

UNIVERSIDAD NACIONAL DE ROSARIO

FACULTAD DE DERECHO

MAESTRIA EN DERECHO PROCESAL

Director de la carrera: Prof. Aldofo Alvarado Velloso

TITULO:

**“MODIFICACION DE DEMANDA EN EL PROCESO CIVIL,
Lineamientos de un sistema flexible de modificación de demanda”**

Autos: Máximo Alejandro Flores.

Director de Tesis: Prof. Andrea A. Meroi

Año 2010.

A Mauge, mi esposa

A Máximo y Facundo, mis hijos

A mis padres y hermanos

Agradecimientos:

Al Dr. Adolfo Alvarado Velloso, *por marcar el rumbo.*

A la Dra. Andrea A. Meroi, mi directora de tesis, *por sus consejos y su
trato.*

A mis compañeros de la maestría en Derecho Procesal dictada en la
Universidad Nacional de Rosario, *por aquellos años de “congresalidad y
comensalidad” Latinoamericana.*

“La fe que ciertos clientes, especialmente gente humilde e ignorante, tienen en las virtudes de los abogados y en la infalibilidad de los jueces, es a veces tan ciega y absoluta que causa al mismo tiempo espanto y ternura.

Cuando ante las honestas dudas que expreso sobre el resultado de una causa, el cliente me dice: “Abogado, si usted quiere, claro que el tribunal me dará la razón”, me vendrían ganas de abrir los ojos a ese iluso que no sabe de cuantos riesgos esta sembrado el camino de los abogados.

Pero después pienso que ese sentimiento de la justicia como numen omnipotente a quien no se invoca en vano, es posiblemente la conquista más alta de la civilización, y ciertamente el aglutinante que da su mejor cohesión a la sociedad humana.

Yo no me animo a decepcionar a ese hombre”

Piero Calamandrei “Elogio de los jueces”

MODIFICACION DE DEMANDA EN EL PROCESO CIVIL

Lineamientos de un sistema flexible de modificación de demanda

CAPITULO 1: INTRODUCCIÓN Y FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

1.1. INTRODUCCIÓN:

La presente investigación se motiva en inquietudes surgidas en el ejercicio de mi profesión de abogado litigante. En un principio, la cuestión base del presente trabajo, no provocaba mayor inquietud, puesto que se consideraba que la inmutabilidad de la demanda era una cuestión fuera de toda discusión. Con el correr de los años, esa impresión absoluta, segura e indiscutible como un dogma, fue cediendo a una postura relativa que no sólo permitió la duda, sino que comenzó a suscitar profundo interés.

La postura de la doctrina era unánime acerca de la imposibilidad de modificar la pretensión una vez notificada la demanda. Esta posición proporcionaba una cierta seguridad jurídica al contestarla y una cierta inseguridad y temor al interponerla.

La sensación que un mínimo error u omisión en la redacción de la demanda provocaría la muerte súbita del derecho del justiciable, provoca una cierta dosis de angustia al demandar. El error puede surgir por diversas cuestiones: Puede tratarse de una equivocación en el planteo efectuado por el abogado, por un error de redacción, incluso por un defecto en el relato de los hechos efectuado por el propio interesado al abogado o por una interpretación errónea de los hechos por este último. En cualquiera de estos casos, en un modelo de proceso civil que consagre la inmutabilidad de la demanda luego de notificada, el justiciable quedará con el sabor amargo de la derrota, con la clara

frustración de la injusticia.

Por el contrario, cuando se contesta una demanda lo hacemos con la convicción que la contraria no podrá ya mejorar su reclamo , lo que nos permite emitir un pronóstico con algún grado de certidumbre acerca del resultado de la controversia.

Desde los primeros procesos judiciales en los que intervine, aún representando al demandado y con la ventaja que proponía la posición consolidada de la doctrina, sentí una sensación contradictoria. Una mezcla de alegría por el resultado de mi parte, y también tristeza por la parte contraria, que por un error u omisión mínimo perjudicaba su derecho, comprometiendo incluso la responsabilidad profesional del abogado.

Intuí que la posición de la doctrina posiblemente no se adecuaba a una idea de justicia. Un mero descuido en un instante del proceso judicial, un error de tipeo, una lamentable equivocación, una omisión de un dato central, no debería tirar por la borda el derecho del justiciable.

Entendí que esta posición doctrinaria era rígida en demasía y que no tenía en cuenta el verdadero interés de las partes: La búsqueda de la justicia, en un marco de igualdad y respeto del derecho de defensa.

Esta búsqueda incesante, este compromiso con la verdad no llegaría a buen puerto si no se admitiese alguna modificación de la demanda que permita encaminar una demanda defectuosa o con diversas omisiones que tornarían ilusorio el reclamo del justiciable.

Por estas razones elegí investigar el tema de la permisión o prohibición de modificar la demanda como tema de investigación, asumiendo que la doctrina mayoritaria sostiene que la misma no es susceptible prácticamente de alteraciones luego de su notificación.

Antes y durante el curso de la presente investigación, en el ejercicio diario de la profesión, tuve oportunidad de ensayar la hipótesis que sustentaré a lo largo de este trabajo. En el mismo, citaré diversos fallos de los cuales surge la acogida favorable en los estrados judiciales de la posición que sustenté y que seguidamente enuncié: A los fines de garantizar plena y efectivamente los derechos de las partes en el proceso civil, debería adoptarse un sistema flexible de modificación de demanda (SFMD), que permita modificar la demanda con posterioridad a la notificación y contestación de demanda, en supuestos regulados previamente y con el único límite del derecho de defensa de la contraria. Esta posición debe complementarse con un requisito de vital importancia para el debido proceso: Esta modificación debe realizarse a petición de parte interesada, sin ninguna ingerencia del juzgador, en un todo conforme con los principios que rigen el sistema dispositivo.

A lo largo del presente, observaremos que esta exigencia de no ingerencia del juzgador, de neutralidad del mismo, no resulta exagerada ni mucho menos, sino que es una garantía de la no violación de los derechos constitucionales de las partes.

Es posible que se trate de una voz solitaria y que no encuentre eco en el resto de la doctrina. Aún con este riesgo, entiendo que la aventura de encarar esta investigación merece la pena. Digo que vale la pena, puesto que este trabajo de investigación brinda herramientas a las partes y sus abogados para evitar que una mínima distracción tire por la borda el derecho que pretende hacer valer en los estrados judiciales.

Si este trabajo sirve para que algún abogado, algún justiciable, encuentre el modo de salvar un derecho en riesgo, haciéndolos valer, entonces concluiré que este trabajo tuvo algún sentido.

CAPITULO 2: EL PROBLEMA:

2.1. ¿Que SMD corresponde aplicar?:

La presente investigación tiene por objeto la modificación de la demanda en el proceso civil. El análisis se circunscribe a las legislaciones procesales de la Nación y de la provincia de Córdoba, sin perjuicio de la comparación con los restantes códigos procesales provinciales, sudamericanos y europeos.

El problema se bifurca en dos sub-problemas que seguidamente enunciamos: Por una parte, el riesgo que corren los derechos de las partes ante un Sistema rígido de modificación de demanda (SRMD en adelante), que no satisface en modo alguno los fines del proceso civil, cualquiera sea la corriente doctrinaria en la que se apoye. Por otra parte, también existe el problema de la ingerencia del juzgador en la modificación de la demanda. Esta cuestión que pareciera a simple vista descabellada, no lo es, ni mucho menos. Sostenemos que un SRMD permite o eventualmente habilita la intervención oficiosa del juzgador en la modificación de la demanda. Va de suyo que esta intervención no supone un escrito del juez modificando la demanda, puesto que resultaría absurdo e incompatible con cualquier idea de debido proceso. Entendemos que la intervención del juzgador en la modificación de la demanda, puede surgir mediante la aplicación del *iura novit curiae* o mediante la flexibilización del principio de congruencia, que tiene como fin limitarlo. Por lo tanto tenemos dos problemas, por una parte el sistema de modificación de demanda (SMD en adelante) a aplicar y por otro si el SMD admite la corrección de la pretensión vía aplicación del *iura novit curia* y la flexibilización del principio de congruencia, los que analizamos en el curso del presente.

2.1 SMD y iura novit curia:

En una primera impresión, es factible que los doctrinarios y cultores del derecho procesal se pregunten cual es el problema que puede generar el análisis de la modificación de demanda o mutatio libelli. Pareciera que es un tema ya resuelto desde el proyecto Lascano hasta nuestros días. Prueba de ello es la actual redacción del artículo 331 del Código procesal de la Nación, que continúa con la línea del referido proyecto.

Si leemos el citado dispositivo legal, observaremos que pareciera que le asiste razón a los que opinan que el tema de la mutatio libelli es una cuestión menor. La norma de marras clausura las oportunidades de modificación de la demanda a partir de su notificación. De esta manera nos encontramos ante un sistema de modificación de demanda rígido y cerrado , en el cual, notificada la demanda ,sólo resulta admisible la ampliación del quantum litigioso¹.

Esta primera impresión subsiste si se coteja el Código Procesal de la Nación con el Código procesal de la provincia de Córdoba. Este último cuerpo procesal cuenta con una estructura normativa similar al Código Procesal de la Nación. Los artículos 179 y 180 , si bien reconocen alguna

¹ “Si bien la demanda debe contener una determinación precisa del monto reclamado (Art. 330) aparte de las excepciones previstas por el mismo precepto, el art. 331 extiende la posibilidad de la ampliación cuantitativa de la demanda aún después de notificada, cuando se tratare de obligaciones de vencimiento continuado o “tracto sucesivo”: Nuevos plazos o cuotas de una misma obligación, como ser una compraventa a plazos o las obligaciones derivadas del precio de la locación, en cuyos casos la ampliación puede efectuarse antes de la sentencia, y si se articula este supuesto prevista expresamente por el art. 331 con los arts. 540 y 541 , se observará que aún después de dictada la sentencia, se podrá ampliar su ejecución con los nuevos plazos o cuotas vencidas...” Carlo Carli, “La demanda Civil “ Editorial LEX La Plata, pag. 104. año 2003

diferencia con el CPCN , si se los lee con una mirada conservadora no alcanzan a modificar el espíritu del mismo. En este caso, si se interpretan estas normas con este punto de mira, las partes gozarán apenas de limitadas posibilidades de enmendar y modificar su pretensión. La demanda una vez notificada, quedará encorsetada en los hechos y derechos invocados, dejando a salvo únicamente, ampliaciones cuantitativas de las mismas.

