

# ***Subsistencia de la instancia cumplido el plazo de peren- ción***

*Reseña de un fallo plenario.*

*Por el Dr. SANTOS CIFUENTES(\*)*

**Q** ser absolutamente objetivo y no emitir opinión so-  
Civil de la Capital Federal, en el acuerdo plenario del 24 de  
bre el problema procesal abordado por la Cámara Nacional  
diciembre de 1962. Sólo se trata de sintetizar los argumentos y  
opiniones de los integrantes del tribunal; llegar a su esencia. Pero  
confieso que el título de esta aparentemente sencilla labor, me re-  
sultó difícil de escoger, por las razones que daré al final, a manera  
de explicación.

Cabe señalar que la Corte Suprema, ha adoptado la misma so-  
lución (Conf.: "D. L. L." del 7-8-963, fallo N° 50.674, T. 111, y  
"El Derecho" del 4-9-963, fallo N° 2.864, con nota de Lino Enrique  
Palacio), la cual es seguida por la justicia Nacional de Paz de  
la Capital (Conf. fallo plenario publ. en "L. L." T. 83-p. 74). La  
decesión que analizaré, fue dictada en la causa "Varela, J. c./  
Martorelli, T. y otros", y está publicada en Jurisprudencia Ar-  
gentina T. 1963-I, p. 267, y en "La Ley", T. 109-p. 88.

## I

La cuestión que se avocó el tribunal a resolver, fue redac-  
tada en la siguiente forma: "Si luego de producida la caducidad  
de la instancia, puede ésta quedar purgada y sin efecto en virtud  
de actos procesales posteriores, producidos con la conformidad o  
consentimiento de las partes antes de su declaración judicial".

De los 18 camaristas que intervinieron en el acuerdo, 7  
votaron por la negativa: los Dres. Santiago E. Foutel, Rafael M.  
Demaría, Antonio Collazo, Margarita Arguas, Abel M. Fleitas,  
Miguel Sánchez de Bustamante y Néstor Cichero, y 11 por la afir-  
mativa: los Dres. Mario E. Calatayud, José V. Martínez, Alfredo  
Navarro, Rodolfo de Abelleira, Guillermo A. Borda, Jorge Joa-  
quín Llambías, Roberto E. Chute, Jorge F. Fliess, Agustín M.  
Villar, Arturo G. González y Marcelo Padilla.

(\*) Subdirector de Práctica Forense; Profesor del 1er. Ciclo de la Escuela de Abo-

El Dr. Foutel, después de resaltar la importancia del asunto y señalar las Salas que habían aplicado doctrina jurisprudencial contrapuesta, adelantó que en su opinión el consentimiento de actuaciones posteriores es inoperante para redimir la perención. Expuso sintéticamente los argumentos de la postura contraria, y luego desarrolló los suyos para rebatirla.

1º) Comenzó comparando el art. 3 de la ley vigente (14.191), con el 3 de la anterior (4.550), para advertir las diferencias, pues en la derogada la perención no podía ser declarada de oficio, era necesario un pedido de parte y un acto del juez. Si bien se operaba de "pleno dercho", la nueva ley disipó las dudas del alcance de esta expresión, relacionándola con el deber del juzgado de declararla de oficio; por voluntad de la ley, según el debate parlamentario. De los 3 sistemas en boga (el español, francés e italiano), la 4.550 adoptó el último (ecléctico), y en la 14.191 gravitó el español: declaración de oficio, generación de pleno derecho y nulidad de las actuaciones posteriores. Dicha expresión "de pleno derecho", implica que la declaración judicial de la caducidad es un mero trámite que no disminuye, aumenta o transforma los efectos de la perención, producidos por el sólo transcurso del tiempo. El único acto imperativo que debe y puede efectuar el juez válidamente, es decretar la caducidad; el proceso ha muerto y los actos posteriores no lo pueden revivir. El deber impuesto por la ley al juez, puede generar responsabilidades, mientras que las partes tienen una facultad: pedir la declaración.

2º) Analizó el carácter de orden público que la ley acuerda al instituto, porque su fundamento radica en la liberación del órgano jurisdiccional, ante la posibilidad de una interminable tramitación; interesa más a la sociedad que a los individuos, por eso no cabe compararlo con la preclusión o la cosa juzgada. La preclusión, dijo siguiendo a Mercader, hace a la vida del proceso, lo protege contra una impugnación tardía, mientras que la perención funciona contra su existencia. Difícilmente se da el caso de cosa juzgada luego de verificarse el plazo de caducidad, dado el deber del juzgado en decretarla, y no es posible interpretar un texto legal tomando como base una presunta violación.

