

## LA FLEXIBILIZACIÓN DE LA CONGRUENCIA

Por Mabel De los Santos

Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Buenos Aires  
Magistrada

**SUMARIO:** 1.- El principio de congruencia como derivación del principio –o sistema- dispositivo.- 2 El debate planteado por quienes propician la adopción de sistemas absolutos (dispositivo o inquisitivo). 3.-El principio de congruencia. 4.- Planos en que se verifica la incongruencia. 5.- La flexibilización del principio de congruencia y las condiciones del debido proceso adjetivo. 6.-La flexibilización de la congruencia en el Código Procesal Civil de la Nación. 7.- La congruencia con el material fáctico. Su flexibilización: el “*factum superveniens*”. 8. El “*iura novit curia*” y la congruencia objetiva. 9.- La flexibilización de la congruencia en la práctica. 10.-Algunas conclusiones.-

### **1.- El principio de congruencia como derivación del principio –o sistema- dispositivo:**

El principio de congruencia constituye un principio derivado del sistema dispositivo y consiste en la exigencia de que medie identidad entre los sujetos, objeto y hechos de una pretensión principal o incidental y la decisión judicial que la dirime. El Código Procesal Civil de la Nación alude expresamente al mencionado principio en el art. 34 inciso 4° al incluir entre los deberes del juez el de “***fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia***”. También el art. 163 inciso 6° del mismo código, al indicar el contenido de la sentencia de primera instancia, alude al referido principio cuando establece que la sentencia definitiva deberá contener “***La decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio, calificadas según correspondiere...***”. La exigencia de cumplir con el principio de congruencia se establece asimismo para la sentencia de segunda instancia por expresa remisión del artículo 164 al referido artículo 163 del C.P.C.N.

Ahora bien, se intentará demostrar a través del presente ensayo que el principio de congruencia no es absoluto –no obstante su estrecha vinculación con la garantía de la defensa- y que en determinados supuestos debe admitirse su flexibilización, bajo determinadas condiciones, para no afectar otras garantías constitucionales y la finalidad misma del proceso judicial. Es cierto que la congruencia, más que de un principio jurídico, es un postulado de la lógica formal que debe imperar en todo orden de razonamiento, sin embargo ello no impide ciertas flexibilizaciones en la interpretación de algún elemento de la pretensión.

En síntesis: entiendo que la congruencia no constituye un principio procesal absoluto, vale decir, un principio cuya estricta observancia se vincule con las condiciones del debido proceso adjetivo, tal como fuera sostenido por la doctrina durante algún tiempo. En rigor se advierte que un ajuste estricto y absoluto a la exigencia de congruencia –que enuncia en su articulado el Código Procesal- sólo resulta compatible con un sistema dispositivo intransigente. Sin embargo ningún sistema procesal vigente en el país es dispositivo de manera absoluta. Tal como enseña Palacio, el principio dispositivo es susceptible de funcionar junto con las facultades concedidas a los jueces por el régimen procesal, siempre que el ejercicio de tales facultades no ocasione agravio al derecho de defensa ni comprometa la igualdad con que corresponde tratar a las partes. Como veremos esos son precisamente los límites a la potestad del juez de flexibilizar la congruencia.

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 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.

En los Códigos procesales vigentes se advierten notas de publicismo o activismo en las potestades otorgadas al juzgador para determinados actos del proceso insertas en un sistema jurídico procesal básicamente dispositivo. La finalidad de tales normas radica en la necesidad de asegurar la eficacia del proceso, facilitando la actuación del derecho sustancial.

Se entiende por activismo judicial, conforme Marcel Storme, 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”*. 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...*”. De allí la relevancia del activismo judicial 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.

Es por ello que, con particular referencia a la congruencia que exigen los Códigos Procesales, es menester que se la interprete de modo integrado con los restantes postulados del régimen procesal, para evitar caer en las concepciones rígidas que se advierten en alguna jurisprudencia y que perjudican el principio de eficacia del proceso y la garantía de la tutela jurisdiccional efectiva y oportuna.