Esta opinión será refutada en el presente trabajo y trataremos de demostrar que el sistema adoptado por el Código Procesal Civil de Córdoba es un sistema dotado de mayor flexibilidad y que la misma es funcional al derecho de defensa. Claro que a esta solución se llega con la interpretación que sustentaremos en el presente trabajo, que difiere de la que sostiene gran parte de la doctrina.

En el sistema procesal Cordobés, entendemos que la demanda es susceptible de sufrir diversas modificaciones. Las mismas van desde la transformación íntegra de la demanda, hasta rectificaciones, petición de nuevas pretensiones, extensión de la base fáctica, y por último ampliaciones cuantitativas de la pretensión.

Trataremos de demostrar que interpretando adecuadamente el Código Procesal de Córdoba, la demanda puede modificarse de las siguientes maneras: Transformarse íntegramente hasta la contestación de la misma por el demandado. Rectificarse y extender la base fáctica , aún contestada la demanda, siempre que no importe una variación de la acción y por último ampliarse en el quantum de la pretensión, hasta el llamamiento de autos para resolver.

Si esta posición se admitiese, se observaría una notoria diferencia entre el CPCN , rígido y formal y este flexible Código procesal Cordobés, interpretado de la manera propuesta y enunciada en el párrafo anterior. Esta es la posición que trataremos de sostener y defender en el presente

trabajo.

Es cierto que estos artículos de la ley de rito cordobesa, no tienen equivalentes en el CPCN a los fines de su comparación. Por lo tanto, al tratarse de base normativa diferente, es factible la asunción de diferentes posturas. Por una parte, se puede argumentar que las normas del CPCN y del CPCC conducen a igual solución en cuanto a la *mutatio libelli* y esta posición la sustenta la mayoría de la doctrina.

El argumento es el siguiente: La solución prevista en el CPCC no difiere sustancialmente de la solución prevista en el CPCN, es virtualmente la misma. Dada la textura de la norma del CPCC puede admitir una interpretación forzada que desnaturaliza el tema en cuestión, modificando caprichosamente la idea de debido proceso.

Entendemos que este argumento no es sólido, puesto que no da razones suficientes para calificar la postura que sustentamos como "Interpretación forzada". De todos modos estos argumentos se desarrollarán *ut infra*, oportunidad en la que nos explayaremos largo y tendido sobre el tema en cuestión.

Si por el contrario, se interpretase que la norma permite la modificación de demanda, nos encontraríamos ante un quiebre de una tradición que viene de décadas.

En el sentido que venimos encaminados, sostenemos que en este trabajo intentaremos quebrar esta tradición. Sostengo que la rigidez del SMD, previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, peca de excesivamente formal y por ende, anticuado. Sostengo que la intención del legislador cordobés a través del CPCC es clara y que por lo tanto, tal como surge de la comparación entre ambas normas, el CPCC se diferencia del CPCN.

No se me oculta que la redacción de las normas aludidas no tiene la claridad deseable, tiene una cierta vaguedad que permite tanto sostener tanto la interpretación flexible que pretendemos sostener en el presente, como la opuesta. Esta vaguedad puede permitir un margen de discrecionalidad en manos del juzgador que tampoco nos convence, pero que es irremediable. Al menos en las condiciones que se encuentra normado el CPCC.

Sentadas las bases del problema, observamos que el mismo no es menor. Lo que se encuentra en juego es nada más y nada menos que la demanda que es el pilar del proceso civil y la base del derecho de defensa. Con la posibilidad de su mutación se juega la suerte de los derechos constitucionales de defensa en juicio e igualdad ante la ley.

A los fines de conocer si la posición que sustentamos se arriesgan las citadas garantías constitucionales, es menester analizar los sistemas procesales, las reglas y principios que informan el proceso, y detectar la mella que sufren los mismos con la posibilidad de mutar la demanda.

Luego de revisar la opinión de los tratadistas nacionales, debemos asumir que hasta los días que corren, la doctrina mayoritaria se inclina por entender que la demanda es inmutable a partir de su notificación y que esta inmutabilidad es total, con excepción de la permitida ampliación del quantum litigioso.

Sin embargo, cabe destacar que a contramano de la doctrina, los Tribunales comienzan a acoger a través de sus resoluciones, este SFMD que proponemos.

Estimo que en el Código Procesal de Córdoba se admite la modificación de demanda aún contestada la misma y que en el Código Procesal de la Nación, se debería admitir, siempre que la modificación se efectúe en base a reglas claras, las que únicamente verán la luz con una

modificación del mismo cuerpo legal.

Actualmente la letra del CPCN no deja lugar a dudas que la modificación de la demanda es impracticable luego de notificada la demanda.

Mediante la admisión de la modificación de demanda en los términos que se propondrán en el presente trabajo, no sólo no sufre perjuicio alguno el derecho de defensa en juicio e igualdad ante la ley, sino que los mismos resultan favorecidos con la permisión propuesta.

La posición que sustento tiene como base la experiencia de abogado litigante que más de una vez sufrió ante un error en una demanda, y que corrió riesgos ante algunas omisiones. En esos cruciales momentos que todo abogado transitó alguna vez, es posible encontrarse con la solución prevista en los artículos 179 y 180 del CPCC que permiten introducir modificaciones a la demanda luego de contestada. Claro que estas modificaciones constantemente despertaron la oposición de los demandados, quienes recurrieron y se opusieron sistemáticamente a cualquier modificación de demanda. Aún así, pese a la oposición de la demandada y a la opinión mayoritaria de la doctrina, las resoluciones judiciales resultaron favorables a la *mutatio libelli*.

Los tribunales en definitiva en algunos decisorios notables por la magnitud de la modificación de la demanda, la admitieron y fortalecieron de este modo el derecho de defensa de los justiciables, sin mella alguno al principio de igualdad ante la ley.

El problema que engendra esta posición es cual es el límite de la misma, en que instante pasa de ser una herramienta para ejercer el derecho de defensa a un instrumento que pone en riesgo el mismo.

Por esta razón estamos analizando el presente tema y con la siguiente convicción: Si no se admite la modificación de demanda por la libre

iniciativa de las partes, tarde o temprano, ante el peso de la opinión pública, no faltará el juez sensible y seguramente bien intencionado que la modifique a su arbitrio, violando el derecho de defensa en juicio, haciendo añicos la garantía constitucional de la igualdad ante la ley.

De esta manera se quebrará la igualdad ante la ley, y la bilateralidad del proceso, que es lo que entiendo que la doctrina trata de evitar mediante su rígida opinión.

Como adelantamos a los fines del análisis del tema escogido, arbitrariamente se han elegido dos códigos procesales que representan a nuestro juicio sendos modelos distintos de modificación de demanda: El Código Procesal de la Provincia de Córdoba y el Código Procesal de la Nación. Detrás de ambos, se encolumnan el resto de las leyes procesales de las provincias argentinas.

2.2. Sistema de modificación de demanda y iura Novit Curia: El segundo problema se encuentra vinculado con el mal uso del iura novit curia. Si bien pareciera que es un residuo del primer problema, en realidad ideológicamente tiene fuerte impacto en el proceso civil, al punto que si admitiese la modificación de la pretensión mediante el iura novit curia, importaría modificar por completo el debido proceso.

Es dable destacar que de acuerdo a lo que sostiene la doctrina procesalista el único legitimado para proponer modificaciones en la demanda es el justiciable. El juez, como tercero imparcial, imparcial e independiente², no debe inmiscuirse en las cuestiones disponibles de las

² “La imparcialidad ha sido elevada a principio supremo del proceso y estrictamente, difiere de “no ser parte”. Godschmidt distingue con estrictez entre parcialidad y parcialidad “Partial significa ser parte(Godschmidt Werner, La imparcialidad como principio básico del proceso (“parcialidad “ y “parcialidad”) discurso de incorporación como miembro de número del Instituto Español de

partes de un proceso civil. Este modelo ideal y de libro comienza a tambalear, debido a ciertas intromisiones del Juez en el proceso que desnaturalizan el mismo.

Va de suyo que el juez oficiosamente no modifica la demanda, lo que no significa que no pueda hacerlo mediante una aplicación arbitraria del iura novit curia que modifique la causa petendi y el petitum. Es cierto que pareciera que este supuesto es de laboratorio, pero tendremos oportunidad de observar en el presente trabajo , que la idea de Juez modificador de oficio de la pretensión no es tan lejana y que incluso ya ha tenido recepción jurisprudencial en algunas Cámaras de Apelaciones de la Provincia de Córdoba, luego revocada por resolución del Superior Tribunal de Justicia de Córdoba. Estos fallos serán reseñados ut infra en el presente cuando analicemos el iura novit curia.

2.3. Convergencia de ambos problemas: Sostenemos que estos problemas pueden reducirse a uno sólo e incluso solucionarse si se

Derecho Procesal, publicado en “Conducta y Norma” , Librería Jurídica , Valerio Abeledo, Buenos Aires , 1955, p. 133 y ss) ; parcial da a entender que se juzga con prejuicios (...) La imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador. Este debe sumergirse en el objeto, ser objetivo de su propia personalidad” En la misma línea y agregando la independencia , ALVARADO VELLOSO enseña que el principio procesal de imparcialidad tiene, en realidad, tres despliegues: La imparcialidad (El juez no ha de ser parte), la imparcialidad (El juez debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio) y la independencia (El juez debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las partes (Alvarado Velloso, Adolfo, Introducción al estudio del derecho procesal, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1989, T. 1. p. 261)..” Meroi Andrea A: “Iura Novit Curia y Decisión Imparcial” Ponencia presentada al XIX encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Asunción del Paraguay, 16 y 17 de Noviembre de 2006) .-

admitiese un SFMD. Claro que este nombre tal vez rimbombante no alcanzará a desterrar la idea de juez activista, pero seguramente, si las partes disponen de diversas oportunidades para modificar su pretensión, no hará falta contar con un Juez que tutele nuestros derechos. Actualmente ante el asedio de la opinión pública y dada las limitaciones del SRMD , el Juez se ve en la obligación de hacer las veces de juez Hercules y con las herramientas que tiene a mano trata de encontrar la justicia , omitiendo considerar que al descuidar el método, pierde de vista también la meta. Si la ley procesal regulara un SFMD, este juez no debería dar explicaciones, sino que se escudaría en el sistema dispositivo y en la voluntad del demandante de disponer de sus derechos como le plazca. Va de suyo que la adopción del sistema que se propone no extirpa el arbitrio judicial, pero al menos, acotará el margen de maniobra del juez activista o del juez garantista decepcionado por la rigidez del sistema que conspira contra la idea objetiva de justicia.

