

**"PERENCIÓN Y DESISTIMIENTO.
Cesación del efecto interruptivo de la prescripción
y subsistencia de la mora"**

por
Luis Moisset de Espanés

(Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año XXXI, 1991, N° 51, p. 65)

-
- I.- Introducción.
II.- Algo más sobre la perención y la mora.
 a) Autores que afirman que la mora cesa. Doctrina nacional.
 Doctrina extranjera.
 b) Autores que afirman que la mora subsiste.
III.- Desistimiento y mora.
IV.- Conclusiones.
Comentario

I.- **Introducción.**

En un trabajo anterior nos hemos ocupado de las diferencias entre la constitución en mora y la interrupción de la prescripción ¹, procurando destacar el hecho de que una demanda no notificada puede tener efectos interruptivos ², pero no resulta apta para constituir en mora al deudor ³.

En la parte final de ese trabajo afirmábamos que la perención de instancia priva a la demanda de efectos interruptivos pero, si ha sido notificada al deudor, esa interpelación da naci-

¹ "Constitución en mora e interrupción de la prescripción. Diferencias", Rev. del Col. de Abogados de La Plata, N° 49, año XXIX, marzo - diciembre 1988, p. 53.

² Trabajo citado en nota anterior, conclusión 2, p. 60.

³ Trabajo citado en nota 2, conclusiones 2 y 3, p. 60.

miento a una situación de mora que se independiza de la suerte ulterior del procedimiento ⁴.

Es cierto que la doctrina no es pacífica, por lo que volveremos sobre el punto, antes de ocuparnos de lo que sucede ya no en caso de perención, sino cuando ha mediado desistimiento de la acción.

Recordemos también que en nuestro derecho, en virtud de lo dispuesto por el artículo 3987 del Código civil, tanto el desistimiento como la perención hacen cesar la **interrupción de la prescripción**, lo que no sucede en el caso de las demandas deducidas ante juez incompetente, o nulas por defectos de forma (artículo 3986, Código civil), puntos en los que Vélez se apartó de lo dispuesto en el Código civil francés (artículo 2247).

II.- Algo más sobre la perención y la mora.

a) Autores que afirman que la mora cesa.

Doctrina nacional. En el trabajo que mencionamos más arriba, citábamos a SALVAT y CAZEAUX, como autores que opinaban que la caducidad de la instancia tenía como efecto la cesación del estado de mora en que se encontraba el deudor, sin extendernos en los fundamentos que dan en apoyo de su postura.

Como hay también otros eminentes tratadistas que participan de esa opinión, procuraremos reseñar sus puntos de vista.

En primer lugar SALVAT, en el parágrafo 110 de su obra de Obligaciones ⁵, se limita a mencionar la perención o caducidad de la instancia como una de las causas que producen la cesación de los efectos de la mora, citando en su apoyo a DEMOLOMBE y LAURENT ⁶, sin

⁴ Trabajo citado, conclusión 5, p. 60.

⁵ Hay quienes como BOFFI BOGGERO (Tratado de las Obligaciones, Astrea, Buenos Aires, 1973, T. II, p. 144, nota 11) y WAYAR (Tratado de la Mora, Ábaco, Buenos Aires, 1982, p. 396, nota 97) citan solamente la adición de GALLI al parágrafo 91 de la obra de SALVAT.

⁶ Raymundo M. SALVAT: "Obligaciones en General", 6ª ed. (actualizada por Enrique V. GALLI), ed. TEA, Buenos Aires, 1952, T. I, N° 110, p. 120 y nota 65.

extenderse más sobre el punto. Posteriormente GALLI, en su actualización de la obra de SALVAT, agrega un breve comentario al párrafo 91, que trata de los requerimientos judiciales, expresando:

"En cuanto a la interpelación producida por demanda o intimación, si en el juicio se opera la caducidad de la instancia, habrá que entender que los elementos de la constitución en mora han desaparecido".

En la nota 38 a), a las citas de DEMOLOMBE y LAURENT, agrega en su apoyo la mención de DEMOGUE, AUBRY y RAU, y GIORGI ⁷.

REZZÓNICO se limita a dar como ejemplo de "renuncia del acreedor a hacer valer la mora", la perención o caducidad de la instancia ⁸, sin justificar esta postura con ningún argumento.

COLMO ⁹ y LAFAILLE ¹⁰, a quienes a veces se ha citado como sostenedores de esta doctrina que ve en la perención de instancia un hecho que pondría fin a la mora, nada dicen sobre el particular en los párrafos que se invocan ¹¹.

