

POSTULACIÓN Y FLEXIBILIZACIÓN DE LA CONGRUENCIA

(Su análisis con relación al Código Procesal Civil Peruano)

Por Mabel De los Santos

“La norma jurídica es un caso singular, es más importante su resurrección cotidiana que su nacimiento.” Juan Monroy Gálvez, Nota de presentación del Código Procesal Civil editado por el Instituto Peruano de Derecho Procesal Civil.-

SUMARIO: 1.- *Postulación y principios del procedimiento.*- 2 *El principio de congruencia.* 3.- *Planos en que se verifica la incongruencia.* 4.- *La flexibilización del principio de congruencia y las condiciones del debido proceso adjetivo.* 5.-*La flexibilización de la congruencia en el Código Procesal Civil Peruano.* 6.- *La congruencia con el material fáctico. Su flexibilización: el “factum superviens”.* 7.- *Algunas conclusiones.*-

1.- Postulación y principios del procedimiento

El moderno Código Procesal Civil Peruano constituye un sistema procesal privatístico –o dispositivo- con notas de publicismo –o inquisitividad, como también se lo ha denominado-. Esta afirmación conlleva la vigencia de determinados “principios del procedimiento”¹, entre los que destacamos a los fines del presente trabajo el principio de congruencia a que alude expresamente el artículo VII del Título Preliminar del Código.

Si bien el principio dispositivo prevalece en el proceso civil y el inquisitivo en materia penal, ni en materia civil existe disponibilidad absoluta, ni en materia penal indisponibilidad absoluta. Los fines del Derecho Procesal vinculados a estos tipos procesales han servido para que se identifique el tipo procesal dispositivo con la privatización y el tipo procesal inquisitivo con la publicización.

En el tipo procesal dispositivo predomina la voluntad de las partes, quienes no solamente fijan y determinan el objeto litigioso y aportan el material de conocimiento, sino que también tienen el poder de impedir que el juez exceda los límites fijados a la controversia por la voluntad de las

¹ Monroy Gálvez, Juan, “Introducción al proceso civil”, Tomo I, pág. 87, Temis, Bogotá, 1996.-

mismas. Por su lado, el tipo procesal inquisitivo impone el dominio de la actividad procesal al magistrado, quien no solamente dirige e impulsa el proceso, sino también promueve su iniciación y realiza los actos de investigación tendientes a la asunción del material de conocimiento.

Por otra parte y a modo de digresión cabe recordar la sabia y aún hoy vigente advertencia del maestro Clemente Aníbal Díaz² cuando destacara que para determinar con precisión el concepto de los tipos procesales dispositivo e inquisitivo, se hace necesario excluir nociones ideológicas extrañas a lo genuinamente procesal, para evitar el peligro de desnaturalizar los mismos tipos procesales. Las consideraciones fundadas en corrientes ideológico-políticas vinculan el “tipo procesal dispositivo” con los sistemas liberal-individualistas y el “tipo procesal inquisitivo” con las formas autoritarias de gobierno. Se trata de una concepción simplista que opone los principios liberal-individualistas de “libertad del individuo y prescindencia del Estado” a los principios jerárquico-autoritarios del Estado totalitario, como señalara con acierto Lascano.³

La referida concepción ideológica del sistema procesal ha dado lugar recientemente a una corriente de pensamiento -autodenominada “garantista”- que postula un sistema de procesamiento civil netamente dispositivo con fundamento en que la tendencia publicística del proceso civil constituye un “híbrido ideológico” (inquisito-dispositivo) “*que siembra gruesas antinomias en la dogmática y la normativa procesal*”.⁴ Sin embargo resulta evidente que **se confunde la técnica del proceso y su finalidad con consideraciones ideológicas ajenas al derecho procesal**.⁵

Constituye clara evidencia de la precedente afirmación la circunstancia de que la tendencia publicística del proceso civil

² Díaz, Clemente A., “Instituciones de Derecho Procesal”, Parte General, T. I, citado, pág. 339 con cita de Couture, “Trayectoria y destino...”, Estudios...T. I, p. 313 y sgtes.

³ Díaz, Clemente A., ob. Cit., con cita de Lascano, “Las ideas de Chiovenda y la nueva legislación procesal” en Revista de Derecho Procesal, año 1947, 1era. Parte, p. 349.-

⁴ Montero Aroca, Juan, “*I principi politici del nuovo processo civile spagnolo*”, con prefacio de F. Cipriani, Napoli 2002 y Benaventos, Omar, “Teoría General Unitaria del Derecho Procesal”, edit. Juris, Santa Fe, 2001, p. 7.-

⁵ Verde, Giovanni, “Las ideologías del proceso en un reciente ensayo”, Revista de Derecho Procesal italiana, 2002, pp. 676 y ss.

precisamente nace –conforme los estudios de Perelman⁶ y contrariamente a lo que sostienen los doctrinarios del “garantismo”- a partir del proceso de Nuremberg, vale decir, con la nueva concepción del Derecho y del proceso que surge con posterioridad a la segunda guerra mundial. Esa corriente de pensamiento importó una reacción contra el positivismo jurídico⁷ y se tradujo en una concepción del Derecho menos rígida y formalista, que asigna rango preferente a la solución justa del conflicto a través del rol activo del juzgador, quien para resolver los litigios ha de acudir a la metodología de los “tópicos jurídicos”⁸ a los fines de llegar a la solución más equitativa o más aceptable, aunque siempre tomando como marco de referencia a la ley.