Por esta razón proponemos y desarrollaremos a lo largo del trabajo la idea de un SFMD que solucionaría ambos problemas planteados: Por una parte permitirá un proceso civil ágil y dinámico y por otra parte evitará la intromisión del juzgador, quien no se verá obligado a realizar justicia de acuerdo a su parecer, sino que se excusará en las oportunidades que el debido proceso le brindó a las partes.

CAPITULO 3: HIPOTESIS:

3.1. Formulación de la hipótesis: La hipótesis que proponemos se puede enunciar de la siguiente manera:

Un sistema flexible de modificación de demanda realizada exclusivamente por las partes, sin intromisión alguna del juzgador, resulta compatible con la idea de debido proceso que surge de la Constitución Nacional. De este enunciado se desprende las siguientes consecuencias: a) Un sistema flexible de modificación de demanda resulta compatible con el sistema

dispositivo , resultando ajeno el juzgador a la conformación del thema decidendum. b) Un Sistema Rígido de Modificación de demanda es incompatible con el sistema dispositivo y favorece la intromisión del juzgador mediante la aplicación abusiva del iura novit curia y flexibilización del principio de congruencia.

Para validar esta hipótesis desarrollaremos la siguiente hipótesis de trabajo:

3.2. Hipótesis de trabajo.

La hipótesis propuesta contiene los siguientes requisitos:

- a) La demanda no debe ser inmutable .
- b) Se deben admitir modificaciones a la misma.
- c) Las partes exclusivamente deben encontrarse facultadas para introducir modificaciones a la demanda.
- d) El juzgador es un sujeto neutral, imparcial, imparcial e independiente, sin ninguna injerencia en la conformación del material fáctico del proceso.
- e) La admisión de la modificación de demanda, se debe encontrar regulada precisamente por la legislación vigente , a los fines de evitar la violación del derecho de defensa del demandado.
- f) Se debe limitar el iura novit curia mediante el principio de congruencia , y este no debe ser flexibilizado.

3.3. Oportunidad de modificación de demanda.

De acuerdo al plan de trabajo trazado, sugerimos que es posible modificar demanda , de las siguientes maneras y en las siguientes oportunidades.

3.3.1. Transformación o cambio total de la demanda:

a) Las partes deben encontrarse facultadas para transformar o modificar totalmente la demanda hasta la notificación de la demanda, sin costas. Ante el cambio de demanda, se modifican todos los efectos que hubiera producido la interposición de la demanda transformada.

b) Las partes deben encontrarse facultadas para transformar o modificar totalmente la demanda, hasta la contestación de la demanda. Ante el cambio de demanda, se modifican todos los efectos que hubiera producido la interposición de la demanda transformada. Se le deben imponer las costas a quien transformó tardíamente la demanda, luego de su notificación. Las mismas deben graduarse en forma similar al desistimiento de la acción, y deben diferenciarse si el actor compareció al proceso, antes de la transformación o si no compareció. En caso de comparecencia el Juzgador debe graduar en un porcentaje mayor las costas.

3.3.2. Modificación de demanda fundada en la rectificación de errores materiales en la demanda:

Se debe admitir, siempre que surja de la documental allegada al proceso o se trate de un hecho notorio. La rectificación de errores materiales debe admitirse aún con posterioridad a la contestación de la demanda. Esta facultad precluye al ordenarse la apertura a prueba. Se deben imponer las costas que hubiere causado al que modifica la demanda debiendo graduarse en forma equivalente a las etapas procesales consumidas.

3.3.3. Modificación de demanda fundada en la extensión de la base fáctica o invocación de hechos no alegados:

Se debe admitir, siempre que no importen la transformación o cambio de la demanda. Esta modificación es la que se funda en hechos no alegados pero conocidos por las partes al tiempo de demandar. La misma debe admitirse luego de contestada la demanda y precluye al ordenarse la apertura a prueba. Se le deben imponer las costas que hubiere causado al que modifica

tardíamente la demanda, debiendo graduarse en forma equivalente a las etapas procesales transcurridas.

3.3.4. Modificación de demanda fundada en la omisión de algún rubro omitido al demandar: Se debe admitir , siempre que no importen la transformación o cambio de la demanda. Este tipo de modificación precluye al ordenarse la apertura a prueba, admitiéndose la modificación de demanda luego de contestada. Se le deben imponer las costas teniendo en cuenta la cuantía del rubro reclamado y las etapas procesales transcurridas. De esta manera se castiga con las costas a la parte actora , pero se salvaguarda su derecho.

3.3.5. Modificación de demanda fundada en la ampliación cuantitativa de lo reclamado: Se debe admitir. Si se trata de cuotas o vencimientos periódicos, puede ampliarse o modificarse hasta la sentencia e incluso luego de dictada al resolución. Si se trata de ampliación o morigeración, siempre que se hubiere consignado la formula en más o en menos. En ambos supuestos sin costas. En caso de omisión de consignar la formula “En más o en menos”, debe admitirse igualmente hasta el llamamiento de autos, pero se le deben imponer las costas por la ampliación.

3.4. Compatibilidad del SMD con el sistema dispositivo y aspectos ideológicos: El sistema flexible de modificación de demanda es compatible con el sistema dispositivo , puesto que pone en cabeza de las partes la aportación de los hechos al proceso. Este sistema flexible es incompatible con un exceso ritual que priorice las formulas rígidas sobre la justicia. Merece la pena aclarar que no debe confundirse sistema dispositivo con formalismo.

3.5. Improcedencia de la modificación del objeto litigioso mediante la aplicación del iura novit curia: El iura novit curia implica la obligación de los jueces de calificar jurídicamente la relación litigiosa, subsumiendo

los hechos invocados por las partes en una norma jurídica. Sin ánimo de ingresar en el estudio profundo del *iura novit curia*, decimos que la aplicación del mismo conduce a las siguientes conductas que debe seguir el juzgador: a) Si las partes no invocaron el derecho, el juez debe hacerlo. Por lo tanto, no corresponde rechazar una demanda si el derecho no fue invocado por las partes. b) Si las partes invocaron incorrectamente el derecho, el Juez se encuentra obligado a aplicar el derecho correcto. c) Por último y resultando la más polémica de las interpretaciones del *iura novit curiae*, mediante su aplicación se le permitiría al juez, desconocer y reconducir la calificación jurídica de los hechos efectuada por los propios interesados.

En este último matiz del brocardo es donde entra en crisis con las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y derecho de defensa, modificando la idea objetiva y constitucional de debido proceso.

A los fines de incurrir en estos vicios es que la doctrina elaboró el principio de congruencia (o regla de juzgamiento según el parecer de Alvarado Velloso). El principio o regla de congruencia consiste básicamente en la relación simétrica que debe existir entre las alegaciones vertidas por las partes en el proceso y los fundamentos de la resolución dictada por el juez.

Si el juez no respeta la regla de congruencia, incurre en el vicio de incongruencia, que puede asumir las siguientes variantes: a) Incongruencia *citra petita*, que se plasma en el proceso cuando el juzgador no considera alegaciones pertinentes efectuadas por las partes. b) Incongruencia *extra petita*, que se conforma cuando el juzgador se aparta de lo peticionado o alegado por las partes o cuando eventualmente, condena a un tercero no demandado, o se favorece a un sujeto que no revistió la calidad de actor. c) Incongruencia *ultra petita*, cuando el juez resuelve el caso, otorgando más de lo peticionado.

Pues bien, hasta aquí una revisión sucinta del iura novit curia y del principio de congruencia . De esta repaso surge lo siguiente:

El juez debe calificar la relación jurídica sin alterar la causa petendi ni el petitum. En definitiva, sin alterar el objeto litigioso, que también puede entenderse como lo pretendido y resistido por las partes en el proceso. Por lo tanto , mediante la correcta aplicación de la regla de congruencia, el juez no puede realizar las siguientes conductas:

- a) Alterar la base fáctica del proceso, entendida la misma como los argumentos vertidos tanto por actor como demandado en su acción y reacción.
- b) Modificar la pretensión , o introducir pretensiones no alegadas por las partes en el proceso.

Esta regla de congruencia impide que el juzgador modifique cualquier elemento de la petición , tanto la causa petendi, con sus subelementos , hechos e imputación jurídica, como el propio petitum. El juez no puede modificar ni sustituir los hechos sobre los cuales se trabó la litis. Pero tampoco puede modificar la imputación jurídica, puesto que se estaría violando el derecho constitucional a la defensa en juicio.

CAPITULO 4: PLAN DE TRABAJO

4.1 Descripción del plan de trabajo: A los fines de analizar el tema en cuestión, propongo el siguiente plan de trabajo :

Descripción de los aspectos ideológicos y políticos que se desprenden del modelo o sistema de modificación de demanda.

Descripción del estado de la cuestión en la doctrina argentina.

Test de compatibilidad del sistema flexible de modificación de demanda con el sistema dispositivo.

Descripción del sistema flexible de modificación de demanda, con sus fundamentos.

Descripción del sistema rígido de modificación de demanda con sus fundamentos.

Iura novit curia: Límites.

Principio de congruencia: ¿Flexibilización?.