En el Código Civil comentado y anotado que dirige BELLUSCIO y coordina ZANNONI, al tratar del artículo 508 se dice que el punto es discutido por la doctrina, resumiendo las dos posturas, sin tomar ningún partido ¹².

Quien más se ha esforzado en defender el efecto extintivo de la mora del deudor que tendría la perención de instancia, ha

⁷ Obra citada en nota anterior, N° 91, p. 106.

⁸ Luis María REZZÓNICO: "Estudio de las Obligaciones", Depalma, Buenos Aires, 1961, T. I, p. 143.

⁹ Alfredo COLMO: Obligaciones, 3ª ed., Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1961, N° 96, p. 75.

¹⁰ Héctor LAFAILLE: "Tratado de las Obligaciones", Ediar, Buenos Aires, 1947, N° 171, p. 166.

¹¹ Quien los cita en su apoyo es Pedro Néstor CAZEAUX, en el tomo I de la obra de Obligaciones escrita juntamente con Félix A. TRIGO REPRESAS.

¹² BELLUSCIO - ZANNONI: "Código Civil comentado, anotado y concordado", Astrea, Buenos Aires, 1979, T. 2, comentario al artículo 508, N° 11, p. 593. El comentario de este artículo ha sido efectuado por Jorge A. MAYO.

sido CAZEAUX ¹³. En primer lugar destaquemos que este distinguido profesor, al igual que GALLI, aclara bien que este efecto sólo puede tener lugar con relación a "la mora producida a consecuencia de la acción promovida", lo que significa reconocer que si hubo mora automática, o si medió una interpelación extrajudicial anterior a la demanda, la caducidad no alterará en nada la situación de mora en que se encuentra el deudor.

CAZEAUX fundamenta su opinión en argumentos de tipo procesal, afirmando que la perención de instancia, de acuerdo a la doctrina, produce la "anulación de todos los procedimientos". Distingue entonces los actos que se efectúan "en el procedimiento", de los actos de "procedimiento", considerando que los primeros tienen autonomía propia y no son invalidados por la caducidad, mientras que los segundos integran el litigio y pierden totalmente validez.

Remata su sólida argumentación manifestando:

"La constitución en mora, en la acción judicial, se opera por medio de la notificación de la demanda, si se trata de un juicio ordinario, o la intimación de pago, si se trata de un juicio ejecutivo. Ahora bien, tanto la notificación de la demanda como la intimación de pago son, evidentemente, actos de procedimiento, y por lo tanto caducan al producirse la perención".

La posición de los autores nacionales que hemos reseñado -salvo la de CAZEAUX, que da fundamentos procesales- se inspira sin duda en DEMOLOMBE y autores franceses e italianos que lo han seguido. Parece, por tanto, conveniente recordar lo que ellos dicen.

Antes de concluir este punto deseamos, sin embargo, plantear un interrogante: ¿la renuncia tácita a la instancia, que surge

¹³ Pedro N. CAZEAUX y Félix A. TRIGO REPRESAS: "Derecho de las Obligaciones", ed. Platense, La Plata, 1969, T. I (redactado por Cazeaux), p. 159 y ss.

de la inactividad de las partes, y se sanciona con la perención, puede tener efectos más graves que el desistimiento?

Doctrina extranjera. DEMOLOMBE es quien más ardorosamente ha sostenido que la caducidad de la instancia provoca la cesación de los efectos de la mora ¹⁴, pero no lo ha hecho fundado en razones de tipo procesal, sino en la "renuncia tácita que puede inferirse de la inactividad del acreedor, cuando "desiste", o cuando "deja perimir la instancia", y llega a esta conclusión por aplicación analógica del artículo 2247 del Código civil francés, que corresponde al artículo 3987 de nuestro Código, y considera "no sucedida" la **interrupción** de la prescripción en los casos de demandas nulas por vicios de forma, desistimiento y perención de la instancia.

Remacha su argumentación afirmando que el acreedor que desiste de su demanda, o la deja perimir, no puede ignorar que "quedarán totalmente privada de efectos, como si hubiese sido nula por defectos de forma, o rechazada sin ninguna reserva".

Entre los autores franceses se citan opiniones coincidentes como las de AUBRY y RAU ¹⁵ y DEMOGUE ¹⁶, y también la del belga LAURENT ¹⁷.

Aubry y Rau, en realidad, nada dicen. Como hemos escrito estas líneas en los primeros días de enero de 1990, y todas las

¹⁴ C. DEMOLOMBE: "Cours de Code Napoleon", T. XXIV, N° 538.

Para este autor no solamente la caducidad de la instancia, sino también el hecho de que la demanda sea promovida ante juez incompetente, o sea nula por defectos de forma, harían que la interpelación judicial dejase de producir efectos moratorios.