Ahora bien, los sistemas procesales civiles vigentes en Perú y Argentina si bien son básicamente dispositivos contienen regulaciones inherentes al sistema inquisitivo, que se traducen en las normas que promueven el activismo judicial. Se trata fundamentalmente de disposiciones legales que atribuyen a los jueces poderes o facultades para esclarecer los hechos controvertidos, intentar la conciliación o reprimir inconductas procesales con la finalidad de asegurar la eficacia de la intervención jurisdiccional y la operatividad efectiva del derecho sustancial. De estos “poderes-deberes” del juez⁹, el que es objeto de mayores reparos por quienes postulan un sistema dispositivo puro es precisamente la iniciativa probatoria del juez y sus facultades con relación al contenido del proceso.

Sin embargo y tal como con clarividencia señalaba Esclapez con relación a los reparos opuestos a la iniciativa probatoria del juez, el peligro no reside en que el juez exceda sus funciones esclarecedoras, sino en que no las ejercite en la oportunidad que le señala la ley, vale decir, que por exceso de trabajo, formación, comodidad o indiferencia no haga uso de

⁶ Perelman, Charles, “La lógica jurídica y la nueva retórica” (Traducción de Luis Díez-Picazo), Civitas, 1988.-

⁷ Señala Perelman que “Los sucesos ocurridos en Alemania después de 1933 demostraron que es imposible identificar el derecho con la ley”.

⁸ Ganshof Van Der Meersch, “Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit”, pp. 51/52 y Viehweg, Theodor, “Topik und Jurisprudenz”, 1953.

⁹ “Poder-deberes” los denomina Clemente A. Díaz en su obra “Instituciones...” citada, T. II, vol. A, p. 210.-

estas atribuciones cuando la situación del pleito lo exige.¹⁰ Más recientemente ha señalado el maestro Morello la importancia del rol protagónico del juez, la flexibilización de los principios procesales y la actualización de los criterios de hermenéutica para liberar al proceso civil de estériles chalecos de fuerza, de manera que por su intermedio adquiera verdadera operatividad del derecho de fondo.¹¹

Ahora bien, en el régimen del Código Procesal Civil Peruano las excepciones al principio dispositivo son básicamente las siguientes:

- a) En cuanto al **trámite del proceso**: La potestad para proceder “ex officio” en la consideración de algunas cuestiones, tales como el pronunciamiento sobre su propia competencia (art. 35 Código Procesal Civil Peruano), sobre los presupuestos de admisibilidad de los actos procesales (vgr. art. 427 del C.P.C.P. –declaración de improcedencia de la demanda), para declarar nulidades de oficio cuando se hayan omitido actos esenciales (art. 176 “in fine” relativo a la declaración de oficio de nulidades insubsanables), entre otras.-
- b) Con relación a la **prueba**: los poderes del juez relativos a la dirección del proceso y contemplados como deberes de los jueces (art. 50 C.P.C.P.), especialmente las normas relativas a las denominadas medidas para mejor proveer que prevé el art 51 inciso 2º del C.P.C.P. y la potestad de disponer oficiosamente por decisión motivada e inimpugnable prueba de oficio cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción (ver art. 194 del C.P.C.P.).

En síntesis, existen normas que imponen el activismo judicial para determinados actos del proceso insertas en un sistema jurídico procesal privatístico. La finalidad de tales normas radica en la necesidad de asegurar la eficacia del proceso, facilitando la actuación del derecho sustancial.

¹⁰ Esclapez, Julio, “Los tres principios rectores del nuevo Código Procesal de la Nación y de la Provincia” en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, n° 22, p. 16.

¹¹ Morello, Augusto M., “La prueba. Tendencias modernas”, 2da. Edición, Abeledo Perrot, pág. 98.

Se entiende por activismo judicial, conforme Marcel Storme¹², el rol del juez que va más allá de la concepción esbozada por Montesquieu: “*cet être inanimé qui est la bouche qui prononce la loi*”¹³. Pero, como señalara Couture en unas conferencias dictadas en la Facultad de Derecho de París en la primavera de 1949, “*el juez no puede ser la boca que pronuncia las palabras de la ley, porque la ley no tiene la posibilidad material de pronunciar todas las palabras del derecho; la ley procede sobre la base de ciertas simplificaciones esquemáticas y la vida presenta diariamente problemas que no han podido entrar en la imaginación del legislador...*”¹⁴. De allí la relevancia del activismo judicial¹⁵ y de rol integrador de la interpretación judicial para alcanzar el dictado de sentencias justas que aseguren la paz social.