Cuadro de situación de las legislaciones europeas, en especial: Alemania , España .

Cuadro de situación de las legislaciones de la Nación y de Córdoba y de las restantes provincias.

Estudio comparativo de la legislación procesal de Córdoba y de la Nación, en lo relativo al sistema de modificación de demanda.

Justificación del sistema flexible de modificación de la demanda.

Un análisis de los medios alternativos que dispone el justiciable para hacer valer sus derechos en caso de prohibición de ampliar la demanda.

Relación entre hechos nuevos y modificación de demanda.

Recepción jurisprudencial del sistema flexible de modificación de demanda en los tribunales de la provincia de Córdoba.

Nuestra opinión. Solución de lege lata. Solución de lege ferenda.-

CAPITULO 5: EL PROCESO CIVIL:

5.1 El proceso civil hoy: El proceso civil se debate en estos tiempos en dos modelos de justicia, por una parte un modelo denominado moderno y que dota al juez de su rol de director del proceso , que recibe denominaciones tales como “Activista”, “Decisionista” y que según sus detractores se fundamenta en el sistema “inquisitivo” y un modelo que pone en cabeza de las partes la marcha del proceso, equiparando la actividad del juzgador a la del arbitro. Este modelo recibe denominaciones como “garantista” o tal vez con mayor precisión “dispositivista” y según sus autores, su fundamento lo obtiene del sistema dispositivo.

En ambos modelos, la función del juzgador varía notablemente. En principio y en relación a la *mutatio libelli*, la cuestión de los poderes del juez en el proceso , no afecta en modo alguno al SMD. Tanto en un código procesal decisionista como en un código procesal garantista, si se encuentra legislada la *mutatio libelli*, la función del juez se encontrará recortada, debiendo admitir la misma ante la petición de las partes.

Una ley procesal que inadmita flexibilidad en la modificación de demanda no se la puede calificar de activista o decisionista por ese sólo motivo. Simplemente es una legislación rígida que tal vez limita las posibilidades de ejercer los derechos a las partes. Claro que si esta legislación rígida, correlativamente, permite al juzgador alguna ingerencia sobre la modificación de demanda, si se la debe considerar activista , puesto que quebranta la máxima que dispone “*ne precedat iudex ex officio*”, violando la garantía de igualdad ante la ley y derecho de defensa. Un modelo de proceso civil que congele la demanda al tiempo de interponerla , entendemos que no respeta las garantías constitucionales de los justiciables y por lo tanto no se la puede reputar “garantista”.

Por el contrario, entendemos que si la legislación admite un SFMD, si bien ese sólo dato no autoriza a calificarla de garantista, al menos la aleja del

concepto de legislación decisionista.

Un modelo de legislación procesal que se precie de considerarse respetuoso de las garantías constitucionales, debería admitir un SFMD, dado que de esta manera se maximiza la utilización de las garantías de las partes.

Lo relatado viene a colación dado que en estos últimos años, la corriente activista viene ganando adeptos, y pareciera que más temprano que tarde el juez Hércules, todo lo logrará, haciendo realidad el razonamiento de Maquiavelo: El fin justifica los medios. En aras de obtener el fin que es la justicia, se obligará al juzgador a obtenerla con la utilización de cualquier medio, razonable o no, entre ellos, la modificación de demanda por el propio juzgador. Veremos ut supra que esto que decimos que se asemeja a una idea trasnochada, va logrando espacio en la doctrina procesalista.

Por esta razón, a los fines de evitar la irrupción de un juez Hércules, o visto de otro punto de vista, a los fines de evitar obligar a un juez probo a realizar actos contrario a derecho, sostenemos que se debe permitir la modificación de demanda en supuestos claros e identificados y que en caso de duda, se debe hacer lugar a la modificación de demanda.

Volvemos sobre lo mismo, si se asume un modelo procesal con un juez Hércules, que persigue como fin la justicia, este debe encontrar el modo de conseguirla, con buenas o malas artes, identificando estas últimas con el avasallamiento de los derechos constitucionales de una de las partes del proceso.

Esta no es la idea de justicia que proponemos ni queremos. Más allá que en algún sector de la doctrina se pondere las virtudes del juez Hércules, entendemos que la solución propuesta, más temprano que tarde se convertirá en el problema.

Va de suyo que no es el modo de resolver la encrucijada. La única manera de resolverla es con una legislación que permita a las partes el activo ejercicio de sus derechos: Flexibilizar el sistema de modificación de demanda, sin alterar los principios que rigen el sistema dispositivo.

Es dable destacar que algunos autores, incluso algunos que militan en las filas del garantismo, equiparan formalismo con garantismo. Si así fuera , va de suyo que un SMD flexible jamás podría cuajar en un sistema dispositivo. Entiendo que es una equivocación. Garantismo y formalismo exagerado carecen de punto de contacto alguno, sería un contrasentido. Incluso no debemos dejar de tener en cuenta que el garantismo hunde sus raíces en el Código Procesal Italiano de 1865 que permitía a las partes realizar diversas alegaciones antes de ser juzgados.

Luigi Ferrajoli, una de las banderas del garantismo , analizando el método de comprobación procesal y su relación con la verdad en “Derecho y Razón” , sostiene que el formalismo es patrimonio exclusivo del sistema inquisitivo y por lo tanto ajeno al garantismo. El citado autor sostiene que “Hay además numerosas normas y mecanismos procesales que entorpecen inútilmente la búsqueda de la verdad. Normas de este tipo llegaron a su máximo desarrollo en los viejos regímenes inquisitivos que inventaron una “multitud de formalidades”, “Dilaciones” “Intrigas y laberintos” cuyo sólo efecto fue hacer “Complicada la simple máquina de los juicios públicos: hasta el punto de que la historia del procedimiento penal le pareció a Benthan “Lo contrario que las demás ciencias: En las ciencias se van simplificando cada vez más los procedimientos respecto al pasado; en la jurisprudencia , en cambio, se van complicando cada vez más. Y mientras todas las artes progresan multiplicando los resultados con el empleo de medios más reducidos , la jurisprudencia retrocede multiplicando los medios y reduciendo los resultados.... Pero todavía son muchos , como veremos , los impedimentos procesales que obstaculizan o retrasan inútilmente la investigación judicial y su posibilidad de control,

alejándola de la consecución de la verdad en vez de acercarla a ella. Al mundo de las normas sustantivas , que necesariamente circunscribe la esfera de la relevancia penal, se añade así un mundo de procedimientos de ritos, y liturgias , que no siempre necesariamente y a veces insensatamente , condiciona y desvía la búsqueda de la verdad procesal . De ahí se sigue entre otras cosas una ulterior deformación profesional de la subjetividad del juez y de los demás hombres de leyes que se mueven en el proceso: es decir esa específica cerrazón del espíritu forense, espíritu de litigio, enredo y cábala, que todavía hoy les hace maestros en complicar lo que es simple y en simplificar lo que es complejo y que hizo definir a Bentham a la jurisprudencia como “El arte de ignorar metódicamente lo que es conocido por el mundo entero”³

Es cierto que Luigi Ferrajoli si bien se refiere a todas las ramas del derecho, pone su acento en el proceso penal, pero entiendo que lo dicho se aplica también al proceso civil, especialmente al asociar sistema inquisitivo con formalidades, alejando de este modo el garantismo del formalismo.

Esto nos autoriza a suponer que el SMDF que proponemos es funcional al sistema dispositivo y por lo tanto al garantismo.

Con lo que venimos diciendo, podría desprenderse la existencia de dos bandos: Por una parte los jueces activistas y por la otra parte los abogados litigantes. Entendemos que la suposición no es válida. La intolerancia al activismo no es patrimonio de los abogados litigantes únicamente. Incluso entiendo que existen abogados litigantes que proponen un sistema activista. Es posible incluso que en el ánimo de los propios jueces no se albergue simpatía alguna con el activismo, dado que esto supone mayor esfuerzo y responsabilidad. Es posible que entiendan

³ Ferrajoli Luigi: Derecho y Razón. Teoría del Garantismo. Editorial Trotta, edición 1998.-

que el activismo implica algún grado de parcialidad y que por lo tanto, se alejan de sus huestes y se aferran al sistema dispositivo. Pero también es probable que los jueces haciendo caso a su vocación por la justicia, se rebelarán ante alguna injusticia y cuando advierten que la legislación es rígida, es cuando cambian la camiseta y pasan a integrar el equipo de los activistas. No es una cuestión de autoritarismo, sino una cuestión tal vez hasta de impotencia, decepción ante la rigidez del sistema. Tiene la verdad en la mano y no la puede utilizar por un ceпо formal: Allí es donde germina este juez activista, que seguramente es un garantista decepcionado.

Pues bien, supongamos que nadie en su sano juicio pretenda ser juzgado por un juzgador que no respete las garantías constitucionales, ¿que ocurrirá en esos casos de injusticia flagrante provocada por las normas rígidas? : Los mismos que defenestran la figura del juez activista, clamaran por la aparición de este juez herculíneo, capaz de sortear cualquier límite legal en aras de obtener la justicia material del caso.

Por esta razón proponemos que la legislación resulte menos rígida, no informal, sino que permita el amplio ejercicio de sus garantías constitucionales, sin perjuicio de conjugarlas con los principios que rigen el sistema dispositivo. Es dable destacar que el proceso civil debe ser un fiel reflejo de la Constitución Nacional, que exige asegurar la justicia. Pero ese aseguramiento no debe importar un desmedro de la libertad ni de la seguridad de los justiciables, las que se verían amenazadas si no se respetan las normas procesales. No es justicia a cualquier precio. Si el costo es la libertad, no es justicia. Esta sería una concepción maquiavelica consistente en justificar los medios empleados- el avasallamiento de los derechos constitucionales- en pos de un fin: La justicia material. Claro que incluso esta idea maquiavélica podría ni siquiera alcanzarse, puesto que no hay garantías que la verdad a que arriba el juzgador por su intromisión sea la verdad real.

Insistimos en que la figura del juez activista, fogueado por algún sector de la doctrina surge a raíz de las formalidades extremas de algunos códigos procesales. Luego este “avance” se plasma en legislaciones autoritarias que permiten claramente al juez avasallar los derechos de las partes, ejerciendo un activismo incompatible con un sistema de derecho.

