedir que los juicios se eternicen, por el interés evidente que tiene en abreviar la solución de las discordias entre los particulares, cuya sola existencia tantos inconvenientes ofrece al bienestar general.

— La perención no se funda únicamente en la presunción de abandono, en ese motivo de interés sólo particular: se dirige también, y muy principalmente, á prevenir el perjuicio general que deriva de las largas é indeterminadas suspensiones opuestas á la resolución definitiva de la causa. — Ahora bien: es evidente que mediando tal interés general, si un acto de procedimiento, nulo por la forma, bastase para interrumpir la caducidad de la instancia que se está produciendo y hacer revivir el juicio que está por extinguirse, el verdadero objeto de la ley vendría á menos y sería en gran parte desconocido. — Evidencia una vez más esta consideración, que si el legislador hubiera querido hacer extensiva á los actos nulos la facultad interruptiva que por norma general acuerda á los válidos, lo hubiera declarado expresamente, y no es lógico ni acorde con los principios de la sana interpretación, otorgar en este caso, tan sólo por extensión y en el silencio de la ley, á actos irregulares y nulos, valor excepcional, que la misma ley no les reconoce en tal caso, á diferencia de lo que hace en otros, y que va directamente en contra de un interés evidente legal, cual es el de que la perención se consume.

Se beneficia indiscutiblemente la comunidad con la cesación de las diferencias entre particulares, y cuando ésta no tiene lugar por otro medio legal, se opera por la perención, instituída en protección del bien de todos, cuando las partes abandonan la prosecución de la causa.

Ese objeto de interés común que persigue el legislador, determinando que la inacción produce la caducidad, no tiene ni puede tener más limitación que la reconocida por la misma ley en el derecho del particular que manifiesta su voluntad de proseguir el juicio por medio de

la ejecución de un acto de procedimiento.— No se interrumpe, pues, la perención, sino cuando la parte, con el acto ejecutado, destruye la presunción de abandono y evidencia su intención de proseguir la causa.— Ahora bien: mediando el interés general citado, fundamento capital de la institución, y que lleva al legislador al extremo de hacer aplicable la perención, aun en contra del Estado y de los incapaces, ¿es justo considerar conforme al espíritu de la ley, la solución que valida los actos nulos, tan sólo por extensión, al efecto de interrumpir la perención que se está produciendo?— ¿No es en cierto modo para la ley, tan negligente y digno de sanción penal, aquel que permanece en la inacción completa como el otro que tan sólo ejecuta los actos á que está obligado, de una manera irregular y nula?— ¿Basta la conjetura que se infiere del acto nulo, en el sentido de desvanecer la presunción de abandono, para introducir en la legislación una nueva limitación al interés general, para dar validez por extensión á actos nulos, que la ley no ha validado en este caso de excepción, como lo ha hecho en otros?— Me parece que es forzar la voluntad presunta del legislador, sostener la afirmativa, y en virtud de las razones expresadas creo más conforme á los principios generales de derecho, la solución contraria á la adoptada por los tratadistas italianos.— Si bien la ley no ha hecho la distinción entre actos válidos y nulos, se puede y debe distinguir, pues para ella no tienen valor los actos nulos.— Ésa es la norma, y cuando por excepción entiende la ley que el acto irregular debe, no obstante, producir efecto legal, lo declara expresamente.— La distinción, pues, se impone lógicamente, y creo que hacerla es interpretar la ley de acuerdo con los principios de verdadera justicia.

V

Nuestro Código Civil establece que el curso de la prescripción se suspenda en razón de diversas causas, las cuales producen, por todo el tiempo de su duración, una detención en el transcurso del término necesario para la prescripción; de manera que, en el cómputo de ese término, deberá unirse al tiempo transcurrido antes que naciera la causa de suspensión, el posterior á la cesación de la misma causa.

Las distintas causas de suspensión de la prescripción, ya tengan por base la calidad personal del propietario, las relaciones entre el acreedor y el deudor, ó la modalidad del derecho en cuestión, no las admite el legislador cuando se trata de la perención de instancia. Los motivos que lo indujeron á establecer la perención de la instancia judicial, no admiten excepciones en favor de personas determinadas; de ahí el por qué dispone el artículo 1317 que la perención tendrá lugar aun 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 tutores.— La presunción de abandono del juicio existe independientemente de la cualidad personal de los litigantes, de las relaciones que puedan existir entre ellos, de las modalidades del derecho que se cuestiona; el perjuicio que deriva de la perención, es en casi todos los casos menor que el que proviene de la prescripción,

puesto que no perjudica el derecho, y no es por lo tanto irreparable; y en fin, las personas contra quienes se hace extensiva la perención, tienen representantes responsables de los daños que puedan sufrir. — Éstas son las consideraciones á que obedece la disposición transcrita.