En los últimos años se ha puesto de moda contrastar el activismo de los tribunales con la restricción de sus poderes, sin embargo no cabe duda que el sistema que asegura un adecuado funcionamiento de la justicia civil es el que balancea, armoniza e integra adecuadamente ambos de manera de satisfacer el interés privado de los particulares de resolver su conflicto y, simultáneamente, el del Estado de hacer respetar el derecho objetivo como modo de alcanzar la paz social.¹⁶

2.- El principio de congruencia:

Se trata de un principio derivado del principio dispositivo y lo definiremos, siguiendo a Peyrano¹⁷, como la exigencia de que medie identidad entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o

¹² Storme, Marcel, “Role and status of the judiciary as a state power”, en “Essays on transnational and comparative civil procedure” (Scritti sul diritto processuale civile transnazionale e comparato) a cura di F. Carpi, M.A. Lupoi, Torino, 2001, pág. 42.

¹³ Montesquieu, “L’esprit des lois”, Lib. XI, cap.6.

¹⁴ Couture, Eduardo J., “Introducción al estudio del proceso civil”, Depalma, 1988, p. 70.-

¹⁵ Señala Storme que el origen de la expresión “activismo judicial” puede encontrarse en la Corte Suprema de Justicia Norteamericana, que ha sido calificada como “activista”. El activismo judicial ha sido definido por Mc. Dowell (in the “Oxford Companion to the Supreme Court of de United States”, 1992, p. 454) como “*the charge that judges are going beyond their appropriate powers and engaging in making law and not merely interpreting it. Against this position is placed the ideal of judicial restraint, which counsels judges to resist the temptations to influence public policy through their decisions and decrees*”.

¹⁶ Storme, Marcel, “Role and status of the judiciary as a state power”, en “Essays on transnational and comparative civil procedure”, Torino, 2001, p. 44,

¹⁷ Peyrano, Jorge W., “El procesal civil. Principios y Fundamentos, Astrea, 1978, p. 64.

sustantiva y lo resuelto por la decisión jurisdiccional que la dirima. Vale decir que la congruencia debe verificarse en tres planos: los sujetos del proceso, los hechos y el objeto del juicio (la pretensión o pretensiones deducidas). El Código Procesal Civil Peruano alude expresamente a la congruencia en el artículo VII del Título Preliminar bajo el rótulo: Juez y Derecho: *“El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”*.

El aforismo que reza *“ne eat iudex ultra petita partium”*, que poco más o menos significa que el juez no puede darle a una parte más de lo que ésta pide, tiene vigencia casi absoluta en el proceso civil. Monroy Gálvez la explica con la paradoja consistente en el hecho de que si bien el derecho procesal es de naturaleza pública, los derechos que en él se contienen son de naturaleza privada.¹⁸

Resulta evidente la conexión existente entre la congruencia y el principio dispositivo, pues si éste supone el señorío pleno de las partes sobre el proceso, el mismo se perdería si se permitiera al órgano jurisdiccional que, v.g. sopesara hechos no alegados por los litigantes o concediera cosas no reclamadas.¹⁹

Ahora bien, desde otro punto de mira es evidente también la íntima vinculación entre la congruencia y la garantía de la defensa en juicio, habida cuenta que si no se respetaran los términos de la pretensión, excediendo su objeto, involucrando en la *litis* a quien no ha sido parte o introduciendo hechos que no han sido materia de debate (y defensa) podría conculcarse la referida garantía tan cara al debido proceso adjetivo (*“due process of law”*).

Sin embargo ello no es siempre así en todos los casos y, en determinadas situaciones excepcionales corresponde acordar rango prevaleciente a un principio (o a alguna garantía) sobre otras para hacer eficaz la tutela jurisdiccional. Precisamente las excepciones legisladas al principio de congruencia tienen por finalidad suministrar instrumentos al

¹⁸ Monroy Gálvez, Juan “Introducción al proceso civil”, T. I, cit. Pág. 90.-

¹⁹ *Ibíd*em, p. 64.

juez para la correcta armonización de los principios y garantías vinculados al debido proceso. Pero además de los casos legislados –que analizaremos- el juez puede flexibilizar la congruencia cuando sea menester a los fines de cumplir con la garantía de la tutela efectiva en tanto con ello no resulte afectado el derecho de defensa. De hecho así se hace cuando en la demanda se supedita la cuantía del resarcimiento a lo que resulte de la prueba, permitiendo al juez cumplir con el principio de la reparación integral de la víctima. También cuando se reajusta oficiosamente un crédito con fundamento en la equidad.²⁰

3.- Planos en que se verifica la incongruencia.

Existe en una sentencia **incongruencia subjetiva** cuando la decisión jurisdiccional condena a quienes no son parte juntamente con quienes sí lo son (*incongruencia subjetiva por exceso*), u olvida condenar a quien corresponde hacerlo tanto como los incluidos en el fallo (*incongruencia subjetiva por defecto*) o condena a una persona distinta de la demandada (*incongruencia mixta*).²¹

Se verifica **incongruencia objetiva** cuando existe un desajuste entre las pretensiones formuladas en la demanda o reconvención y la decisión jurisdiccional que las dirime. En ese orden de ideas se configura incongruencia objetiva *por exceso* y, por consiguiente, resolución “**ultra petita**” cuando el órgano jurisdiccional concede más de lo reclamado.