Esto viene a cuento de lo que propongo en el presente trabajo: Una flexibilización de las oportunidades que disponen las partes para hacer valer sus derechos. Esta flexibilización resultará funcional a un proceso civil justo y veloz que redundará en beneficio de los justiciables.

Si se flexibilizan algunos conceptos , es factible que el juzgador no intente violentar la ley y asumir de este modo un activismo que tiñe de imparcialidad y desigualdad al proceso. Este juzgador estará convencido que si el justiciable no intentó modificar su demanda en las oportunidades que dispuso tempestivamente, obedecerá a una suerte de disposición de sus derechos y por lo tanto se abstendrá de intervenir en el juicio.

Hasta aquí consideramos que sentamos las bases de lo que se espera del proceso civil: Una herramienta para que los justiciables obtengan económica y legalmente una sentencia justa que privilegie el derecho amplio de defensa y búsqueda incesante de la verdad jurídica objetiva sobre las formalidades.

5.2. Sistemas procesales y sistemas de modificación de demanda:

En doctrina se discute acerca de cual es el sistema que debe regir el proceso civil. Es dable destacar, como decíamos más arriba, que la discusión no es pacífica y que la misma ha dado origen a dos corrientes doctrinarias: El garantismo, y el activismo. Ambas corrientes sustentan sus argumentos en dos sistemas procesales: El Sistema dispositivo y el sistema acusatorio, los que seguidamente se describen sucintamente :

“El sistema dispositivo, es aquel que confiere a las partes el dominio del procedimiento y sus reglas fundamentales son las siguientes: El juez no puede iniciar de oficio el proceso (nemo iure sine actore); no puede tener en cuenta hechos ni medios de prueba que no han sido aportados por las partes (Principio de presentación : Quod non est in actis non est in mundo); debe tener por ciertos los hechos en que aquellas estuviesen de acuerdo (Ubi partis sunt concordantes nihil ab iudice); la sentencia debe ser conforme a lo alegado y probado (secundum allegata et probata) y el juez no puede condenar ni a otra cosa que la pedida en la demanda (ne eat ultra petita partium).

Por el contrario, en el sistema inquisitivo el juez debe investigar, sin otra limitación que la impuesta por la ley, la verdad material con prescindencia de la actividad de las partes (principio de investigación judicial: de inquirere, averiguar); no sólo puede el juez iniciar de oficio el proceso, sino que esta facultado para buscar los hechos, descubriéndolos a través de lo que ya conociere y utilizando cualquier medio tendiente a la averiguación de la verdad (Alsina Hugo , “Tratado teórico-practico de derecho procesal civil y comercial “ T. I P. 102, Editorial Ediar Soc. Anón. Editores , Buenos Aires 1956)⁴

El distingo finca en lo siguiente: En el sistema acusatorio , las partes a través de sus alegaciones delimitan la cuestión litigiosa, estableciendo el material fáctico. También aportan el material probatorio, encontrándose obligadas a diligenciar la prueba bajo apercibimiento de caducidad de la prueba. El único límite que las partes tienen es el límite de la ley, debiendo respetar los plazos procesales. En una versión pura

⁴ Flores Máximo : Flexibilización del principio de congruencia : La tentación autoritaria. XXIV Congreso nacional de derecho procesal “Por un sistema judicial eficaz en el marco constitucional , Libro de “Ponencias generales, relatos generales, trabajos seleccionados” Pag. 146 y ss.

de este sistema el juez es un espectador de la controversia que sólo debe atribuir el vencimiento a quien ejerció adecuadamente su derecho de defensa.

La labor del juzgador no es menor, es nada más y nada menos que juzgar la causa. También debe atender las peticiones de las partes en el proceso, dictando decretos y resoluciones hasta llegar a la sentencia. En el proceso civil se ventilan derechos disponibles. Cuando existen controversias en relación a estos derechos, el juzgador es un tercero, razón por la cual, ante cualquier renuncia tácita o expresa a los derechos de las partes el juzgador no debe emitir opinión. A guisa de ejemplo, si la parte desiste de su acción y de su derecho, el juez debe resolver el desistimiento. Si la parte omite considerar o diligenciar alguna prueba, el Juzgador nada tiene que objetar, pues se presume que la parte obra en pro de su propio interés.

Las características del proceso dispositivo son las siguientes:

Iniciativa: En los sistemas procesales acusatorios, la iniciativa esta reservada a los particulares como titular de un interés privado. La iniciativa corresponde al interesado, si este no demanda, no hay demanda ni proceso. Es la aplicación del principio “Nemo juex sine actore”

Impulso: En un todo conforme con el sistema dispositivo, el impulso procesal corresponde al titular del interés privado. Es dable destacar que “En una concepción autoritaria del estado “las partes sirven al proceso” según expresión de Carnelutti y es natural entonces que la responsabilidad en la investigación de los hechos y en la conducción del proceso se ponga a cargo del juez, de quien las partes son simples auxiliares: en cambio en una concepción individualista “el proceso sirve a las partes” y por consiguiente su desenvolvimiento debe confiarse a los

intereses encontrados de los particulares”⁵ .

Disponibilidad del derecho: El actor puede iniciar o no la demanda. Si la inicia, dada su disponibilidad, puede desistir o transar. Si no la insta en tiempo y forma, la contraria puede solicitar la perención de instancia (en el CPCC de Córdoba, la perención se produce a petición de parte. En el CPCN la perención se produce de oficio, lo que seguramente conducirá a situaciones infartantes a los litigantes). Asimismo el demandado, puede allanarse, reconociendo la veracidad de la pretensión, importando la exclusión total del magistrado interviniente, quien debe dictar sentencia por aplicación el principio “ubi partes sunt concordem nihil ab iudicem”.

Disponibilidad y aportación de la prueba: Como lógica consecuencia de la disponibilidad del derecho, quien puede lo más, puede lo menos. Si puedo disponer del derecho, va de suyo que se encuentra facultado para disponer de los medios de confirmación del derecho. La disponibilidad del derecho no sufre mutación alguna cuando ingresa al proceso. Es un interés privado antes de ingresar al proceso y lo es durante el transcurso del mismo. Si las partes no allegan elementos probatorios al proceso, esta circunstancia no es de incumbencia del juzgador para quien *quo non est in actis non est in mundis*. Por esta razón las partes deben preocuparse por introducir en el proceso las pruebas que hacen a su derecho, y preocuparse de diligenciar la misma sin incurrir en negligencia. Va de suyo que el Juez no tiene facultades para ingresar prueba de oficio al proceso, puesto que es una facultad exclusiva de las partes en consonancia con el sistema dispositivo.-.

Delimitación del thema decidendum: Las partes, a través de su pretensión y oposición, delimitan el thema decidendum, debiendo limitarse el juez a pronunciarse sobre las peticiones de las partes (*Ne eat iudex ultra petita partium; iudex secundum allegata et probata a partibus iudicare debet;*

⁵ ALSINA HUGO: Ob. Citada. Pag. 450.-

sententia debet esse conformis libello). En caso de apartarse de lo peticionado por las partes, el juez habrá incurrido en el vicio de incongruencia.

De esta regla se desprenden dos cuestiones: La aportación de los hechos en que las partes funden sus pretensiones y defensas deben ser aportadas por las mismas. De esta manera, el Juez jamás puede traspasar la valla de lo expuesto por las partes debiendo inhibirse de corroborar hechos no afirmados por los mismos. Como lógica consecuencia el juez no puede pretender averiguar la verdad de un hecho afirmado por una parte y admitido por la contraria. .

La segunda cuestión importante es que si bien el juez se encuentra imposibilitado de indagar sobre la existencia de algún hecho no afirmado por las partes, es el sujeto procesal facultado para aplicar el derecho, por imperio del iura novit curia, siendo una limitación a la primera cuestión esgrimida”⁶

En el sistema inquisitivo por el contrario , en su versión pura o ideal, el juez averigua los hechos, se preocupa por la verdad jurídica objetiva , en detrimento de la verdad formal y trata de alcanzar el ideal de la justicia material del caso.

Alvarado Velloso, uno de los principales referentes de la corriente denominada “garantismo” nos cuenta a grandes rasgos como surgió el método inquisitivo o inquisitorio, que nutre a la corriente doctrinaria denominada “Activismo o decisionismo”

⁶ Flores Máximo Alejandro : Flexibilización del principio de congruencia : La tentación autoritaria. XXIV Congreso nacional de derecho procesal “Por un sistema judicial eficaz en el marco constitucional , Libro de “Ponencias generales, relatos generales, trabajos seleccionados” Pag. 146 y ss.

“El propio pretendiente , convertido ahora en acusador de alguien (a quien seguiré llamando resistente para mantener la sinonimia de los vocablos utilizados) le imputaba la comisión de un delito. Y esa imputación – he aquí la perversa novedad del sistema- la hacía ante el mismo (Atención: no ante un tercero) como encargado de juzgarla oportunamente.

Por cierto , si el acusador era quien afirmaba (comenzando así con el desarrollo de la serie) resultaba elemental que sería el encargado de probarla. Sólo es que – otra vez- por sí y ante sí, para poder juzgar luego la imputación después de haberse convencido de la verdad de la propia imputación.

Por obvias razones, este método de enjuiciamiento no podía hacerse en público . De allí que las características propias del método eran:

- . El juicio se hacía por escrito y en absoluto secreto;

- . El juez era la misma persona que el acusador y , por tanto, el que iniciaba los procedimientos, bien porque : A él mismo se le ocurría (Así su actividad comenzó a ser oficiosa o propia de su oficio) o porque admitía una denuncia nominada o anónima (Ello quedó escondido en la idea del accionar oficioso) .

- . Como el mismo acusador debía juzgar su propia acusación, a fin de no tener cargos de conciencia (que , a su turno, también debía confesar para no vivir en pecado) buscó denodadamente la prueba de sus afirmaciones, tratando por todos los medios que el resultado coincidiera estrictamente con lo acaecido en el plano de la realidad social.