3º) El incumplimiento del juez, continuó, produce la nulidad de las actuaciones posteriores; la opinión parlamentaria debe tenerse en cuenta; las nulidades procesales son relativas cuando prima un interés de parte, y la perención se decreta en interés de la ley; las actuaciones posteriores no pueden revivir un proceso que ya no existe.

El Dr. Calatayud señaló que se trata de subsanar una omisión de la ley, que no prevé qué ocurre cuando transcurrido el plazo de caducidad los trámites continúan.

1º) Deben tenerse en cuenta los principios procesales que sigue nuestro derecho: el sistema dispositivo o de impulso a cargo de las partes y el carácter relativo de las nulidades, salvo cuando está en juego el derecho de defensa. Hay leyes procesales de interés privado y en caso de duda priva éste por ser el objeto mediato del proceso. El orden público impide la renuncia "para lo sucesivo" de la prescripción, pero no la "ya ganada", porque desde ese momento está en juego el interés privado, lo que es aplicable a la perención; que el juez pueda decretarla de oficio no importa que ella afecta al orden público; si las partes pueden reanudar el pleito, también pueden continuarlo.

2º) Dijo que si bien la ley española influyó en la argentina, se advierte en ésta una diferencia por influjo de la concepción privatidística que no ha podido ser sacada de raíz: la facultad de las partes de pedir la declaración de caducidad si no lo hiciera el tribunal. El incumplimiento del juez podrá acarrear responsabilidad, pero no la nulidad. Aceptando la convalidación se evitan regresiones en el procedimiento y promoción de nuevos juicios. La declaración judicial de la caducidad es constitutiva, y su necesidad destruye el argumento de que es simplemente "ope legis". Si por convenio de partes se puede prorrogar el plazo perentorio (art. 5, dec. ley 23.398/56), igual criterio cabe adoptar con la perención.

3º) Según los antecedentes parlamentarios la actuación posterior sería nula, pero la ley guarda silencio. De todas maneras, en derecho procesal los actos nulos producen efecto mientras la nulidad no sea declarada, y pueden ser confirmados por consentimiento expreso o tácito de partes.

4º) Por último, afirmó que, si no se ha ejercitado el reclamo subsidiario de las partes, o cumplido el deber del juez de declarar la perención, ante la nueva actividad se produce la preclusión "ipso jure", que cierra toda posibilidad de revisión, pues se está todavía ante un proceso. Una declaración tardía con efecto retroactivo al día que se operó la perención, a nadie beneficiaría y sería fuente de inseguridad jurídica, pues quedarían sin valor actuaciones útiles, amparándose al litigante de mala fe, que guardó solapadamente silencio.

El Dr. Martínez, de acuerdo con el Dr. Calatayud, agregó a modo de reflexión marginal que, los sostenedores de la tesis negativa, admiten un régimen de nulidades implícitas, pues la ley 14.191, ni ninguna otra, determina esa consecuencia, la cual no se concilia con normas expresas de la ley 14.237. Además, aquello de que el consentimiento de las partes no redime la perención, no debe ser llevado a sus últimos extremos, pues basta pensar lo que ocurre, cuando las partes no apelan la resolución del juez que desestima la perención.

Expuso ejemplos en que, aplicando la tesis del Dr. Foutel, se

pueden producir resultados desconcertantes y terminó explicando que el incumplimiento del juez, no siempre es una flagrante violación a la ley, dado que muchos actos pueden producir la duda acerca de si ha quedado interrumpido el plazo. No todo es cuestión de recuento cronológico, hay mucho de hermenéutica legal, a veces de casuismo; muchos expedientes deslizan su existencia en un tembladeral, acechada su validez por una caducidad de dudosa procedencia, pendiente de una interpretación, no siempre pacífica.

El Dr. Demaría volvió a hacer la comparación entre los arts. 3 de las leyes 4.550 y 14.191, transcribiéndolos, y afirmando que la solución de los Dres. Calatayud y Martínez conduciría a anular los efectos de la reforma. Transcribió también la opinión de los diputados Picerno y Labanco ("Diario Ses.", Diputados, junio 11 y 17/953), en cuanto explican el significado de las expresiones "pleno derecho" y "declaratoria de oficio". No puede negarse, continuó, que tales expresiones revelan un objeto concreto y determinado en la reforma. Además, la tesis contraria plantearía el siguiente interrogante: ¿Qué razón habría para no admitir la reapertura de la instancia, aún después de declarada la perención por el juez, si las partes están de acuerdo en hacerlo?