Pero no obstante los términos absolutos del artículo, puede presentarse dentro de él un caso de duda. — ¿Un menor de edad, sin representante legal, debe soportar, según la ley, el perjuicio que deriva de la perención, ó debe suspenderse ésta, por excepción, mientras no se provee al menor de legítimo representante?

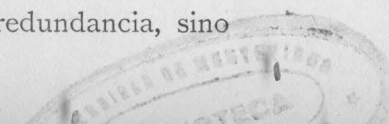
Si se considera que el legislador ha sometido al menor á perención, bajo la *condición* de que tenga recurso contra su representante, parece imponerse la suspensión, pues faltando el representante, falta la condición exigida. — Si por el contrario, se considera la disposición legal en términos absolutos y el recurso contra los administradores, no como condición necesaria, sino como mera consecuencia de la presunción legal que supone á todo menor debidamente representado, y como referencia por lo tanto á la obligación general de los administradores, entonces la suspensión de la perención parece deber desecharse.

Algunos tratadistas dicen, y es la opinión más común, que la ley es absoluta y no hace distinción alguna; que el recurso contra el administrador no está establecido como condición *sine qua non* de la aplicación de los rigores de la perención; y que la opinión contraria llevaría hasta sostener, con Pothier, que la perención no corre contra el menor cuando su tutor es insolvente. — Según ellos, la cláusula *salvo el recurso*, etc., usada como se lee en el art. 1317, no expresa condicionalidad del derecho

atribuído con la disposición á la cual se agrega, sino que es únicamente preservativa de otro derecho ó acción distinta, no pudiendo, del solo hecho de dejarse á salvo un derecho, inferirse presunta condición. Y además de eso, que la referencia es relativa á la responsabilidad general de los administradores; que la ley al hacerla, comete sólo una redundancia; que supone á todos los menores, representados en forma, y que cuando así no suceda, no deberá por eso suspenderse el curso de la perención, pues el perjuicio posible será ínfimo, desde que el derecho no se perjudicará por la caducidad de la instancia.

No obstante las razones aducidas en favor de la no suspensión por falta de representante, creo que debe admitirse en ese caso, por ser lo más conforme á la letra y al espíritu de la ley.

El art. 1317 hace mención expresa del recurso del administrado contra su representante; supone, á mi juicio, que éste existe, y de su existencia y de la responsabilidad anexa, hace en realidad condición indispensable para que se produzca la perención. — No parece ser lo cierto, que al mencionar ese recurso, sólo haya querido el legislador referirse á la obligación común de resarcir el daño producido por los administradores, y por lo tanto á una acción separada é independiente del cumplimiento de la perención, porque para tal objeto no era necesaria declaración especial alguna, bastando las máximas ya establecidas, que obligan en tal sentido á los administradores. — Lo lógico de presumir es que, cuando ha hecho mención expresa de ese recurso, relativo á los perjuicios resultantes de la perención, no ha sido incurriendo simplemente en repetición ó redundancia, sino



que su intención ha sido establecer, con tal cláusula, una condición necesaria para que la caducidad se produzca.

El espíritu de la ley apoya también tal solución.— Siendo el fin incuestionable de la perención, remediar el perjuicio que emana del abandono del juicio y castigar la negligencia culpable de las partes, ¿qué culpa puede imputarse al menor que nada pudo hacer por falta de representante? —¿Cómo se podría lógicamente deducir de su silencio forzoso la presunción de negligencia ó voluntario abandono? — Me parece indiscutible que faltaría toda base para fundar tal presunción, y por ende para establecer la continuación, en tal caso, de la perención ya empezada á producir; y creo, por lo tanto, que, por excepción, debiera admitirse, en el caso citado, la suspensión del término para la caducidad del procedimiento.— Ni las razones antes expresadas, ni las mismas consideraciones de orden público con que pretende desecharse la suspensión, son bastantes para fundar su negativa, puesto que, si bien el interés público puede exigir, en provecho común, la brevedad de los juicios, reclama, y con mayor fuerza, la defensa y la tutela de los intereses de los incapaces, para evitar que éstos puedan perjudicarse inmerecida y quizás irreparablemente, debiendo las exigencias de menor importancia, ceder, en consecuencia, en este caso, ante las de mayor peso.

VI

Los efectos de la perención en primera y ulteriores instancias son regulados por los artículos 1319 y 1320 de nuestro Código de Procedimiento Civil.— En uno y otro caso los efectos son distintos, según se verá más adelante.

El artículo 1319 dice:— La perención no extingue la acción, ni los efectos de las sentencias pronunciadas y ejecutoriadas, ni la prueba que resulte de los autos; pero anula la instancia.