## **2.- El debate planteado por quienes propician la adopción de sistemas absolutos (dispositivos o inquisitivos).**

Sostenía con clarividencia el maestro Clemente Aníbal Díaz 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. Basaba dicha afirmación en que 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.

Sin embargo, 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.

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*”. Sin embargo resulta evidente que se confunde

la técnica del proceso y su finalidad con consideraciones ideológicas ajenas al derecho procesal.

Constituye clara evidencia de la precedente afirmación la circunstancia de que la tendencia publicística del proceso civil precisamente nace –conforme los estudios de Perelman y contrariamente a lo que sostienen los doctrinarios del “garantismo” que lo vinculan al autoritarismo de los regímenes nazis- a partir del proceso de Nüremberg, 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 jurídico 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” 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 vigentes en la República 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 juez, 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 ejerce en la oportunidad que le señala la ley, vale decir, que por exceso de trabajo, formación, comodidad o indiferencia no haga uso de estas atribuciones cuando la situación del pleito lo exige.

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.

### **3.- El principio de congruencia:**

Se trata de un principio derivado del principio dispositivo y lo definiremos, siguiendo a Peyrano, como la exigencia de que medie identidad entre la materia, partes y hechos de una litis incidental o 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 y Comercial de la Nación alude al mismo en los arts. 34, 163 y 164 antes citados. Es que, en principio, 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

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.

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 juez para la correcta armonización de los principios y garantías vinculados al debido proceso.

#### **4.- 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*).

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 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 Calamandrei “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.”

##### **5.- El principio de congruencia y las condiciones del debido proceso adjetivo.**

Los aspectos que constituyen condiciones del debido proceso adjetivo revisten jerarquía constitucional. Si ellos no están presentes en el trámite del juicio habremos de concluir que no media debido proceso adjetivo. Tales condiciones del *“due process of law”* pueden ser sintetizadas, a mi modo de ver, en las siguientes: **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 (art. 16 C.N.), **2)** que todo litigante tenga **oportunidad adecuada de defensa y prueba**, vinculado al principio de contradicción (art. 18 C.N.) y **3)** que la

intervención jurisdiccional asegure la **tutela judicial efectiva en tiempo útil**, vale decir, cumpla con los principios de eficacia del proceso y de la 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 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-).

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. No puede negarse que la importancia de la congruencia 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 o si condenara a quien no ha tenido oportunidad de defensa y prueba.

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 o la igualdad de las partes.**

Al respecto cabe recordar que “*el tiempo modifica los principios fundamentales igual que cambia las reglas del derecho*” 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 jearquizar 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.

#### **6.- La flexibilización de la congruencia en el Código Procesal Civil de la Nación**

Varias normas prevén excepciones al principio de congruencia que consagra el artículo 34 inciso 4º del Código Procesal Civil de la Nación, a saber:

1) En cuanto al **objeto de la postulación**: Constituye una excepción legislada al principio de congruencia la discrecionalidad del juez en materia cautelar que prevé el art. 204 del C.P.C.N., quien puede disponer una medida cautelar distinta de la solicitada en tanto garantice suficientemente el derecho del solicitante de la cautela, sin causar perjuicio innecesario al afectado por la medida.

2) En cuanto a los **sujetos** de la pretensión formulada en la demanda configura un supuesto de flexibilización de la congruencia la reciente modificación del art. 96, tercer párrafo, del C.P.C.N. (ref. ley 25.488), que permite ejecutar la sentencia contra el tercero de intervención provocada (a quien el actor no demandó), en tanto no se invoquen restricciones en el trámite al ejercicio de la defensa por parte del tercero citado.