- . Para ello, comenzó entonces la búsqueda de la verdad real

- y se creyó que sólo era factible encontrarla por medio de la

confesión; de ahí que ella se convirtió en la reina de las pruebas (La probatio probatissima)

. Y para ayudar a lograrla, se instrumentó y reguló minuciosamente la tortura”⁷

Claro que esta no es la única opinión acerca del método inquisitivo, existen otras voces que ponderan las virtudes de esta idea de juez director. Así algunos autores entienden que la figura del juez director, con poderes deberes suficientes para esclarecer la verdad real y alcanzar de este modo la justicia material del caso, es una verdadera y necesaria imposición de los tiempos modernos. Entienden que la figura del juez director es requerido por la sociedad toda , puesto que el proceso persigue un fin social. Es dable destacar que estas posiciones no son sustentadas por algún autor extraviado, sino que por el contrario, ostentan una cómoda mayoría en la doctrina. Luego pueden encontrarse equivocados o no , pero lo que si estamos seguros es que no son pocos los que opinan de esta manera.

Roberto Berizonce formula una distinción entre el juez pasivo, juez activo y por último juez activista y lo hace de la siguiente manera: “Conviene a esta altura precisar ciertos calificativos de los que se derivan valoraciones respecto de la misión de los jueces. A la figura clásica de un juez “pasivo” se opone otra de juez “Activo “ y una todavía diversa de juez activista. La cuestión reside en diferenciar estas dos últimas y especialmente caracterizar el “activista”.

Activo significa protagónico por su virtud de obrar , operante , actuante, ejecutante y además dinámico. Por el contrario , pasivo implica

⁷ Alvarado Velloso, Adolfo: “La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento” en “Proceso Civil e Ideología, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia 2006, pag. 233 y ss.

inactivo, por su quietud e indiferencia. “Activista”, en cambio , denota no una cualidad puramente mecanicista o física, cual sería la aceleración o la diligencia, sino un sentido mucho más profundo que deriva del actuar pasivo pero, además , enderezado a la obtención de una finalidad en la que predominan los valores fundamentales. El juez pronuncia sus decisiones y cumple sus deberes funcionales diligentemente dentro de los plazos legales, podrá ser considerado activo; será “Activista” si , además, a partir de una visión progresista, evolutiva, reformadora, sabe interpretar la realidad de su época y le confiere a sus decisiones un sentido constructivo y modernizador, orientándolas a la consagración de los valores esenciales en vigor. Puede haber jueces activos comprometidos , sin embargo, con el statu quo, que colocan lúcidamente su empeño y actividad para oponerse a las transformaciones sociales, o que se presenten como axiológicamente neutros. El juez “activista”, en cambio , visceralmente empeñado con las vivencias comunitarias , actúa en función de servicio para interpretarlas, adaptarlas y aún perfeccionarlas en su aplicación para resolver los casos concretos. El “activismo” se verifica principalmente , aunque no con exclusividad a través de la sentencia en cuanto a las reglas jurídicas materiales; pero también en la conducción del procedimiento. .”⁸

Como se observa las dos corrientes de marras fundan sus argumentos en el sistema inquisitorio o inquisitivo y en el sistema acusatorio-dispositivo respectivamente. También se observan las mejores intenciones , pero es sabido que el infierno se encuentra empedrado de las mismas.

Es cierto que ninguno de los autores de la denominada corriente activista admite este parentesco entre activismo y sistema inquisitivo, pero a la luz

⁸ Roberto O. Berizonce: Derecho Procesal Civil Actual. Librería Editora Platense- Abeledo Perrot, 4 de agosto de 1999, pag. 364.-

del método que emplean en obtener la verdad jurídica , es dable destacar que si no se encuentran emparentados, al menos existe entre ellos un “aire de familia”.-

Respecto de la discusión acerca de la modernidad o antigüedad de las posiciones que sustentan los sectores enfrentados, diremos que ninguna de las posturas que se enfrentan son precisamente modernas. El reglamento de Klein , del cual se arrastra la figura del juez director y la publicización del proceso civil, data de más de cien años y el Código de Procedura Civil, de 1856, liberal y garantista, tiene más de 150 años.

Por lo tanto, más allá de los rutilantes títulos que los doctrinarios insertan en sus trabajos tales como “Avances del proceso civil”, “Proceso Civil Moderno”, pareciera que el título es apenas una remake de una vieja película. Una película que vimos y conocemos todos.

La pregunta que se podría formular en este instante es la siguiente: Cual es la relación entre sistemas procesales y modificación de demanda?. Ninguna relación en especial, mi intención es simplemente detectar cual es el sistema que brinda mayor libertad al justiciable, sin afectar la seguridad jurídica.

Desconfío de los dogmas que se le adjudican tanto al activismo judicial como al garantismo. Entiendo que ninguna de estas corrientes desprecian la libertad, ni la verdad jurídica objetiva , ni la justicia material del caso. Pero es cierto que los efectos de la aplicación de una u otra ideología en el proceso puede conspirar contra la libertad, la verdad jurídica objetiva y la justicia material del caso.

Desde ya sostengo que la permisión de modificación de demanda alienta la búsqueda de la verdad jurídica objetiva, la justicia material del caso y la libertad. Que esta permisión no conspira contra la seguridad jurídica, aunque si perjudique en algún aspecto las formalidades, que tal como

sostiene Luigi Ferrajoli, pertenecen al sistema inquisitivo.

Si tenemos que arriesgar alguna opinión sobre cual sistema registra mayor compatibilidad con un SFMD , me inclinaría por el sistema dispositivo, que pone en cabeza de las partes exclusivamente la defensa de sus derechos, situando al juzgador donde debe estar : En su lugar de tercer neutral. En el sistema inquisitivo o de cuño activista, la flexibilidad o rigidez del sistema resultaría irrelevante, dado que este sistema pone en cabeza del juez la salud del sistema y este se encargará de encontrar la justicia y la verdad, ya mediante el iura novit curia, ya mediante las pruebas de oficio.

5.3: Fin del proceso ordinario: Tesis activista: Se sostiene y se viene sosteniendo desde hace décadas la crisis del proceso civil. Sostuvo el desaparecido maestro Augusto Morello que “El más grueso diagnóstico de nuestras penurias judiciales (sentencias a cuatro años vista) pone asimismo de manifiesto el abuso de la jurisdicción (el servicio desbordado) la disfuncional opción, ante el exceso, por los procesos de índole sumaria, la utilización primera y generosa , casi forzada, del proceso cautelar (pero cautelar material , para satisfacer pronto la prestación en reclamo y no sólo para asegurar los resultados del proceso principal) porfiando por la recepción omnicomprensiva de la medida innovativa como reaseguro contra las demoras y el tiempo muerto del litigio y además y principalmente, como arma potente para ingresar al proceso en posición de negociar mejor.

Expresado de otro modo que ha ganado conciencia y la esperanza compensadora la tutela anticipada de efectos no pocas veces equivalentes a la decisión de condena sustancial- con ejecución provisional inmediata- que al concretarse en fases preliminares provoca agravios irreparables, anticipo equivalente , por sus efectos a los de la

sentencia de mérito”⁹. Sigue diciendo el referido maestro que “Su ilevantable corroboración se resalta (Entre muchos más) a través de estos datos...- Las prohibiciones y el empleo de las astreintes y de las sanciones conminatorias..- derechos –deberes activos- del juez, que es también ciudadano , consumidor y que contextualmente , tiene sobre ello personal conocimiento y experiencia vital”¹⁰.

Pues bien hasta aquí, interpretamos que este sector de la doctrina tiene en mira despedir al proceso ordinario tal como lo conocemos. No cabe duda que la intención de los doctrinarios que responden a esta idea es sana , pero su efecto es pernicioso. El autor de marras centra el proceso civil en la figura del juez, sosteniendo que “El bastión del juez tampoco se fuga a la “discrecionalidad” sino, inteligentemente , a una libertad razonada controlable, y a un balance prudente de contrapesos interiores que asegura avance y contención: lura curia novit; activismo interpretativo y self restraite, reglas modernas de la sana crítica que lo instalan en otro registro en el que debe privar el equilibrio: inmediatez, congruencia, proscripción de sorpresas y de rasgos autoritarios, mantenerse en lo suyo, poderes expresos e implícitos más los inherentes: una adecuada , prolija y completa motivación de los fallos, susceptibles , a su vez de amplia posibilidad de impugnación seria , razonadaLos operadores jueces, el control de los abogados de parte, con el auxilio de la doctrina y la opinión pública materialización la presencia y la prestación de la justicia legítima al poder jurisdiccional (en las circunstancias concretas del caso) el servicio recobra su imagen y la gente vuelve a confiar en su rol

⁹ Morello Augusto: “Del proceso que se va, al que viene” en Acceso al derecho procesal civil , Tomo II, Editorial Lajouane, Librería Editora Platense., 1ra. Edición , año 2007 , pag. 1529.

¹⁰ Morello Augusto: “Del proceso que se va , al que viene” en Acceso al Derecho Procesal Civil, Tomo II Editorial Lajouane, Librería Editora Platense 1ra. Edición, Año 2007, pag.. 1529 y ss.

insustituible y social..El foco que ilumina el conjunto es el de una humanización –solidarismo de la litigación.; de la socialización del proceso..... el juez –siempre el juez- debe comportarse – repitámoslo- como el verdadero artífice de una justicia realista, flexible , transparente enemigo del tiempo muerto del proceso, de resultados efectivospensando más en la justicia de los resultados que en la técnica del proceso “¹¹.

Pues bien, luego de leer este segmento del trabajo del referido maestro, caemos en la cuenta que el activismo judicial pone toda su energía en la figura del juez, quien debe pensar más en la justicia de los resultados que en la técnica del proceso, que en buen romance importa una reedición de la máxima de Maquiavelo: El fin justifica los medios. Al juez que brota de la pluma de Morello, no le importa la técnica y el método, le importa el resultado, puesto que el proceso se ha socializado y por tal razón, dejó de ser una cuestión de derechos disponibles de los contendientes, para pasar a ser la cuestión de la sociedad toda.