La incongruencia será *por defecto* y dará lugar a una resolución “**citra petita**” si omite pronunciarse sobre alguna de las pretensiones deducidas y discutidas en el litigio. La incongruencia objetiva será mixta si se combinan ambos defectos en el pronunciamiento judicial.

Hay incongruencia objetiva “**extra petita**” cuando el órgano jurisdiccional otorga algo que no ha sido solicitado por las partes, vale

²⁰ La pesificación de las obligaciones en dólares dispuesta en la Rca. Argentina por ley 25561 provocó gran cantidad de reclamos judiciales de inconstitucionalidad de la normativa de emergencia, que en muchos casos fueron resueltos rechazando la inconstitucionalidad, pero reajustando equitativamente las prestaciones de oficio. (CNCiv., Sala F, 27/12/2002).-

²¹ Ibidem, p. 66.

decir, cuando no mediando pretensión se formula un pronunciamiento sobre un derecho y se condena a una prestación no requerida.

Finalmente existe **incongruencia respecto del material fáctico** cuando la sentencia de refiere a hechos no planteados por las partes (*por exceso*), cuando omite la consideración de hechos esenciales y probados (*por defecto*) y cuando se resuelve una cuestión distinta (*mixta*).

Finalmente cabe puntualizar que existe incongruencia en las sentencias dictadas por las Cámaras de Apelaciones cuando no se respetan dos expresiones del principio dispositivo en materia recursiva, a saber: la que resume el aforismo "*tantum devolutum quantum appellatum*" y la prohibición de la "*reformatio in peius*". También en apelación, como expresara gráficamente Calamandrei²² "*el nuevo examen del juez de segundo grado se ejercita sólo en cuanto las partes lo provoquen con su gravamen; en apelación, lo mismo que en primer grado, la mirada del juez se halla limitada, por decirlo así, por la mirilla del principio dispositivo y no está en condiciones de ver sino lo que las partes colocan dentro del campo visual contemplado desde esta estrecha abertura.*"

4.- El principio de congruencia y las condiciones del debido proceso adjetivo.

Los aspectos que constituyen condiciones del debido proceso adjetivo revisten los tres jerarquía constitucional: **1)** que medie **imparcialidad e independencia de los jueces**, condición que se vincula con el principio procesal de igualdad de las partes en el litigio, **2)** que todo litigante tenga **oportunidad adecuada de defensa y prueba**, vinculado al principio de contradicción y **3)** que la intervención jurisdiccional asegure la **tutela judicial efectiva en tiempo útil**, condición vinculada al principio de economía procesal (arts. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Sobre las dos primeras condiciones del debido proceso media coincidencia general entre los autores que distinguen los principios

²² Calamandrei, Piero, "Apuntes sobre la reformatio in peius" en "Estudios sobre el proceso civil", trad. Santiago Sentís Melendo, Bs., As., 1961, Omeba, p. 301.

procesales o “principios esenciales” de los “sistemas”, principios del procedimiento o principios de técnica constructiva, entendiendo que los primeros son las reglas básicas sin las cuales no existe debido proceso.

En cuanto a la “garantía de la tutela jurisdiccional efectiva”, la misma es de incorporación constitucional más reciente y responde a las últimas tendencias del Derecho Procesal Constitucional (cf. art. 6 del Tratado Europeo de Derechos Humanos, art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica y art. 15 de la Constitución de la Pcia. de Buenos Aires – Argentina-). El Código Procesal Civil Peruano le acuerda una relevante jerarquía en el artículo I del Título preliminar.

La referida garantía se encuentra estrechamente vinculada al principio de economía procesal y los principios de celeridad, concentración, eventualidad y saneamiento derivados, así como al principio de eficacia del proceso como instrumento para hacer operativo el derecho material.

Ahora bien, en la enunciación de las condiciones del debido proceso y su vinculación con los principios procesales esenciales entiendo que no corresponde incluir al principio de congruencia pues este último admite excepciones y en muchos casos debe flexibilizarse para asegurar la “tutela efectiva en tiempo útil” a que aludiéramos precedentemente, no obstante la relevante jerarquía que le reconoce alguna doctrina procesal como condición del debido proceso adjetivo. Sin embargo no puede negarse que su importancia deriva de la estrecha vinculación entre este principio procesal y el principio de bilateralidad (o garantía constitucional de la defensa en juicio) pues si la cuestión o los hechos no han sido materia de debate, prueba y contralor por la contraria, el juez afectaría la garantía de la defensa al pronunciarse sobre cuestiones o sobre hechos ajenos al proceso.