La acción no se extingue nunca directamente.— Considérese la perención como derivante del tácito abandono del juicio, ó júzguesela una medida de orden público, destinada á castigar la negligencia de las partes y á impedir el prolongamiento indefinido de los juicios, es indudable que su efecto directo debe limitarse á la extinción del procedimiento, dejando á salvo la acción, que podrá proponerse nuevamente en otro juicio. Pero sino directamente, puede la perención perjudicar la acción indirectamente en algunos casos. Así la acción se extinguirá, si la prescripción á que se hallaba sujeta por derecho, se cumple durante el lapso de tiempo en que estuvo corriendo y se operó la perención, pues con la anulación del procedimiento, se anularán los efectos de la demanda inicial del juicio, uno de los cuales era el de interrumpir la prescripción (art. 1198 C. C., inciso 1.º, citado como nota del art. 1322 del C. de P. C.).— Conviene tener

presente aquí, que, según nuestro Código, si bien la perención se adquiere por ministerio de la ley, no por eso es de orden público. — Si lo fuera, no podría renunciarse y los jueces deberían declararla de oficio, como lo ordena la ley española, que como tal la considera. — Será, pues, necesario, para que la acción se perjudique en el caso citado, que las partes no hagan uso del derecho de renunciar á la caducidad operada de derecho. — El transcurso sólo del tiempo no bastará á perjudicar el derecho, pudiendo éste subsistir por renuncia del beneficio legal de la perención.

Puede también perjudicarse la acción, cuando la caducidad se produce en una instancia, en la que las partes tienen por fin impugnar una sentencia anterior; y á tal efecto se refiere el artículo 1320 del Código de Procedimiento Civil que legisla para los casos de perención en 2.^a ó 3.^a instancia.

El objeto directo y el efecto inmediato de la perención, es el de anular la instancia y con ella los actos de procedimiento. — Si las partes quieren reproducir sus razones, deberán reanudar el juicio, sin valerse del primer procedimiento, que por la caducidad operada, se considera extinguido. — Pero esa anulación de los actos de procedimientos, que es la consecuencia de la caducidad de la instancia, tiene su limitación razonable en la ley. — El artículo 1319 declara que no quedará destruída por la perención la prueba que resulte de autos, ni los efectos de las sentencias pronunciadas y ejecutoriadas.

En cuanto á la prueba resultante de autos se refiere, la ley es justa al declarar que no queda destruída por la perención. — Pocas consideraciones bastarán para justificar una tal aserción. — En efecto, si el juramento fué

prestado, si la inspección ocular se efectuó por el Juez, el silencio de las partes no puede destruir un documento adquirido en el juicio, como no destruye los adquiridos antes del mismo juicio. — Si un hecho fué confesado por la parte, declarado por los peritos ó por el Juez en inspección ocular, el abandono total del procedimiento por el tiempo necesario á la perención no puede por sí solo quitar al hecho confesado ó declarado su grado de presunta veracidad y su consiguiente facultad probatoria, ni influir de modo alguno sobre el valor de las deposiciones de los testigos.

En cuanto á los efectos respecto á las sentencias, están éstas destinadas á evidenciar y declarar los derechos de las partes: son la expresión de la verdad jurídica, y ésta no puede variar ni ser destruída por el silencio de las partes y la perención á que éste diere lugar.

Los efectos en 1.^a instancia son, pues, la anulación del procedimiento sucesivo, con excepción de las pruebas que resulten de él y de las sentencias pronunciadas en el curso del mismo, las cuales conservarán sus efectos y podrán hacerse valer en nuevo juicio, no obstaculizando esa anulación del procedimiento, el ejercicio ulterior de la acción, mediante una nueva demanda, salvo si la acción misma no se hubiere prescripto durante el curso de la perención.

Pero el abandono del procedimiento que, por tres años, da lugar á la perención, no empieza siempre en los primeros días del juicio; sucede á menudo que el juicio se abandona después que una ó varias sentencias han sido pronunciadas. — Los efectos entonces son distintos y están determinados por el artículo 1320 del Código de Procedimiento Civil. — Producida en 2.^a ó 3.^a instancia la

anulación del procedimiento, es evidente que la consecuencia debe ser otorgar fuerza de cosa juzgada á la sentencia apelada. Excluída la instancia caducada, no queda sino la sentencia impugnada, que debe adquirir el valor de cosa juzgada. — Tal es la regla; la perención no puede alcanzar en sus efectos á las sentencias que han resuelto la cuestión producida en juicio; por ella, la instancia termina, se transforma en *actio judicati*, es la expresión de la verdad jurídica, y no puede extinguirse, lo mismo que la acción que crea, sino por prescripción ordinaria. — Pero esa regla sufre excepción, según el mismo artículo 1320, cuando los efectos de la sentencia impugnada han sido modificados posteriormente por otra sentencia. — Tal excepción es la lógica y necesaria consecuencia del principio consignado en tesis general, de que la perención no extingue los efectos de las sentencias pronunciadas. — Establecer lo contrario, sería incurrir en contradicción, desde que, declarada con valor de cosa juzgada la sentencia recurrida, no obstante haberse modificado posteriormente, se aceptaría la perención producida contra los efectos de una sentencia pronunciada, de una *actio judicati*, de la que modificó la impugnada en sus efectos. — Es justo, pues, que esta sentencia posterior á la apelada, sea considerada al igual de aquélla cuyos efectos modifica, é impida que la perención se produzca contra sus dictados, que importan la determinación de la verdad jurídica, contra la cual no es admisible caducidad por abandono del procedimiento.