¹⁵ AUBRY y RAU son citados por Galli, como si sostuviesen esa postura en el tomo IV, parágrafo 165; pero ese parágrafo no está en el tomo IV, de la 4ª edición (que es la que se consulta en la obra de Salvat).

Tampoco hemos hallado nada en la página 165, ni el parágrafo 365, donde buscamos por si hubiese alguna errata de imprenta.

Por su parte WAYAR menciona el parágrafo 308, p. 97 y ss., donde efectivamente se trata el tema de la mora, pero nada hemos encontrado allí sobre la cesación de sus efectos por perención de la instancia. Solamente hay un párrafo, al concluir la página 99, donde se dice que: "la mora es purgada o, en otros términos, queda sin efecto, cuando el acreedor renuncia expresa o tácitamente a ella".

¹⁶ DEMOGUE (citado por Galli), tomo VI, parágrafo 244.

¹⁷ LAURENT (citado tanto por Salvat, como por Galli), tomo XVI, N° 246.

bibliotecas universitarias se encuentran cerradas por vacaciones, no hemos podido verificar las citas de Demogue y Laurent.

GIORGI, en Italia, cuando estaba en vigencia el Código de 1865 que seguía de cerca al modelo francés, consideraba también como renuncia tácita a los efectos de la mora el abandono del proceso ¹⁸. Los argumentos que da para fundar su posición reproducen casi literalmente los expuestos por Demolombe, pero señala en nota que en contra de esa opinión se habían pronunciado Chironi y Padoan ¹⁹.

Sancionado en 1942 el nuevo Código civil italiano, las cosas han cambiado; en efecto, ahora ya no puede recurrirse por analogía a las normas sobre interrupción de la prescripción para afirmar que la mora se extingue, porque el último párrafo del artículo 2945 dispone que "si el proceso se extingue, queda firme el efecto interruptivo...".

b) Autores que afirman que la mora subsiste.

En la doctrina nacional, a partir de la década del sesenta, se apunta una reacción y comienza a insinuarse la idea de que la caducidad de la instancia no pone fin al estado de mora.

BORDA, luego de recordar que la jurisprudencia reconoce el mantenimiento de los efectos de la interpelación judicial, aunque la demanda hubiese sido deducida ante juez incompetente, o presentase defectos formales, porque la invalidez procesal de tales actos no impide que en ellos se haya mostrado "inequívoca la voluntad del acreedor de reclamar el pago, lo que basta para la constitución en mora", afirma que por iguales motivos "el deudor debe

¹⁸ Jorge GIORGI: "Teoría de las Obligaciones" (trad. al castellano), Reus, Madrid, 1928, T. 2, N° 79, p. 118: "Por último, un modo tácito de renuncia que no debe permanecer inobservado, es el abandono en que el acreedor deja los actos procesales, por medio de los que había hecho la interpelación".

¹⁹ Autor y obra citados en nota anterior (ver nota 3 de la p. 118)

reputarse en mora por más que haya caducado la instancia en el juicio en que se produjo la interpelación" ²⁰.

LLAMBÍAS sigue el mismo camino, primero en su "Estudio sobre la mora" ²¹, y luego en su Tratado ²², afirmando que "la deserción de la instancia puede frustrar las consecuencias procesales de la demanda incoada pero no puede hacer que la voluntad del acreedor no se haya manifestado", y que "para anular el efecto moratorio de esa voluntad sería menester un texto expreso, como el artículo 3987 relativo a la prescripción, que aquí brilla por su ausencia".

Estos argumentos van a convencer a la mayoría de los autores que luego se han ocupado del tema.

Adviértase, en primer lugar, la inaplicabilidad de la doctrina francesa en nuestro país, en especial por las diferencias que existen entre el sistema francés y el nuestro en materia de interrupción de la prescripción, ya que aquí se acepta la validez de las demandas interpuestas ante juez incompetente, como también de las nulas por defectos de forma. Esta diferencia impide que se pueda recurrir a la aplicación analógica que esgrimía Demolombe ²³. Y todos los tribunales argentinos aceptan que en esas hipótesis, aunque haya que intentar una nueva acción, por la invalidez procesal de la primera, ¡la interpelación judicial mantiene efectividad!
²⁴.

²⁰ Guillermo A. BORDA: "Tratado de Derecho civil argentino - Obligaciones", 2ª ed., Perrot, Buenos Aires, 1967, T. I, N° 54, p. 58.

²¹ Jorge Joaquín LLAMBÍAS: "Estudio sobre la mora en las obligaciones", Perrot, Buenos Aires, 1965, N° 38, p. 62.