De lo expuesto se colige que **toda flexibilización del principio de congruencia tanto respecto de los sujetos, del objeto del proceso o de los hechos sólo es admisible en el litigio judicial si no se afecta con ello alguna de las condiciones del debido proceso antes enumeradas, vale decir, la defensa en juicio, la igualdad de las partes o la tutela efectiva en tiempo oportuno.**

Al respecto cabe recordar que *“el tiempo modifica los principios fundamentales igual que cambia las reglas del derecho”*²³ y que los valores predominantes en una sociedad y las concepciones vigentes sobre el modo de alcanzarlos incide en la jerarquía axiológica de los principios fundamentales. En el ámbito del proceso la modificación de la escala axiológica ha llevado a jerarquizar algunos principios procesales y a la flexibilización de los que no conducen siempre a la obtención de un proceso útil, así como a la armonización de los sistemas antagónicos con un criterio de eficacia.²⁴

5.- La flexibilización de la congruencia en el Código Procesal Civil Peruano:

Varias normas prevén excepciones al principio de congruencia que consagra el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil Peruano, a saber:

1) En cuanto al **objeto de la postulación**: Los artículos 683, 685 y 687 del C.P.C.P. contienen previsiones que permiten al juzgador disponer una medida distinta de la solicitada en tanto sea eficaz para acordar la protección cautelar pretendida.

En efecto, el art. 683 al referirse al proceso de interdicción, establece que el juez puede *“a petición de parte o excepcionalmente de oficio,...dictar...la medida cautelar que exija la naturaleza y alcances de la situación presentada”*.

El artículo 685 prevé que *“Cuando la demanda versa sobre el ejercicio abusivo de un derecho, puede el Juez dictar las medidas indispensables para evitar la consumación de un perjuicio irreparable”*.

Por su lado el art. 686, que contempla la protección del derecho a la intimidad, a la imagen y a la voz, establece que *“...puede el juez dictar la medida que exija la naturaleza y circunstancias de la situación presentada”*.

²³ **Ihering**, Rudolf, “Espíritu del derecho romano”, T. IV, Madrid, pág. 340/41.-

²⁴ **De los Santos**, Mabel, “Los valores en el proceso civil actual y la consecuente necesidad de reformular los principios procesales”, Jurisprudencia Argentina, T. 2000-I, pág. 752/761.-

En todos los supuestos referidos se consagra la facultad jurisdiccional de apartarse de una estricta concepción de la congruencia, concediendo algo diferente de lo solicitado, en tanto resulte eficaz a los fines pretendidos. Sobre el particular cabe recordar que la discrecionalidad del juzgador en materia cautelar es una de las notas características del proceso cautelar y, en general, de las tutelas de urgencia autosatisfactivas.

2) En cuanto a los **sujetos** de la pretensión formulada en la demanda la condena al tercero de intervención provocada configura un supuesto de flexibilización de la congruencia.

En ciertos casos de intervención obligada de terceros (ya sea el caso de denuncia civil: arts. 102 y 103²⁵ del C.P.C.P., aseguramiento de pretensión futura: art. 104 C.P.C.P.²⁶, llamamiento posesorio: art. 105, penúltimo párrafo, del C.P.C.P.²⁷ o llamamiento del tercero pretendiente) el juez puede condenar a quien no fuera originariamente demandado por el actor, importando ello una flexibilización de la congruencia respecto de los sujetos de la pretensión, que encuentra fundamento en razones de economía procesal.²⁸

3.- Con relación al **material fáctico** del proceso: cabe recordar que el mismo queda delimitado por los hechos afirmados por el actor como sustento de su pretensión y los sostenidos por el accionado como fundamento de sus defensas. Sin embargo por razones de eficacia y

²⁵ **Art. 102 CPCP:** Denuncia civil.- “El demandado que considere que otra persona, además de él o en su lugar, tiene alguna obligación o responsabilidad en el derecho discutido, debe denunciarlo indicando su nombre y domicilio, a fin de que se le notifique del inicio del proceso.” **Art. 103 CPCP.-** Trámite y efectos de la denuncia.-“...La sentencia resolverá, cuando fuera pertinente, sobre la relación sustancial entre el denunciante y el denunciado.”

²⁶ **Art. 104 CPCP.-** Aseguramiento de pretensión futura.- “La parte que considere tener derecho para exigir de un tercero una indemnización por el daño o perjuicio que pudiera causarle el resultado de un proceso, o derecho a repetir contra dicho tercero lo que debiera pagar en ejecución de sentencia; puede solicitar el emplazamiento del tercero con el objeto de que en el mismo proceso se resuelva además la pretensión que tuviera contra él. El llamamiento queda sujeto al trámite y efectos previstos en el artículo 103.”-

²⁷ **Art. 105 CPCP-** Llamamiento posesorio.-“ ...Si el citado no comparece, o haciéndolo niega su calidad de poseedor, el proceso continuará con el demandado, pero la sentencia surtirá efecto respecto de éste y del poseedor por él designado.”

²⁸ Monroy Gálvez, Juan, “Partes, acumulación, litisconsorcio, intervención de terceros y sucesión procesal en el Código Procesal Civil”, en “La formación del proceso civil peruano - Escritos reunidos”, Perú, 2003, p. 293/339.-

economía procesal se admite en algunos sistemas procesales la introducción de hechos sobrevinientes acaecidos durante el curso del proceso que sean relevantes para resolver el litigio (vgr. art. 163 inciso 6º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina).