Estará equivocado el citado tratadista? Al menos en este punto del análisis no coincidimos. Por supuesto que a esta figura del juez director, propio del estatuto de Klein, propio del Código Fascista italiano de 1940, y del modelo receptado en el CPCN, se lo ha ornamentado con adjetivos propios de un juez garantista. El perfil del modelo garantista proscribía sorpresas (Se apegaba a la ley) y se desmarcaba de rasgos autoritarios. Por el contrario el Juez que propone Morello se encuentra auxiliado por la doctrina autoral, (Casi la mayoría integrantes del poder judicial) y por la opinión pública. Nos preguntamos en que sentido puede auxiliar al juzgador la opinión pública y nos viene a la mente aquel cuestionario de

¹¹ Morello Augusto: “Del proceso que se va , al que viene” en Acceso al Derecho Procesal Civil, Tomo II , Editorial Lajouane, Librería Editora Platense , 1ra. Edición pag. 1529 y ss.

conciencia que escribió Calamandrei¹² y los peligros que entrañaba el Juzgador que no pudiese contestar “Nunca”.

Va de suyo que entendemos que si se plasmara en la realidad este auxilio de la opinión pública, sería un salvavidas de plomo para los justiciables.

El producto que intenta entregarnos el tratadista de marras, tiene un packaging atractivo, luce perfecto en su envoltorio, pero cuando lo desenvolvemos y lo enchufamos, seguramente producirá más de un cortocircuito por resultar incompatible la figura del juez director con los atributos que lo ornamentan.

¿Que teórico del garantismo no quiere inmediación, celeridad, conciliación, publicidad, progresividad, seguridad dinámica, formas flexibles, preclusión razonable? ..por supuesto que hasta el más estricto

¹² “Cuestionario para un examen de conciencia de un magistrado al final de su carrera: ¿ Nunca me ha ocurrido, mientras me parecía estar convencido de la culpabilidad del imputado , darme cuenta de pronto que empezaba a considerarlo inocente al saber de quien era hijo?¿ Nunca me ha ocurrido, al decidir una litis, no poder apartar de mi mente las opiniones políticas o la fe religiosa, o los parentescos, o las amistades , de la parte a la que luego se le dio la razón?¿ Nunca me ha ocurrido , al decidir una litis, no poder apartar de mi mente las opiniones políticas, o la fe religiosa, o los parentescos , o las amistades, de la parte a la que luego se le dio la razón?¿ Nunca me ha ocurrido en la misma audiencia , para invitar a dos testigos que se sentaran delante de mí , emplear para cada uno de ellos una formula distinta: para uno “Tenga la bondad de tomar asiento”, y para el otro “Siéntese”?¿ Nunca me ha ocurrido , al dictar una sentencia , pensar sin querer en las consecuencias que, de dictarla en esa forma y no en otra, podían seguirse para mi ascenso o mi traslado?Dulce y tranquila vejez la del magistrado jubilado que a todas estas preguntas, puede contestar :Nunca” Piero Calamandrei: Elogio de los Jueces , Colección Clásicos del derecho , Librería “El Foro Buenos Aires, pag. 236, Edición de Octubre de 2008-

de los garantistas estarán de acuerdo con estas reglas y principios. Lo que sucede es que la idea de un juzgador con fuerte componente autoritario no garantiza, ninguno de estos principios. Estos se verían plasmados en la realidad con una legislación que tenga en cuenta las garantías constitucionales en su plenitud.

Ahora bien, si el servicio de justicia gira en torno a este juez, que rol le cabe a las partes?. Figuras de reparto de una función con un protagonista estelar. En consecuencia , nos debemos preguntar: ¿El proceso civil no debe regir derechos disponibles de las partes?, si así fuera, por que el Juez debe apurar los tiempos muertos, sustituyendo las facultades de las partes. Porque razón se socializan los derechos disponibles, que interés tiene la sociedad en que Pedro le pague a Juan?. Ninguna de estas preguntas tienen respuestas.

Tampoco tiene respuestas el fervor del activismo por eliminar etapas en pos de justicia y celeridad: Ni una ni otra pueden conseguirse suprimiendo garantías.

La particular visión del autor citado sostiene que “Las turbinas, los mecanismos que anuncian y arrastran los cambios se articulan en un trípode con que se motoriza la actual transición y salvan el honor del conjunto : a. El amparo. b. El recurso extraordinario y c. La operatividad de las medidas cautelares , el control oficioso de inconstitucionalidad y la tutela urgente... son las herramientas oportunas, adecuadas y salvadoras. Si no se obtiene en el inicio la cautelar, afrontar en estos días los riesgos, peripecias y costos de un largísimo e incierto proceso de conocimiento es tarea homérica”¹³.

¹³ Morello Augusto: “Del proceso que se va , al que viene” en Acceso al Derecho Procesal Civil, Tomo II , Editorial Lajouane, Librería Editora Platense , 1ra. Edición pag. 1543.-

Pues bien, las intenciones de Morello seguramente fueron sanas, pero intenta mostrar una realidad distorsionada: En primer lugar, el frío autoritarismo del juez director lo mitiga mediante la adición de institutos de su corriente opuesta. Por otra parte, reduce garantismo a formalismo y entendemos que de allí parte su error.

El juzgador es apenas un árbitro y guste o no guste, el partido lo ganan y lo pierden los jugadores . El árbitro marca los tantos, sanciona los fouls, pero el partido es de los jugadores. Que el juzgador garantiza el fair play?, seguro, pero los tantos los marcan los jugadores de cada equipo. En el proceso civil ocurre otro tanto: El proceso civil debe ser de las partes: El juez es apenas un tercero neutral.

Entendemos en definitiva, que el proceso civil goza aún de buena salud y que la figura del juez director, ya sea en el reglamento de Klein, en el Código Fascista italiano de 1940 o en el CPCN, conspira incluso contra los propios caballitos de batalla del activismo judicial: La celeridad, la justicia material del caso y la verdad jurídica objetiva. Estos principios o reglas (Según que autor las clasifique) se ven perjudicados con la figura de un juez con claros rasgos autoritarios.

Respecto del SMD que se adoptaría en un código procesal con contenido autoritario, al menos hasta la fecha, normalmente se elige un SMDR, donde lentamente se permite la intromisión del juzgador en la base fáctica.

5.4. Fin del proceso ordinario: Tesis garantista. Sostiene Alvarado Velloso en contra de la posición activista existe “Otra línea doctrinal aferrada al mantenimiento de una irrestricta vigencia de la constitución y con ella, del orden legal vigente en el Estado en tanto ese orden se adecue en plenitud con las normas programáticas de esa misma constitución. En otras palabras: Los autores así enrolados no buscan a un juez comprometido con persona , idea o cosa distinta de la Constitución,

sino a un juez que se empeñe en respetar y hacer respetar a todo trance las garantías constitucionales y esto se conoce con la denominación de el garantismo procesal ¹⁴. La tesis garantista , también persigue la verdad , también persigue la justicia. ¿Qué hombre de leyes no persigue estos fines?. Todos, el problema es el método. El SRMD es un buen marco para que proliferen los jueces activistas: Ante tanta injusticia, ante un error mínimo, se perjudican derechos que motoriza a un juez con buenas intenciones a articular resortes no legales con el fin de alcanzar la justicia del caso: De esta manera, flexibiliza el principio de congruencia, utiliza abusivamente el iura novit curia, interpreta los hechos conforme su entender , todo con el noble fin de alcanzar la verdad jurídica objetiva y con el innoble método de avasallar las normas legales. Entendemos que el juez activista en la mayoría de los casos es un juez acorralado por su conciencia ante un sistema jurídico kafkiano que impide el alumbramiento de la verdad. Si el SMD es rígido, a un juez inquieto no le queda otra salida que torcer las normas y convertirse en un juez arbitrario. Si el SMD es flexible, el juez no debe preocuparse por las partes, las mismas encontrarán el camino puesto que conocen o deben conocer los resortes jurídicos. Si no lo hacen, tratándose de derechos disponibles, el juez permanecerá en su función de espectador rechazando la demanda incluso ante un claro error de la parte actora. La misma dispuso de las oportunidades y fue negligente , por lo tanto al juzgador no le incumbe tomar posición por ninguna de las partes. En este sentido el SFMD es compatible con el garantismo dado que tal como sostiene Alvarado Velloso el “garantismo procesal no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental... por lo contrario se contenta modestamente con que los jueces- insisto que comprometidos sólo con la ley – declaren la certeza de las relaciones jurídicas conflictivas otorgando un adecuado

¹⁴ Alvarado Velloso Adolfo: El debido Proceso de la garantía Constitucional, pagina 300, Editorial Zeus SRL Rosario , año 2003.

derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funciona, para , así, hacer plenamente efectiva la tutela legal de todos los derechos “¹⁵

Por lo tanto , compartimos la elección de Adolfo Alvarado Velloso realizó en su texto “El debido proceso de la garantía constitucional”. En el mismo el citado autor nos dice lo siguiente: “ ... En el trance de tener que elegir un método de juzgamiento – no como autoridad en calidad de juzgador (y conste que lo he sido durante casi toda mi vida) sino de simple particular que anda de a pie por los caminos de la vida-Me enfrento con una alternativa inexorable que ya presenté supra:

o elijo un proceso que sirva como medio de opresión (al mejor estilo kafkiano) u

Opto por un método que se presente en sí mismo como último bastión de la libertad.

De ahí que tomando partido por la constitución y no por la ley en esta lucha ideológica que hoy enfrena absurdamente a los procesalistas de America, elijo proclamar :
la libertad

La garantía del debido proceso

Y el goce irrestricto del día de audiencia previa en la Corte de Justicia.

Donde todo ciudadano tiene derecho a ser juzgado imparcialmente por un juez

Y colocado por el en un pie de perfecta igualdad frente a su contradictor

¹⁵ Alvarado Velloso Adolfo: El debido proceso de la garantía constitucional, pag. 33, editorial Zeus SRL , Rosario Año 2003.-

Y si la asunción por el juez de actitudes paternalistas con las partes o de tareas que no le incumben conforme con lo normado por la Constitución.