²² Jorge Joaquín LLAMBÍAS: "Tratado de Derecho civil - Obligaciones", Perrot, Buenos Aires, 1967, T. 1, N° 110, p. 125.

²³ Resulta interesante señalar que los tribunales de Quebec, aplicando un Código que en materia de interrupción de la prescripción en su artículo 2226 reproduce casi literalmente al artículo 2247 del Código civil francés, han sostenido "in re" Gagnon c/ Seguin (1952), que "la interpelación judicial establece claramente la voluntad del acreedor de exigir el pago. La nulidad de los procedimientos emprendidos, por vicios de forma, no afecta la validez de la constitución en mora" (ver Jean Louis BAUDOIN: "Les Obligations", Montreal, 1983, N° 696, p. 386, texto y nota 18).

²⁴ Ver fallos reseñados en el Código civil anotado, de Jorge Joaquín LLAMBÍAS, Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1979 (T. II - A, artículo 509, N° 64, p. 107).

Mal puede afirmarse, entonces, que la "nulidad de los actos de procedimiento", producida por la perención de instancia, priva a la interpelación de efectos -como sostiene Cazeaux-. cuando en los otros casos, pese a la invalidez de esos procedimientos, se admite la subsistencia de efectos de la interpelación judicial.

Es que, en el último de los casos, estaremos frente a una hipótesis de lo que se ha llamado "conversión de los actos nulos o anulables"; esa interpelación no valdrá como "acto procesal", pero sí tendrá efecto como "interpelación extrajudicial" ²⁵, de manera similar a un testamento cerrado afectado de nulidad, que puede valer como testamento ológrafo, si está íntegramente escrito, firmado y fechado de puño y letra del testador.

Hay, pues, un vuelco en la opinión de nuestros autores y, a partir de ese momento, casi toda la doctrina acepta que la perención de la instancia no produce la cesación de la mora. En tal sentido podemos citar las obras de GAGLIARDO ²⁶, BOFFI BOGGERO ²⁷, ALTERINI - AMEAL - LÓPEZ CABANA ²⁸, GIL IGLESIA ²⁹ y WAYAR ³⁰.

Cabe anotar, sin embargo, que ninguno de estos autores se plantea el problema del desistimiento.

III.- Desistimiento y mora.

²⁵ En igual sentido LLAMBÍAS, trabajo citado en nota 21, nota 126, p. 63.

²⁶ Mariano GAGLIARDO: "La mora en el derecho civil y comercial", Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1979, N° 25, D, p. 24: "La perención de instancia no deroga los efectos de la constitución en mora ya producida ...".

²⁷ Luis María BOFFI BOGGERO: obra citada en nota 5, T. 2, N° 424, p. 144.

²⁸ Atilio A. ALTERINI; Oscar J. AMEAL; y Roberto M. LÓPEZ CABANA: "Curso de Obligaciones", Abeledo - Perrot, Buenos Aires, 1976, T. I, N° 418, p. 196.

²⁹ Roberto A. GIL IGLESIA: "Derecho Civil - Obligaciones", ed. La Justicia, Buenos Aires, 1982, T. 1, p. 204.

³⁰ Ernesto Clemente WAYAR: Obra citada en nota 5, p. 386.

Días pasados, al ordenar mis papeles, encontré el resumen del fallo de un tribunal entrerriano, publicado en Zeus, que había marcado porque me pareció que merecía un comentario ³¹. Se expresaba en ese sumario:

"El desistimiento del juicio con el alcance previsto en el artículo 292 del C.P.C. provoca la pérdida de eficacia de los actos procesales en sí, pero conservan su valor en cuanto hecho idóneo y válido por parte del acreedor para constituir en mora al obligado, ya que traducen inequívocamente la intención de reclamar el cumplimiento de la prestación. Por lo tanto, el desistimiento del proceso no resta valor ni produce la cesación de la mora, la que conserva su plena eficacia".

La solución no solamente es acertada, a nuestro entender, sino que -curiosamente- ¡coincide con la preconizada por ... SALVAT !

En efecto, si releemos su obra veremos que el maestro sostenía que "la mora se produce desde la intimación de pago hecha al deudor en el juicio ejecutivo, **aún cuando después se haya desistido** de éste para iniciar el juicio ordinario" ³², e ilustraba la hipótesis con un fallo de la Cámara Civil 1ª de la Capital, del 6 de junio de 1923, publicado en Gaceta del Foro 44 - 357.