El Código Peruano no prevé expresamente la introducción de hechos sobrevinientes a los fines de la sentencia de primera instancia, aunque sí lo legisla para la apelación contra la sentencia definitiva en los procesos de conocimiento y abreviados (art. 374 C.P.C.P.)

No obstante no hallarse expresamente legislado en el Código Peruano, el instituto resulta de utilidad para permitir el dictado de sentencias “actuales” con relación a los hechos de la causa. Es cierto que tratándose el proceso civil peruano de un “proceso por audiencias” la incorporación de hechos sobrevinientes resulta natural y regular –con respeto debido del contradictorio- en la audiencia de prueba.

Ahora bien, como vemos todos los supuestos legislados de extensión o flexibilización de la congruencia pretenden compatibilizar la disponibilidad de los derechos y la garantía de la defensa con la eficacia del proceso en el sentido que acuerde una tutela efectiva, en tiempo útil y sin gastos innecesarios.

Sin embargo, fuera de los supuestos legislados, existe una multiplicidad de situaciones que obligarán a los jueces a reflexionar sobre la necesidad de extender o flexibilizar la congruencia.

Veamos a modo de ejemplo el siguiente caso: Se promueve un juicio de desalojo por la causal de intrusión y de la traba de la litis resulta que el ocupante era inquilino del anterior propietario del inmueble, del que el actor era sucesor a título singular. En su respuesta el accionado agrega un contrato largamente vencido y solicita el rechazo de la demanda con fundamento en que ha desvirtuado el basamento de la pretensión de desahucio. Corrido traslado del documento al actor, éste admite la calidad de locatario que no le constaba al demandar, pero insiste en el desalojo pues el plazo del contrato se encontraba a todas luces vencido. En el caso relatado en primera instancia se resolvió que “aún cuando no cabe calificar al ocupante como intruso, su obligación de restituir resulta innegable por estar vencido el plazo contractual y no haber acreditado en modo alguno

las restantes circunstancias fácticas invocadas” y se sostuvo que no se violaba el principio de congruencia entre lo pretendido (el desalojo), lo discutido y lo resuelto, cuando el accionado ha ejercido plenamente su derecho de defensa en juicio y que otra solución importaba consagrar un exceso ritual manifiesto.²⁹

Sin embargo dicha decisión fue revocada por el tribunal de apelaciones por entender que no pudo discutirse una causal de desalojo distinta de la invocada en el inicio, so pena de violarse el principio de congruencia que debe existir entre lo pretendido y lo concedido. Tal circunstancia obligó al propietario del inmueble a iniciar una nueva demanda de desalojo por la causal de vencimiento de contrato, donde obtuvo sentencia favorable varios meses después.

En el caso es clara la colisión de dos valores: por un lado la seguridad jurídica que parece mejor satisfecha con un estricto apego a una interpretación rígida de la congruencia. Por el otro la eficacia del sistema judicial, que se traduce en la necesidad de resolver el litigio sin gastos o dilaciones evitables, en tanto el debate satisfaga razonablemente las exigencias de la defensa en juicio. Podría argumentarse en favor del ajuste estricto a la congruencia que el accionante pudo haber iniciado una medida preliminar para conocer el título en cuya virtud el accionado ocupaba el bien. Pero el no haberlo hecho no justifica el dispendio jurisdiccional para las partes y el tribunal de tramitar un nuevo pleito para dirimir la cuestión.

Si la naturaleza del proceso lo permite y el asunto ha sido discutido por las partes, no hay ninguna razón para negar la pretensión en la sentencia con el argumento de que no se involucró oportunamente en la demanda o que la causa que se invocó no se probó.³⁰

6- La congruencia con el material fáctico. Su flexibilización: el “*factum superviens*”.

²⁹ De los Santos, Mabel, “Los valores en el proceso...” citado, pág. 758.-

³⁰ Parra Quijano, Jairo, “El futuro del proceso civil”, ponencia presentada en las XV Jornadas Iberoamericana de Derecho Procesal –agosto de 1996- Libro de Ponencias, p. 462.

En cuanto al estricto ámbito de los hechos es sabido que el objeto de la prueba son los hechos afirmados por las partes y controvertidos, que sean conducentes a la pretensión o a la defensa. Vale decir que, como principio general, los hechos no afirmados por las partes no constituyen objeto de la prueba ni de consideración en la sentencia.

Sin embargo se admite como excepción la prueba del hecho no afirmado en el Código Procesal Civil de la Nación (Argentina) cuando establece que *“La sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos”* (cfr. art. 163 inciso 6º, último párrafo, del Código Procesal). El fundamento de la citada disposición estriba en razones de economía procesal y de eficacia de la sentencia que, sin embargo, en la práctica judicial son muchas veces soslayadas incurriendo en excesos formales, pues los jueces interpretan que la norma consagra una facultad discrecional y por tanto en muchos casos no hacen uso de la previsión legal.