En cuanto á determinar cuáles sean las sentencias á que la ley se ha referido, es indudable que deben ser las interlocutorias, que modifiquen realmente los efectos de la impugnada; no basta la posibilidad de una futura

modificación, cual sería la que emanare de una interlocutoria ordenando prueba ó instrucción determinada; es necesaria la modificación ya hecha, como sería la producida por sentencia resolviendo un incidente de fondo, surgido de los dictados de la sentencia apelada. — Solamente entonces, existiendo tal modificación real, la perención de la sentencia recurrida está en la imposibilidad de producirse, pues si se operara, sería pasando por sobre una decisión judicial resolutoria de una cuestión de fondo que ha variado los efectos de la decisión anterior, y contrariando el principio de que las sentencias, como expresión de la verdad jurídica, no están sujetas á perención.

VII

El Código establece los efectos de la caducidad, según que ésta se produzca en 1.^a ó ulteriores instancias; pero el juicio puede no terminar ahí; puede, por excepción, llegar al recurso extraordinario, y se presenta entonces la cuestión de saber si en tal caso puede, según ley, producirse la caducidad del recurso, análogamente á lo que sucede con las instancias comunes.

El caso de duda se ha suscitado ante nuestros Tribunales, con motivo de un recurso paralizado durante siete años. — El auto que fijó día para la audiencia y vista del recurso, sólo se notificó á una parte. — La otra estaba ausente, y de ello dió cuenta el Secretario. — El Tribunal proveyó « vista á la parte », y en tal estado pasaron los

siete años de inacción, transcurridos los cuales, la parte se presentó solicitando se declarara la perención del recurso.

Nada hay resuelto en el Código para tal caso, y la parte que solicitó la perención, argumentó en favor de su pretensión diciendo: « La perención, dice la ley, se produce cuando pasen tres años sin que se haya hecho ningún acto de procedimiento, no extinguiendo la acción, ni los efectos de las sentencias pronunciadas y *ejecutoriadas*, ni la prueba que resulte de los autos, pero anulando la instancia

« El artículo 1316 es general y absoluto. Cuando pasan tres años sin que se haya hecho ningún acto de procedimiento, caducará la instancia. — Actos de procedimiento, lo mismo pueden existir en los recursos ordinarios como en los extraordinarios, y si aquéllos se anulan en sus efectos cuando se paralizan por culpa de las partes por más de tres años, con más razón procede la misma anulación en los recursos extraordinarios que se desenvuelven dentro de límites especialmente restrictivos.

« El Código de Procedimiento Civil prevé en el artículo 1319 el caso de que la perención de la instancia se produce habiendo ya en el juicio *sentencias ejecutoriadas*, así como en el artículo 1320 se refiere á aquel en que se trata de sentencia que no causa *ejecutoria*. — Habiendo *sentencias ejecutoriadas*, no cabe otra instancia que la última, á que da origen la introducción del recurso extraordinario, lo que pone bien de manifiesto que el legislador ha querido que la perención pueda alegarse en el juicio extraordinario de nulidad, y tan lo ha querido, que prescribe expresamente que, producida la perención, quedan firmes las *sentencias ejecutoriadas*. »

La parte tuvo que sofismar para encontrar argumentos en favor de su petición, y en mi opinión, se vió obligada á ello por haber pretendido buscar apoyo en las disposiciones expresas del Código, cuyo texto literal le era contrario. — Debió examinar el espíritu de la ley, haciendo abstracción de la letra, y entonces quizás hubiera hallado bases más sólidas para su argumentación. — La que produjo, está fundada en meras suposiciones y en interpretaciones extensivas de la letra del Código, contrarias á la misma. — Así, es evidentemente incierto que la intención de la ley, al declarar que, *producida la perención, quedarán firmes las sentencias ejecutoriadas*, haya sido autorizar á las partes para alegar la perención en el recurso extraordinario, como pretende la parte, que se deduce de la letra del Código. — Esa disposición se refiere, sin duda alguna, á las sentencias de primera ó segunda instancia, al menos en cuanto puede inferirse de la letra estricta de la ley, pues son las únicas que pueden ser seguidas de otra instancia, y ésta ser susceptible de caducar. — Pero quizás, como ya he dicho, interpretando el espíritu del Código, pueda hallarse base para fundar más racionalmente esa petición de caducidad del recurso.