La solución es correcta, pero: ¿no hay cierta contradicción en afirmar que la perención, basada en una renuncia "tácita", priva de efectos a la interpelación, mientras que el desistimiento, que es una renuncia "expresa", no lo hace? Sin embargo este hecho no le llamó la atención a SALVAT. Tampoco a GALLI, que agregó un comentario, de acuerdo al cual la mora subsistiría "cualquiera sean

³¹ "R. Celesia SACIT y M. c/ Rodríguez, A.", Cam. Concepción del Uruguay, sala Civil y Com., 21 de agosto 1982, Zeus, reseña 3802, T. 30, R - 14. El subrayado es nuestro.

³² Obra citada, N° 90. p. 105.

los defectos de que adolezca una demanda en juicio dirigida al cobro de su crédito" ³³.

Si SALVAT y GALLI fuesen fieles a la línea interpretativa que sustentan, deberían extender la aplicación analógica del artículo 3987 a los casos de desistimiento y a todas las demandas defectuosas, como lo hacía su inspirador, DEMOLOMBE.

Pero, ¿hay acaso en la inactividad que provoca la perención elementos como para extraer la conclusión de que se ha querido renunciar al "derecho"? Y, la situación de mora, ¿no es integrativa del "derecho sustantivo"?.

Resulta también curioso que el debate se haya centrado doctrinariamente sobre los efectos de la perención, sin que las partes puedan ilustrar sus posiciones con fallos de los tribunales, y que muchos autores permanezcan callados sobre lo que sucede con la mora en el caso de desistimiento, problema que ha sido ventilado en varias oportunidades.

Sin embargo creo que merece destacarse que LAFAILLE, a quien se cita erróneamente como si afirmase que la perención pone fin al estado de mora, refiriéndose a la interpelación judicial sostiene que:

" ... la finalidad principal de la diligencia que consideramos consiste en despertar la atención del deudor, no tan sólo en poner de manifiesto la actividad del acreedor, por lo que no bastaría con presentarse ante la autoridad, desentendiéndose de la ulterior notificación. Nada impide, por el contrario, que el efecto se produzca, tanto con las demandas ante juez incompetente o nulas por vicios de forma... como por cualquier gestión ante el tribunal, aunque no asuma el carácter de una "demanda", en el sentido técnico de la palabra" ³⁴.

³³ Obra y lugar citados en nota anterior.

³⁴ Héctor LAFAILLE: obra citada en nota 10, N° 162, p. 160.

Esto permite inferir que, si se hubiese planteado el problema, habría llegado a la conclusión de que tanto el desistimiento como la perención de instancia no hacían cesar la situación de mora.

Por nuestra parte entendemos que las mismas razones que nos han impulsado a sostener que la perención no extingue los efectos de la mora, son válidas para aceptar el acierto de los fallos que resuelven que el desistimiento tampoco los hace cesar.

IV.- **Conclusiones.**

1) La mora automática, y la constituída por interpelación extra judicial, no se ven afectadas por el desistimiento de la acción, ni por la perención de la instancia. Sobre este punto hay coincidencia en la doctrina nacional.

2) Las demandas presentadas ante juez incompetente, o nulas por defectos de forma, no solamente tienen efecto interruptivo en nuestro derecho, a diferencia de lo que sucede en el derecho francés, sino que también son aptas -pese a su invalidez como actos procesales- para constituir en mora al deudor.

3) El desistimiento de la acción no hace cesar los efectos de la mora.

4) La invalidez "procesal" de los actos, causada por la perención de instancia, no impide que la demanda notificada valga como "interpelación extrajudicial", operándose lo que técnicamente puede denominarse una "conversión".

C O M E N T A R I O

Podemos mencionar como casos resueltos por la jurisprudencia, en el sentido de que la perención de la instancia no borra los efectos de la constitución en mora, los siguientes:

E.D., 71 - 275, S.C. Buenos Aires, 2 de noviembre 1976, "Quiroga, Ángel c/ Petrocar S.A."

-La perención de instancia no produce la cesación de la mora del deudor, pues se trata de una institución de orden procesal que no puede desbordar sus efectos fuera del proceso sin una disposición especial en ese sentido.

J.A., 1977 - II - 531, Cam. Com. Capital, sala D, 23 agosto 1976, "Algas S.A. c/ Caruso Salvador"

-La mora constituye una institución sustancial, que prevalece sobre la contingencia procesal de la caducidad de la instancia.

-La mora impuesta por la comunicación de la voluntad del acreedor no queda invalidada por el ulterior decaimiento del medio -la instancia judicial- utilizado para transmitir esa comunicación al deudor.

-La notificación de la demanda constituye en mora al demandado (art. 509), sin que la caducidad de la instancia posterior la extinga.