Analicemos el ámbito de la norma:

1) **Constituye una “potestad” no discrecional del Juez:**

Se ha legislado la excepción como una facultad del juzgador en el sentido de los poder-deberes³¹ que prevé el régimen procesal, vale decir, no consiste en una facultad discrecional sino en una **potestad que debe ejercer el magistrado cuando se configuran las circunstancias previstas por la norma** y que se correlaciona con los “deberes” legislados en el artículo 34 inciso 5º y con los “deberes y facultades ordenatorias e instructorias” que consagra el art. 36 del Código Procesal. Vale decir, si con posterioridad a la oportunidad para invocar hechos nuevos en el proceso (hasta cinco días después de notificada la audiencia preliminar: art. 365 C.P.N.) sucede un hecho constitutivo, modificativo o extintivo de la cuestión que se ventila en el proceso y queda probado en los autos, el juez **deberá** hacer mérito del mismo en la sentencia pues así se lo impone el

³¹ Clemente A. Díaz denominaba a estas atribuciones judiciales “poder-deberes”, (Ob. Cit., T. II-A, p. 251).

art. 34 inciso 5º e) del Código Procesal y su deber genérico de asegurar la eficacia del debate y dictar sentencias “actuales”.

La hipótesis prevista por la ley permite la consideración oficiosa en la sentencia de algún hecho distinto de los invocados en los escritos de constitución del proceso, que resulta de la producción de las pruebas (vg. : el agravamiento del estado de salud de la víctima de un accidente de tránsito que se incorpora a través de la práctica de la pericia médica y que modifica esencialmente la entidad del daño y la naturaleza de la incapacidad que padece). Por supuesto en estos casos de actuación oficiosa habrá bilateralidad en la incorporación de este hecho al litigio pues la contraria tiene la posibilidad de ejercer el contralor de la prueba conforme las normas vigentes.

2) Sin embargo también las partes también pueden invocar hechos que consolidan o extinguen los derechos litigiosos durante el curso del proceso:

Así como la alteración oportuna de algunos de los elementos del proceso (sujetos, objeto o causa) no supone una variación o cambio de demanda, tampoco la invocación de un hecho que consolide, modifique o extinga el derecho que fundamenta la pretensión o la excepción.³² Si el hecho invocado con posterioridad al plazo para introducir hechos nuevos resulta relevante por su incidencia en la relación procesal, previo traslado con la contraria, el tribunal debe admitirlo previa comprobación de que no afecta la igualdad, el derecho de defensa, ni el principio de economía procesal (vgr. con una prueba engorrosa cuando todas están producidas). Generalmente se tratará de un hecho que resulte de una prueba documental o de fácil y breve comprobación. Interesa destacar para resolver sobre la admisibilidad de los hechos que consolidan o extinguen los derechos litigiosos durante el proceso la importancia de asegurar la bilateralidad previa a su admisión (cuando son invocados por alguna de las partes) y en el control de la prueba respectiva.

3) Requisitos para la admisión del hecho sobreviniente:

³² Fenochietto, Carlos E., “Código Procesal...”, T. I, pág. 600 n° 23: “Los hechos sobrevinientes y su influencia en la sentencia”, Astrea, 1999.-

- a) Cuando es considerado oficiosamente por el juzgador el hecho sobreviniente que resulta de la prueba -en los términos que establece el artículo 163 inciso 6º del C.P.C.-, el juez debe evaluar que en la incorporación del hecho en el proceso haya existido bilateralidad y contralor por las partes.
- b) Cuando fuere invocado por alguna de las partes es imprescindible escuchar a la contraria previo a resolver su admisión pues el planteo constituye técnicamente un incidente (cf. art. 180 C.P.C.). La parte al invocarlo debe ofrecer el medio de prueba que lo acredita (cf. Art. 178 C.P.C.).
- c) Si es menester producir alguna diligencia probatoria -porque el hecho no resulta de un documento ni de pruebas ya incorporadas-, debe respetarse la bilateralidad en el trámite de la prueba a realizar.
- d) El hecho invocado como sobreviniente no puede haber sido provocado unilateralmente por la parte.

Si el hecho hubiera sido producido por voluntad de la propia parte que lo invoca resulta evidente que dicha parte ha violado la prohibición legal implícita de alterar los hechos que constituyen materia del litigio y que dimana de los deberes de lealtad, probidad y buena fe que impone el régimen procesal.³³ De manera que la transgresión de ese deber no puede acarrearle beneficio alguno en el proceso.