Los Dres. Collazo, Arguas, Fleitas y Sánchez de Bustamante, adhirieron a los votos de los Dres. Foutel y Demaría, agregando el Dr. Fleitas breves consideraciones reiteratorias y citando diversos fallos de jurisprudencia y doctrina.

Los Dres. Navarro y de Abelleira se adhirieron a los Dres. Calatayud y Martínez, agregando el Dr. de Abelleira que el criterio para interpretar los actos que importen consentimiento debe ser restrictivo, y que sólo produzca el efecto de la purga de la perención una voluntad inequívoca. En la misma forma votaron los Dres. Borda y Llambías.

El Dr. Chute opinó que la tesis amplia propugna una solución más justa, realista y práctica, que la restringida, la cual a nadie beneficia: ni al Estado ni a los particulares. Volvió a su primer punto de vista, pues en diversos fallos que citó de su sala, había seguido la postura que no admite la convalidación de la perención.

Los Dres. Fliess, Villar y González también votaron por la afirmativa, mientras que el Dr. Cichero adhirió a los Dres. Foutel, Demaría y Fleitas.

Finalmente, el Dr. Padilla explicó que la perención encierra 2 elementos: el transcurso del plazo sin actividad y la declaración judicial. Cuando no hay declaración con autoridad de cosa juzgada, la caducidad no produce efectos. Por ello, la expresión de que se opera de "pleno derecho" debe entenderse referida a los "efectos" y no a la "forma" en que se produce. Dichos efectos se

retrotraen pero nacen desde que se dicta la declaración judicial. La instancia es susceptible de recobrar su vigor en ausencia de pronunciamiento judicial, por consenso de las partes a actuaciones extemporáneas.

En la parte dispositiva, de acuerdo al resultado de la votación, se estableció como doctrina de aplicación obligatoria: trascurridos los plazos legales de la perención de la instancia, sin su declaración judicial puede aquélla quedar purgada, si con posterioridad al cumplimiento de esos plazos se producen actos procesales con la conformidad o consentimiento de las partes.

## II

He llamado a la cuestión resuelta en el acuerdo plenario: "subsistencia de la instancia cumplido el plazo de perención", porque "subsistir" implica "permanecer", "existir aún", "vivir" y si de leyes se trata, "estar en vigor". Se refiere la palabra, a la "estabilidad" de algo, su "permanencia". Según la doctrina que adopta el plenario, la caducidad no se opera cuando falta la declaración judicial y se produce actuación posterior consentida, en consecuencia, la instancia queda intocada, subsiste, y no hay perención, sino que sólo ha transcurrido su plazo, el que no se puede computar.

En cambio, no creo ajustado hablar de "convalidación de la instancia perimida", porque convalidar implica dar validez, y ello es innecesario ya que la instancia no ha dejado de tenerla, porque el procedimiento posterior al vencimiento del plazo, según la cámara, no es nulo. Tampoco hay instancia perimida, desde que no ha ocurrido la perención.

No es correcto referirse a la cuestión debatida con los vocablos "purga", "subsanción" o "redención". "Purgar", además de otros sentidos prosaicos y familiares, significa limpiar, purificar; "subsancar": disculpar una falta o delito, reparar un error, y "redimir": rescatar, ya sea un esclavo o un objeto empeñado, liberar. Pero aquí nada se limpia, resarce o libera. Decir que la perención queda convalidada o purgada, es lo mismo que pensar que era inválida o impura y se le da validez o purifica, cuando precisamente se trata de ver si ella no se aplica. En todo caso, es la instancia la purificada y la caducidad ha sido dejada de lado. Toda la cuestión gira alrededor de la eficacia del proceso y de la ineficacia de la perención. Pero más que de su actividad o fuerza, de su subsistencia o vida, vive el proceso, o vive la perención, aquél está muerto, caduco, y ésta se aplica, o no hay perención y el proceso continúa, sigue, no cae. Es fijarse poco en la termi-

nología empleada, hablar de "convalidación o purga de la perención cumplida", porque justamente se está diciendo lo contrario de lo que se quiere expresar. Se desea no darle efectos a la perención, excluirla del proceso, pero se dice que se la redime, subsana, purga o convalida. Además, no es la perención la cumplida, sino el plazo, porque aquélla, según la mayoría del tribunal, no fue declarada judicialmente.



**ADHESION DE N. N.**