3.- Con relación al **material fáctico** del proceso, constituye una excepción a la congruencia la previsión contenida en el art. 163 inciso 6º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, que permite al juez hacer mérito en su sentencia de hechos no afirmados, producidos durante la sustanciación del juicio y que resulten de la prueba, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos. El análisis de la referida norma y sus posibilidades fácticas es el objeto del título siguiente.

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

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 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 6°, último párrafo, del Código Procesal). El fundamento de la norma 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 algunos jueces interpretan que la norma consagra una facultad discrecional y por tanto en muchos casos no hacen uso de la potestad que acuerda la ley.

Analicemos el ámbito de la norma y algunas conclusiones vertidas en un reciente trabajo:

1) **La norma consagra una “potestad” no discrecional del Juez:**

Se ha legislado tal excepción a la congruencia fáctica como una facultad del juzgador en el sentido de los poder-deberes 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 5° 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 art. 34 inciso 5° 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) **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. 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 analizando en cada caso si ello no afecta la igualdad, el derecho de defensa, ni el principio de economía procesal (vgr. si exigiere la práctica de una prueba engorrosa cuando todas están producidas) o el de moralidad (por constituir una mera maniobra dilatoria). Constituye un ejemplo la incorporación en un proceso de daños de una filmación de la víctima circulando en bicicleta, que evidencia que superó el grado de discapacidad que la afectaba al momento de practicarse la pericia médica y que obliga a realizar un dictamen pericial ampliatorio.

Interesa destacar que para resolver sobre la admisibilidad de los hechos que consolidan o extinguen los derechos litigiosos durante el proceso es importante asegurar la bilateralidad previa a su admisión (cuando son invocados por alguna de las partes) y en el control de la prueba respectiva (tanto cuando se los merita oficiosamente –art. 163 inc. 6º- como cuando son introducidos por alguna de las partes).

### 3) Requisitos para la admisión del hecho sobreviniente:

- 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. 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.

### **8.- El “iura novit curia” y la congruencia objetiva:**

En términos generales el principio “*iura curia novit*”, conforme el cual corresponde al juez calificar la relación sustancial y determinar las normas que la rigen de manera que puede prescindir de la fundamentación jurídica efectuada por las partes o resolver en contra de la opinión de estas últimas, constituye la vía de flexibilización de la congruencia objetiva en numerosos casos. Ahora bien, es importante puntualizar que el cambio en el encuadre jurídico tiene como límite que ello **no altere los hechos afirmados por el justiciable y no innove sobre los requisitos de la acción**, expresiones que tienen por finalidad esencial, en definitiva, la de preservar la garantía de la defensa en juicio. Los referidos límites evidencian la aludida interacción entre el principio de congruencia y la potestad judicial de aplicar el derecho que se estime adecuado para decidir la controversia.

### **9.- La flexibilización de la congruencia en la práctica:**

Sin que exista disposición legal que lo autorice la jurisprudencia registra numerosos casos de flexibilización del principio de congruencia motivados por el sentido común práctico en la resolución de los litigios.

En cuanto al objeto de la pretensión, constituyen ejemplos de flexibilización de la congruencia los siguientes:

- a) La posibilidad de acordar una suma indemnizatoria superior a la peticionada por un reclamo dependiente de prueba cuando se ha sujetado el pedido a “*lo que en más o menos resulte de la prueba*”.
- b) El resarcimiento como “privación de uso de un vehículo” del reclamo formulado como “lucro cesante” –que se desestima por no hallarse probado- y, en general, el encuadramiento legal bajo otro rótulo de una pretensión por aplicación del principio “*iura novit curia*”.

c) El reajuste oficioso con base en la equidad. En razón de la reciente pesificación por la ley 25561 de las obligaciones en dólares exigibles con anterioridad a enero de 2002, la jurisprudencia mayoritaria se inclinó por desestimar los planteos de inconstitucionalidad de la ley citada con fundamento en la razonabilidad de la misma en tanto contenía una previsión que permitía ajustar equitativamente la suma a pagar. En dichos fallos, aún cuando no se hubiera solicitado el reajuste subsidiariamente al planteo de inconstitucionalidad, se lo ha dispuesto oficiosamente para evitar mayores dilaciones y no incurrir en un exceso formal.