La parte contraria en el recurso contestó solicitando la declaración de improcedencia de la perención, y argumentando con que se trataba de un caso extraordinario á que no se podían aplicar las disposiciones de los artículos 1316 y siguientes del Código de Procedimientos.

« En esas disposiciones » decía « se habla siempre de *instancia*, y es sabido que el recurso extraordinario de que se trata, por su naturaleza é índole, no causa lo que en derecho se llama instancia. — El artículo 1320 se refiere á la perención en 2.^a y también en 3.^a instancia;

pero ni éste ni ningún otro artículo dice una sola palabra sobre la perención en el caso de un recurso extraordinario.

« Cuando el artículo 1319, citado por la parte contraria, declara que la perención no extingue la acción ni los efectos de las sentencias pronunciadas y ejecutoriadas, se ha referido á las resoluciones que hayan podido recaer y que tengan este carácter en las instancias anteriores; y esto cabe en cualquier instancia, puesto que legalmente, y según el lenguaje de nuestro Código, no se llaman sentencias únicamente á las que resuelven definitivamente un pleito, sino también á las que deciden cualquier incidente, entre las cuales puede haber algunas de extraordinaria gravedad. »

Una y otra parte se han ceñido á la letra de la ley, y en esa virtud se ha visto una obligada á sofismar para fundar su pretensión, y ha encontrado la otra motivo para rechazar, legalmente fundada, la petición de caducidad.

Pero, dejando de lado la letra de la ley, que nos obliga á limitarnos á las llamadas *instancias*, y que en nada ayuda á resolver el caso, consultemos la sana razón, el espíritu legal, al establecer la institución, los fundamentos de ésta, la opinión de los autores, y la Jurisprudencia si la hay, y veamos si puede de ahí nacer una solución más lógica y fundada.

¿ Cuáles son los motivos determinantes de la perención, según la ley? ¿ Se presentan en este caso, de manera que autoricen la aplicación por analogía de las disposiciones sobre perención?

El primero, es decir, la inacción continuada, de que se infiere la presunción de abandono, existe aquí.—No se trata de un caso como los de casación francesa é italiana,

en que el rol de las partes se limita á esperar la decisión del recurso, sin tener ni el derecho ni la obligación de asumir personería en momento alguno, y en que, por lo tanto, el retardo que se produzca, no puede ser imputado á abandono de las partes, que ya para nada figuran en el recurso, sino á la desidia ó negligencia de los jueces.—No; en el caso actual se trata de un recurso en que las partes han podido y debido actuar para dar lugar á su prosecución y fallo, so pena de que se presuma la intención de abandonarlo.—El Tribunal no falla el recurso sino mediante trámites determinados que deben ser cumplidos por las partes; ¿ y no es perfectamente justo y lógico creer que, por la no ejecución de los actos indicados por la ley para la vista del recurso, manifiestan las partes tácitamente su voluntad de abandonarle?—¿ Y no es justificada, en caso de tan evidente abandono de trámites imprescindibles, la declaración de caducidad del recurso?

Ateniéndonos á la letra expresa del Código, el recurso extraordinario, que no es una instancia, no debería estar sujeto á caducar por perención; pero si se analiza ese mismo recurso, y se tienen en cuenta á la vez los fundamentos de interés particular y general que justifican la institución legal, la solución contraria parece imponerse como la verdadera.

Es indudable que el recurso extraordinario no es una instancia, con los caracteres distintivos que éstas tienen en la acepción común; pero es, en realidad, una revisión general de todo el juicio, una estación excepcional del mismo, que no obstante diferenciarse de las instancias por muchos conceptos, se asemeja á ellas por muchos otros, y principalmente en cuanto al punto discutido

atañe, lo que justificaría, en mi opinión, la aplicación á este caso de excepción, de la regla común de caducidad que el Código sanciona para las instancias comunes.

He hecho notar ya, cómo esa revisión general del juicio, en cuya tramitación deben asumir rol activo las partes, puede ser abandonada lo mismo que una instancia común, por la inejecución de los actos de procedimiento necesarios para llegar al estado de fallo. — El interés particular, pues, que se basa en el abandono de la causa, existe en el caso.

El interés general, otro de los motivos determinantes de la perención, ese interés del legislador en acortar la duración de los juicios, en aminorar el tiempo de incertidumbres, que son su consecuencia, no sólo existe también en el caso del recurso extraordinario, sino que está aumentado por tratarse de acordar fuerza de cosa juzgada á una sentencia que declara relaciones estables, que aquieta definitivamente diferencias, que ha sido la última posible en el juicio, y de la que, tan sólo se ha podido recurrir, por excepción, extraordinariamente. — Hay motivo en este caso para mayor diligencia de parte del legislador, pues es indudable que mayores garantías debe tener y mayores facilidades debe ofrecer una sentencia á la parte que la consigue, cuantas más presunciones tenga en su favor de ser la solución justa de la contienda surgida.