Asimismo, cuando el hecho es provocado por la parte, ello importa en la generalidad de los casos un intento por variar las pretensiones deducidas o el título del reclamo ("*causa petendi*"), lo que resulta inadmisibles pues afectaría la garantía de la defensa en juicio.³⁴

³³ Peyrano, Jorge W., "Acerca de la prohibición legal implícita de alterar el estado de la cosa o derecho materia del litigio", ED, 163-859.-

³⁴ Así se ha resuelto en los autos "Schapire c/ Argentores" del 28/3/03 -Juzgado Nac. Civil n° 67- al establecer que "La norma del art. 163 inc. 6º, segundo párrafo, del C.P.C. antes citada ha receptado la doctrina del "*jure superveniens*" que, no obstante que la sentencia declarativa tiene efecto retroactivo a la fecha de interposición de la demanda, faculta al juez a considerar los aludidos hechos sobrevinientes que sin variar las pretensiones deducidas han consolidado o extinguido el derecho aplicable (cfr. CNCiv., sala E, 30/11/75, L.L., 1976-B, 276 y CNCiv., sala F, 27/10/80, J.A. 1981-III-642). Sin embargo ese hecho producido por la propia parte actora luego de contestada la demanda y que ha alterado las circunstancias fácticas existentes de manera unilateral, no puede ser aceptado pues importa admitir una modificación del planteo originario formulado en la demanda en cuanto a la "*causa petendi*", ha sido producido con la evidente finalidad de evitar que prospere la defensa de

7.- Algunas conclusiones:

A los fines de alcanzar la mayor eficacia en la actividad jurisdiccional es menester flexibilizar el principio de congruencia que rige entre lo postulado y lo decidido en la sentencia que dirime el conflicto, con el único límite de no afectar la garantía de la defensa.

El régimen procesal peruano contempla algunos supuestos de flexibilización del principio de congruencia, a saber:

En cuanto al **objeto** de la pretensión: La discrecionalidad judicial en el decreto que dispone medidas cautelares (arts. 683, 685 y 697 del C.P.C.P.).

En cuanto a los **sujetos**: la posibilidad de condenar al tercero de intervención provocada (denuncia del litigio: arts. 102 y 103 del C.P.C.P., aseguramiento de pretensión futura: art. 104 C.P.C.P., llamamiento posesorio: art. 105, penúltimo párrafo, del C.P.C.P. y llamamiento del tercero pretendiente).

En cuanto a los **hechos**: el Código no prevé la admisión de hechos posteriores a la etapa de postulación y antes de la sentencia de primera instancia, sin embargo del contexto no resulta que su incorporación sea inadmisibles en esa etapa si se trata de hechos relevantes. En ese orden de ideas, el artículo 374 inciso 1º del C.P.C.P. prevé la invocación y prueba ante el tribunal de apelaciones de hechos relevantes acaecidos después de concluida la etapa de postulación, cuando se interpone recurso de apelación contra la sentencia en los procesos de conocimiento y abreviados.

En caso que se incorpore en la sentencia un hecho de relevancia, acaecido una vez concluida la etapa de la postulación es imprescindible respetar la debida bilateralidad previo a decidir su admisión.

Si el hecho es invocado por alguna de las partes antes de la sentencia de primera instancia y durante la etapa probatoria, debe ofrecer el postulante la prueba respectiva, el juez debe oír a la contraria y para decidir sobre su incorporación corresponde evaluar que la prueba ofrecida

ausencia de legitimación activa y su admisión podría afectar seriamente la garantía de la defensa en juicio del demandado”.

no requiera trámites costosos o prolongados, pues de lo contrario podrían favorecerse conductas dilatorias o de mala fe.

Si fuere menester producir alguna diligencia probatoria específica - porque el hecho no resulta de un documento ni de pruebas ya incorporadas-, debe respetarse la bilateralidad en el trámite de la prueba a realizar.

El hecho invocado como sobreviniente no puede haber sido provocado unilateralmente por la parte que lo invoca.

Si bien existen excepciones contempladas por el régimen procesal peruano a la congruencia objetiva y subjetiva, seguramente los límites de este principio han de plantear interrogantes en la práctica jurisdiccional.

Señalaba Couture que *“...la ley procede sobre la base de ciertas simplificaciones esquemáticas y la vida presenta diariamente problemas que no han podido entrar en la imaginación del legislador, de manera que cuando la ley cae en el silencio...ese silencio está poblado de voces...”*³⁵.

En este trabajo sólo me he propuesto aportar una voz interpretativa del tema –siguiendo la metáfora de Couture- con la convicción que las conclusiones esbozadas serán enriquecidas con el debate y las disidencias que se formulen.

Recordemos también, parafraseando al maestro Monroy Gálvez en el texto transcrito como copete, que *“La norma jurídica es un caso singular, es más importante su resurrección cotidiana que su nacimiento. El código...ha expirado a poco de haber sido creado. Sin embargo, lo trascendente va a ser como será utilizado por jueces, abogados y practicantes; lo esencial es cuanta imaginación creadora va a ser puesta a su servicio; lo básico es cuánto esfuerzo intelectual permitirá que su articulado –que retrató una realidad reciente pero probablemente ya pasada- sea capaz de servir a una escena distinta”*.

Asimismo, en el diario ejercicio de la judicatura o de la abogacía tengamos presente este párrafo del Reglamento de los Tribunales elaborado por el General San Martín una vez concretada la expedición libertadora al Perú: *“...ninguno de los tres poderes que presiden la*

³⁵ Couture, Eduardo J., “Introducción al estudio del proceso civil”, Depalma, Bs. As., 1988, p. 70.-

organización social es capaz de causar el número de miserias con que los encargados de la autoridad judicial afligen a los pueblos cuando frustran el objeto de su institución”.-

-----MDS-----