c) La mutabilidad o discrecionalidad en las medidas autosatisfactivas: Dichas soluciones urgentes, no legisladas, tendientes a evitar la frustración de un derecho y el daño ante la amenaza o lesión de derechos líquidos, evidentes, han proliferado en nuestra jurisprudencia, especialmente para la protección preventiva del derecho a la salud. De la lectura de los fallos respectivos se advierte que en muchos casos se ha acordado una medida distinta de la peticionada pero igualmente idónea para proteger el derecho vulnerado o amenazado, de modo similar a lo previsto por el art. 204 del C.P.C.N. para las medidas cautelares, lo que constituye una flexibilización a la congruencia objetiva. Similares soluciones se advierten en algunas sentencias de amparo pues, como sostiene Peyrano en el fallo “*Piu de Carolli, E. c/ Centro Unión Dependientes s/ amparo*”, el ámbito de la jurisprudencia preventiva es propicio para la flexibilización de la congruencia.

### **9.- Algunas conclusiones:**

A los fines de alcanzar la mayor eficacia en la actividad jurisdiccional es menester flexibilizar el principio de congruencia que exige el régimen procesal entre lo postulado y la sentencia. El propio Código Procesal Civil y Comercial de la Nación 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 (art. 204 C.P.C.N.)

En cuanto a los **sujetos**: La posibilidad del condenar al tercero de intervención provocada (que no fuera demandado por el actor) (art. 96 C.P.C.N.).

En cuanto a los **hechos**: La posibilidad de hacer mérito de hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante el curso del proceso y no invocados como hechos nuevos, que resultan de la prueba (art. 163 inciso 6º, último párrafo, del C.P.C.N.).

La utilización del principio “*iura curia novit*” se encuentra limitada por dos parámetros, a saber: a) no alterar los hechos afirmados por el justiciable y b) no innovar sobre los requisitos de la acción. Sin embargo el verdadero límite a la flexibilización está dado por no afectar las condiciones del debido proceso legal (igualdad, contradicción, tutela efectiva).

En términos generales la denominada “flexibilización de la congruencia” procura asegurar la eficacia del proceso y la vigencia de la garantía de la tutela efectiva en tiempo útil. La potestad judicial en cuestión tiene sin embargo un límite muy preciso, a saber, que ello no afecte la garantía constitucional de la defensa ni la igualdad de las partes en el proceso.

En definitiva lo expuesto no importa sino un intento de sistematización del ejercicio de una potestad inherente a la actividad judicial, pues son los jueces quienes deben preservar las garantías del proceso y aplicar el principio de razonabilidad en cada una de las decisiones que adopten.

Ha escrito el profesor Juan Monroy Galvez –en oportunidad de la presentación del Código Procesal Peruano de 1993- 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?*”.

La labor de interpretación del plexo normativo de conformidad con los hechos de la causa, sin rehuir de la realidad subyacente ni de la razonabilidad y el sentido común constituye el verdadero desafío del jurista, del abogado y del juez en la tarea de construir una mejor Justicia.

NOTAS:

(1) Díaz, Clemente A., “Instituciones de Derecho Procesal”, Abeledo Perrot, Bs. As., 1968/72, T. II-A, p. 229.

(2) Arazi, Roland, “Derecho Procesal Civil y Comercial”, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 1999, T. I, pág.177/181.

(3) Palacio, Lino E., “Derecho Procesal Civil”, Abeledo Perrot, Bs. As., 1967, pág. 257.

(4) 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.

(5) Montesquieu, “L’esprit des lois”, Lib. XI, cap.6.

(6) Couture, Eduardo J., “Introducción al estudio del proceso civil”, Depalma, 1988, p. 70.