¿Y sería justo que pudiendo una sentencia apelada de 1.^a instancia, que puede, no obstante la presunción anexa de justicia, ser revocada en vía ordinaria, adquirir fuerza de cosa juzgada por caducidad de la instancia de apelación, que es un recurso ordinario, no pudiera adquirir tal fuerza una sentencia de 2.^a ó 3.^a instancia, que tiene

en su favor la presunción de justa, que nace de la confirmación y de la circunstancia de no autorizar la ley contra sus dictados, otro recurso que el extraordinario en caso excepcional, declarándose que ese recurso no está sujeto á caducar por abandono? — ¿Es lógico que el legislador, en el interés particular y general, sancione la perención de la apelación en tres años, tratándose de sentencia susceptible de revocación ordinaria, y no haga extensiva tal sanción al recurso extraordinario, en que subsisten y aun se acrecientan el interés general y particular, y tratándose de sentencia confirmada, que autoriza la ejecución inmediata, aun cuando se recurra, por excepción de ella? — Si eso fuera cierto, resultaría que quien ha conseguido tan sólo una sentencia en 1.^a instancia, está más favorecido por la ley, y puede conseguir la declaración de cosa juzgada á su favor, por el solo transcurso de tres años de inacción; mientras que quien tenga á su favor dos sentencias conformes, que lo habilitan para ejecutar inmediatamente, y de las que no puede ya recurrirse sino por excepción, no sólo no podrá conseguir la declaración de cosa juzgada por abandono del recurso en tres años, sino en ningún tiempo, quedando á merced de su contraparte, que podrá, de mala fe, eternizar el recurso, que no es susceptible de perimir.

Hay en esto envuelta una aberración que no es lógico suponer haya querido sancionar el legislador; y aun cuando la letra del Código, que limita la perención á los casos de instancias y no hace mención del recurso extraordinario, pueda autorizar á suponer que la intención del legislador ha sido excluir este recurso de los sujetos á caducar, resulta evidente, estudiados los orígenes de la institución en el Código, que tal suposición es infundada,

y que la duda proviene de un error del legislador, de una deficiencia fácil de explicar. Nuestras disposiciones legales sobre perención, han sido tomadas á la letra, de las que sanciona el Código de Procedimiento Italiano. — El legislador, que estimó conveniente el sistema italiano en materia de caducidad de la instancia, incluyó en el Código Oriental las disposiciones relativas, sin modificación alguna. — Así se incluyó, sin variación alguna, el artículo que limita á las *instancias* comunes la perención; y de ahí el defecto de nuestra ley, pues si razón tuvo el legislador italiano para excluir el recurso de casación, no la tuvo el nuestro para excluir el extraordinario.

Según el Código Italiano y sus más autorizados comentaristas, la perención no se puede producir en el recurso de casación, que equivale, en cierto modo, al extraordinario de nuestro procedimiento, porque no es una instancia.

Examinemos el verdadero motivo de la ley italiana para hacer tal declaración; estudiemos la acepción verdadera que á la palabra *instancia* dan los comentaristas de esa misma ley, y surgirá la consecuencia de que la exclusión del recurso de casación es perfectamente fundada, mientras que no lo es la del recurso extraordinario, que resulta hecha por nuestra ley al copiar sin modificación la ley italiana.

« La institución de la perención tiene por objeto estimular á las partes hacia la pronta definición de las litis; se dirige á impedir que éstas sean eternas; es una pena contra los retardos culpables, contra la negligencia de las partes en llevar á término las controversias judiciales. »

Así razona Mattiroló; y agrega: « De ninguna negli-

gencia, pues, ni de ningún retardo, puede culparse á las partes en casación, que no es instancia, es decir, que no exige trámites procesales á su cargo, dado que su obligación se limita á introducir el recurso, siendo los trámites posteriores independientes de su voluntad. »

Otro comentador, Borsari, explicando la misma exclusión, se expresa así: « En el recurso llamado de casación ante el Supremo Tribunal, no se produce instancia, pues no hay realmente procedimiento; el rol de los litigantes finaliza con la introducción del recurso, y en esa virtud ninguna negligencia posterior puede serles imputable para sancionar la caducidad del recurso por abandono. »

Las explicaciones citadas, idénticas á las expuestas en la relación gubernativa de principios legales y motivos del Código Italiano, bastan para convencerse de que si la ley italiana no admite la perención en el recurso de casación, lo hace fundadamente, porque se trata de un estado del juicio en que no hay procedimiento, en que las partes no tienen obligaciones activas que cumplir. — Es en ese sentido que la ley dice que tal recurso no es instancia. — No hay procedimiento; luego, las partes no pueden abandonarlo; y no procedería la perención por el solo retardo de los jueces en fallar.

La doctrina y la jurisprudencia francesa, al igual de la italiana, excluyen unánimemente el recurso de casación; y los fundamentos de tal exclusión son los mismos citados por los tratadistas italianos. — El recurso de casación francés no tiene tampoco procedimiento; el retardo en el fallo sólo puede ser imputado á apatía ó negligencia del Tribunal. — No puede caducar, pues, por abandono de las partes, que permanecen ajenas al recurso desde la in-

troducción de éste ante el Superior hasta el momento de la decisión.— Dalloz, Merlin y otros tratadistas, á la vez que fundan legalmente la exclusión del recurso de casación, constatan la uniformidad de opinión de los Tribunales en el sentido de que la caducidad no puede producirse en el caso. — Pero en nuestro Código, la disposición no se justifica como en el italiano y francés. — Nuestro recurso extraordinario es otra cosa distinta de los de casación italiano y francés; en el nuestro, como en el español, hay verdadero procedimiento, que puede, al igual de otros, ser abandonado por las partes, y las mismas razones que en el derecho italiano llevaron al legislador á negar la perención de la casación, debieron guiar al nuestro á declararla aplicable al recurso extraordinario, como lo ha hecho el legislador español respecto del recurso de casación, idéntico al de la ley nuestra. — El recurso extraordinario es una revisión general del juicio, con su procedimiento que debe cumplirse por las partes, y puede por ende ser abandonado; es, pues, según los comentaristas, una *instancia*, al efecto de caducar, por cuanto reúne los caracteres generales que justifican la perención. — Siendo así, ¿por qué no lo reconoce expresamente nuestro Código? — ¿La falta de disposición que consagra la perención en tal caso, revela la voluntad de excluirla deliberadamente ó debe tan sólo atribuirse á un descuido involuntario del legislador, que no ha tenido en cuenta, al copiar la ley italiana, las diferencias entre los dos recursos?

Paréceme evidente que sólo á involuntario olvido pueda atribuirse, puesto que la existencia en el Código de la disposición que la consagrara, estaría justificada, á mi entender, por las razones antes enunciadas.

La ley Española de Enjuiciamiento, legislando para un caso en realidad idéntico, hace mención expresa de la perención en el recurso de casación, y lo establece basándose en las mismas razones citadas, llegando hasta aminorar el plazo necesario para que ésta se produzca y reduciéndolo á un año, por tratarse de recurso excepcional contra sentencias firmes. (Art. 411, L. E. E.) — Nuestra jurisprudencia nada puede ayudar en la resolución de la cuestión, pues si bien se presentó años ha, un caso semejante, nunca fué resuelto por el Tribunal, por haberse puesto de acuerdo las partes en la prosecución del recurso. — Creo, en virtud de las razones aducidas, que el Tribunal fallaría en justicia, y de acuerdo con el espíritu general dominante en la materia, aplicando por analogía las disposiciones de perención de instancia y declarando caducado por abandono el recurso extraordinario; subsanaría así el olvido del legislador, é interpretaría su presunta voluntad de la manera más racional.

VIII

Caducado el juicio, nace de pleno derecho una excepción contra aquella parte que, no obstante la oposición contraria, se empeñe en continuarlo; excepción que se pierde si no se opone antes que toda otra defensa. — Ahora, se pregunta: ¿cómo se procede, si queriendo una de las partes aprovecharse de la perención ya operada y hacerla declarar, la contraria no intente continuar la instancia y así no dé lugar al proceso en vía de excepción,

de que habla la ley? — Supongamos que la acción prescribe si la instancia es declarada extinguida ó que convenga á la parte excluir el juicio pendiente con una decisión formal, para que desaparezcan algunos efectos de la *litis contestata*, como ser el transcurso de intereses ó la atribución eventual de frutos ó algún otro semejante; ó, tratándose de juicio en grado de apelación, convenga á la parte obtener la declaración de caducidad para proceder á la ejecución de la sentencia, á la que la perención de la instancia de apelación ha impreso el carácter de cosa juzgada. — Creo que en tales casos, el interesado en hacer declarar caducada la instancia, permaneciendo inactiva su contraparte, debe estar habilitado para solicitar la declaración, de *motu proprio*, en vía de acción.

La ley no lo declara expresamente, y se niega por algunos, por motivo que la perención, en el sistema de la ley patria, se opera de derecho; que presentar por iniciativa propia una demanda en el juicio, que se considera inexistente, implica, según ellos, una contradicción, y que tal petición tendría la facultad de hacer revivir la instancia, como si, omitida la excepción de perención, se produjese otra cualquiera defensa. — Pero esa opinión está desechada por la mayor parte de los tratadistas y por la casi unanimidad de la jurisprudencia. — Si á la parte conviene, perimida la instancia, excluir el juicio pendiente, y la contraparte pretende continuar el procedimiento perento, podrá hacerlo oponiendo la *excepción* de perención; pero si la contraparte calla, si no trata de continuar la instancia, su silencio, su inercia, no puede ser motivo eficaz, bastante para privar á la parte del beneficio que la ley le acuerda, de hacer declarar extinguido el procedimiento. — Ahora bien: si de tal beneficio no puede va-

larse la parte en forma de *excepción*, no puede la ley negarle la facultad de proponerlo en vía de *acción*.