(7) 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*”.

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

(9) Ver fallo de la CNCiv., sala J, 12/12/95 dictado en autos “Laffue, Ana María v. Carvajal, Rubén R. s/ desalojo por intrusión” citado en De los Santos, M., “Los valores en el proceso civil actual y la consecuente necesidad de reformular los principios procesales”, J.A. 2000-I-752, ver en especial p. 757/758.

(10) Fairén Guillén, Víctor, “Doctrina General del Derecho Procesal”, Bosch, Barcelona, 1990, pág. 37.

(11) 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.

(12) 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.-

(13) 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.-

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

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

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

(17) 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.

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

(19) 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.

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

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

(22) *Ibidem*, p. 64.

(23) Peyrano, *Ob. Cit.*, pág. 66.

(24) Calamandrei, Piero, “Apuntes sobre la reformatio in peius” en “Estudios sobre el proceso civil”, trad. Santiago Sentís Melendo, Bs. As., 1961, Omeba, p. 301.

(25) De los Santos, Mabel, “El debido proceso en la práctica judicial”, J.A. 2003-IV-1249.

(26) Ihering, Rudolf, “Espíritu del derecho romano”, T. IV, Madrid, pág. 340/41.

(27) 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.

(28) De los Santos, Mabel, “Condiciones para la admisibilidad del hecho sobreviviente en el proceso civil”, revista LA LEY del 17/10/2003.

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

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

(31) Peyrano, Jorge W., “Acerca de la prohibición legal implícita de alterar el estado de la cosa o derecho materia del litigio”, ED, 163-859.

(32) 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. 6°, 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 ausencia de legitimación activa y su admisión podría afectar seriamente la garantía de la defensa en juicio del demandado”.

(33) Ver jurisprudencia citada en Díaz, Clemente A., ob. Cit., T. II-A, pág. 220.

(34) Ver CNCiv., sala K, 23/5/2003, “Ponce de Antico c/ Carrefour Argentina S.A, D.J. 2003/08/27, DJ, 2003-2, 1123, entre otros.

(35) CNCiv., Sala M., 26/4/1994, “Gavito, Leonardo P. c. Vega, Aníbal A., L.L., 1994-E, 470 – DJ, 1995-1-360.

(36) Ver CNCiv., sala F, res. N° 357.361, “Torrada, Silvia y otros c/ Oscar Dato Robinson S.A. s/ ej. Hipotecaria” del 27/12/02.

(37) Ver Peyrano y otros, “Medidas autosatisfactivas”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999. Véase al respecto que el art. 67 del anteproyecto de Código de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de Morello, Arazi, Kaminker y Eisner establecía respecto de la medida autosatisfactiva que “...Se podrán disponer las medidas que la índole de la protección adecuada indique...”.

(38) Ver Hiruela de Fernández, M.P., comentario a fallo Cám. Civ. y Com. Rosario, Sala IV, 13/8/02 “Piu de Carolli, E. c/ Centro Unión Dependientes”, titulado “La acción de amparo y el principio de congruencia”, Revista Zeus, Córdoba, 24/12/02, p. 1016. En tal decisorio la Sala IV de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario acordó, ante la improcedencia de lo peticionado y la constatación de un daño a la salud de la actora, una protección diferente a la solicitada y acotada en el tiempo. Sostuvo allí que “...precisamente el ámbito de la “jurisprudencia preventiva” es especialmente propicio para una necesaria flexibilización de la congruencia...para asegurar el “resultado práctico” de lo pretendido por el requirente del servicio de justicia...”. En igual sentido CNFed.Civ. y Com., Sala III, 2/7/2004, “V, G.B. c. Obra Social del Personal de Edificios de Renta y Prop. Horizontal” RJLL on line.

(39) Gozaíni, Osvaldo A., “El debido proceso en la actualidad”, Rev. LA LEY del 10/12/2003.