Ni tiene tampoco valor en contra la excepción que se opone deducida de la circunstancia de operarse de derecho la caducidad. — El legislador debía resolver si el silencio de las partes, por sí solo, bastaba á producir la caducidad, ó si era necesario, para tal efecto, una petición formal y un procedimiento sucesivo, y declaró, aceptando el primer extremo, que la caducidad se operaba de derecho. — Esa disposición legal debe interpretarse en conformidad á los principios generales de derecho y á las normas que regulan las otras instituciones análogas; y así interpretada, no puede suponerse que importe la voluntad del legislador de quitar á la parte que quiere hacer valer la perención, el derecho de promover en vía de acción, ó sea por propia iniciativa, la relativa declaración. — Del mismo modo que no se discute la facultad de hacer valer la prescripción del derecho, ó la cosa juzgada, ó la nulidad del procedimiento, en vía de excepción ó en vía de acción, no debe dudarse del derecho de la parte en aprovecharse de la perención oponiéndola como excepción ó alegándola en vía de acción en caso de silencio de la contraparte. — Tampoco hay fundamento para objetar que la iniciativa en el juicio, al iniciar la demanda de perención, implique contradicción y haga revivir la instancia; pues en realidad, como dice un autor, «el que ha conquistado el derecho de oponer la perención, si, en el silencio de la otra parte, toma la iniciativa para hacer declarar extinguida la instancia, no resucita ya esa instancia; sólo la galvaniza por un momento, para hacer más espléndidas sus exequias.»

IX

La perención, como institución que se refiere á la instancia, participa de la naturaleza de ésta, y así como la instancia, aun cuando sean varios los litigantes, es siempre una é indivisible, la perención debe también serlo. — En consecuencia, el acto por el cual un co-litigante interrumpa la perención, tendrá la facultad de interrumpirla respecto de todos, y operada y alegada por el mismo, no tendrán derecho sus co-litigantes á continuar el juicio, aun cuando arguyeran su intención de no aprovecharse del beneficio legal.

El principio y las consecuencias derivadas no ofrecen duda cuando el objeto del juicio extinguido es indivisible; la jurisprudencia es unánime sobre ese punto y hace superfluo todo razonamiento. — Pero cuando la divisibilidad del objeto determina una separación en los intereses de los co-litigantes, hay quien ha encontrado motivo para dudar. — Si, por ejemplo, se dice, se demanda una suma, divisible por naturaleza, por varios acreedores, del mismo modo que la acción se divide entre ellos, debiera dividirse la instancia, que es el ejercicio de la acción, y en tal caso no sería absurdo que la causa que permaneciera viva para aquellos que hicieron algún acto continuativo del procedimiento, fuera declarada extinguida contra los

negligentes. — La solución citada, que hacía divisible la caducidad, se aceptó, según Dalloz, hasta después de la codificación francesa, por la mayoría de las Cortes y Parlamentos, y sólo después de largas controversias, prevaleció la jurisprudencia, que excluye en todos los casos la perención parcial; doctrina que no tiene en el día contradictores. — Para fundarla, básteme transcribir las palabras de un tratadista francés sostenedor de ella:

« ¿Por qué confundir la acción y el objeto de la misma con la instancia, que no es sino su ejercicio? Se comprende bien que la divisibilidad de la deuda es indiferente á la divisibilidad del procedimiento. — Cuando se trata de anular una instancia, la ley no se preocupa de la naturaleza de la acción; no considera sino una cosa: la necesidad de poner término al proceso; no quiere que se eternicen los procedimientos por lentitudes calculadas ó negligencia; y por eso permite que se declaren extinguidos cuando se produce en ellos una discontinuidad por un cierto tiempo. »

El objeto del juicio puede ser divisible, y divisible será también la acción correspondiente; pero la instancia con la que todos los co-litigantes proponen juntos sus razones, es siempre única; fué formulada é iniciada por un solo acto, dió lugar á un solo juicio, y debe, pues, ser indivisible. — Y además, si se aceptase la doctrina contraria, ¿no se desconocería el objeto que el legislador se ha propuesto conseguir con la perención? — ¿De qué valdría ésta, operada contra uno, si la instancia subsiste y puede proseguirse entre los demás co-litigantes? — Ninguna utilidad particular ni general justificaría la adopción de tal doctrina.

El mal á que habría querido poner remedio la ley, subsistiría igualmente, y sólo habría desplegado ésta un rigor inútil.

V.º B.º

GONZALO RAMÍREZ.

Por excusación ó impedimento del Decano.

V.º B.º

P. DE-MARÍA.