Esto es- a la postre e iterativamente- lo que hoy se conoce en la sociología judicial con la denominación de garantismo procesal.”¹⁶

Pues bien, en una primera impresión, pareciera que un SFMD resulta compatible con la tesis garantista, pero sólo al final del presente trabajo nos dará la respuesta correcta.

CAPITULO 6: RELACIÓN ENTRE SISTEMAS , PRINCIPIOS Y SISTEMAS DE MODIFICACIÓN DE DEMANDA:

Luego de haber desarrollado lo anterior nos podríamos preguntar: ¿Era necesario desarrollar los temas aludidos teniendo en cuenta que el presente trabajo finca exclusivamente en las oportunidades que es factible modificar la demanda?. Entendemos que si, dado que la relación es aún más profunda de lo que parece.

En este apartado trataremos de enunciar más que analizar, los principios y reglas del debate que resultan forzados o violentados por este sistema flexible que proponemos. Previamente definiremos cada uno de ellos. El orden que planteamos es arbitrario, no responden a la importancia que tienen en el proceso, pero si los ordenamos de acuerdo al impacto que sufrirían las reglas o principios si se adoptase un sistema flexible de mutación de demanda.

Los principios son los siguientes:

6.1. Principio de preclusión: Hemos sido educados con una idea de demanda inmutable. Por lo tanto cualquier atisbo de alteración de la

¹⁶ Alvarado Velloso Adolfo: El debido proceso de la garantía constitucional, pag. 35, editorial Zeus SRL , Rosario Año 2003.

misma, lo primero que se nos ocurre es pensar en la preclusión. La modificación de esta regla técnica de debate nos conecta con la idea de violación del derecho de defensa. En rigor a la verdad no se entiende tanto temor por la flexibilización de esta regla.

Lino Enrique Palacio sostiene que “De acuerdo con el principio de preclusión, en cambio, el proceso se halla articulado en diversos períodos o fases dentro de cada uno de los cuales deben cumplirse uno o más actos, siendo ineficaces aquellos que se ejecutan fuera del período que les está asignado.”¹⁷. Pues bien, esta regla o principio no se alteraría por la circunstancia que se logre elastizar la fase y se admita la modificación de algún aspecto de la demanda durante el curso de la misma. No se relativiza el principio de preclusión, simplemente se ensancha la fase preclusiva y en consecuencia es factible ingresar alguna modificación de la demanda antes que se agote la misma. Palacio sostiene que “Tras definir a la preclusión como la pérdida extinción o consumación de una facultad procesal, Chiovenda señala con toda claridad, que tales situaciones pueden ser la consecuencia de :

No haberse observado el orden señalado por la ley para su ejercicio. En nuestro derecho , por ejemplo la falta de presentación de la prueba documental con los escritos de demanda, reconvención o contestación de ambas (vgr. Art. 333 del CPN) impide aportar esa clase de prueba en una oportunidad ulterior, salvo en los casos por el previstos por el art. 335 de dicho ordenamiento; las excepciones dilatorias deben oponerse dentro de los primeros diez días del plazo para contestar la demanda o la reconvención (Vgr. Art. 346 del CPN), no siendo admisible que, con posterioridad , se

¹⁷ Palacio Lino Enrique, Derecho Procesal Civil, Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, pag. 279, año 1994.-

amplíen las ya deducidas o se deduzcan otras que no fueron planteadas en aquella oportunidad ; la falta de interposición de un recurso dentro del plazo respectivo produce la extinción de la facultad pertinente y lo decidido tiene carácter firme.

Haberse realizado una actividad incompatible con el ejercicio de la facultad . Así pro ejemplo, la contestación de al demanda sobre el fondo del asunto produce la preclusión de la facultad de oponer excepciones dilatorias aún en el supuesto de que aquel acto se cumpla los primeros diez días del plazo respectivo ; la ejecución de cualquier acto procesal que implique el cumplimiento de la sentencia, hallándose pendiente el plazo de las impugnaciones , determina la preclusión de la facultad de interponer los recursos correspondientes etc.

Haberse ejercitado ya válidamente una vez la facultad (Consumación propiamente dicha) ¹⁸ .

De los ejemplos traídos a colación por Lino Enrique Palacio , cabe destacar que la regla de preclusión, como bien sostiene Alvarado Velloso, es una regla técnica de debate y no debe resultar un fin en si mismo. En algunos supuestos no se discute la operatividad del fenecimiento del plazo preclusivo, tal como ocurre por ejemplo en la interposición de excepciones dilatorias, o la interposición de un recurso. En estos supuestos no cabe duda que la preclusión opera y que es sano que así ocurra. Pero en otros supuestos, si bien lo indica en algunas legislaciones provinciales , no deja de ser un despropósito , como por ejemplo el ofrecimiento de documentos y la sanción de inadmisibilidad en

¹⁸ Palacio Lino Enrique , Derecho Procesal Civil, Tomo I , Editorial Abeledo Perrot Pag. 280, año 1994.-

caso de ofrecimiento tardío. En este mismo trabajo haremos alguna referencia a este supuesto, pero entendemos que se trata de un rigor formal que roza la violación del derecho de defensa, máxime que en estos supuestos se impide la alegación al proceso de la prueba tal vez más importante del proceso civil.

También es posible disentir con la denominada consumación, puesto que se entiende que dentro del plazo previsto para que las partes realicen algún acto procesal, las mismas son soberanas y pueden modificar lo hecho hasta el vencimiento del plazo , o en su defecto hasta que la contraria se notifique del acto procesal realizado.

En estos supuestos no se trata de flexibilizar o relativizar la regla o principio de preclusión, sino de ajustarlo a su verdadera función dentro del proceso civil. En este sentido Gozaini sostiene que “El principio de preclusión responde a la necesidad de dar un tiempo a la oportunidad de alegar , probar y resolver. Por la preclusión procesal, en situación con los tiempos del procesos, se articula el orden secuencial de los actos , de manera ordenada , progresiva y donde cada actividad debe cumplirse en el período designado. Ello significa que el transcurso de una fase para seguir a otro consume la oportunidad y extingue el tiempo ofrecido para hacer. ”¹⁹ Estamos de acuerdo en el orden que debe seguir el proceso y que la regla de preclusión reviste cardinal importancia a la hora de su ordenamiento. Lo que definiremos a la hora de las conclusiones es si este principio sufre mella alguna con el sistema que proponemos. Adelantamos que la regla de preclusión - o el principio de preclusión según lo que opina autorizada doctrina- debe resultar funcional al derecho de defensa y no un impedimento para su ejercicio. Por lo tanto para que resulte funcional, debe operar con alguna flexibilidad, con límites claros , pero que no se

¹⁹ Gozaini Osvaldo : Tratado de derecho procesal civil . Tomo II, Editorial La Ley, pag. 644, año 2009.

convierta en una trampa para el justiciable sino como un medio para ordenar las alegaciones o el mismo proceso.

6.2. Principio de contradicción: En cualquier texto encontraremos que si se permitiera alguna flexibilidad a la hora de realizar las alegaciones, se violaría el principio de contradicción. Este principio “llamado también de bilateralidad o de controversia, deriva de la cláusula constitucional que asegura la inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos (arts. 18 Const. Nac.) ... aunque, como advierta advierta Millar es inseparable de toda administración de justicia organizada y encuentra expresión en el precepto romano: Audiatur et altera pars (Oígame a la otra parte)...en términos generales , implica la prohibición de que los jueces dicten alguna resolución o dispongan la ejecución de alguna diligencia procesal sin que , previamente hayan tenido oportunidad de ser oídos quienes pudieran verse directamente afectados por tales actos. Es sobre la base de esa idea que las leyes procesales estructuran los denominados actos de transmisión o comunicación , como son los traslados, las vistas y las notificaciones, cuyo objeto consiste en colocar a las partes, y eventualmente a los terceros en condiciones de expedirse acerca de las pretensiones o peticiones que se formulen en el proceso y de controlar el diligenciamiento de los actos procesales dispuestos a pedido de otra parte o de oficio por el juez”²⁰

Este principio tiene decisiva importancia en el proceso civil, al punto que nos animamos a sostener que sin contradicción no existe proceso civil. Claro que este principio de contradicción o de bilateralidad no resulta vulnerado si se corre traslado de cualquier nueva alegación, encontrándose la contraria en condiciones de evacuar el mismo.

Sigue sosteniendo Lino Palacio que “La vigencia del principio de

²⁰ Palacio Lino Enrique, Derecho Procesal Civil, Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, pag. 279 , año 1994.-

contradicción requiere fundamentalmente que las leyes procesales acuerden , a quienes se encuentren en las situaciones mencionadas, una suficiente y razonable oportunidad de ser oídos y de producir pruebas, no exige la efectividad del ejercicio de tales derechos, razón por la cual el principio que nos ocupa no resulta desconocido cuando la parte interesada no hizo valer, por omisión o negligencia , los medios de defensa, las pruebas o los recursos que pudo utilizar en la respectiva oportunidad procesal”²¹

Lo que propone el tratadista mencionado no será objeto de refutación en el presente, ya que compartimos plenamente su razonamiento. Entendemos que para que funcione correctamente el derecho de defensa es necesario que las partes tengan la posibilidad de controlar la regularidad del proceso.

Es factible que estos continuos traslados pueden dilatar el proceso. Así lo sostiene Palacio quien sostiene que “Interesa destacar sin embargo que la dilación de los procesos judiciales obedece en apreciable medida , a la exagerada extensión que los jueces suelen acordar a este principio, sea mediante el otorgamiento de traslados o vistas innecesarios, sea mediante una apreciación excesivamente liberal de las circunstancias que autorizan la notificación personal o por cédula. Es que , como observa Podetti, la necesaria comunicación entre partes , que comporta el principio de bilateralidad “ No debe ir mas allá de lo estrictamente necesario para asegurar los derechos, pues de lo contrario se convierte en un sistema dilatorio que entorpece la pronta y expeditiva solución de los litigios”²².

En esto disentimos con el citado autor . Sostenemos que la “pronta y

²¹ Palacio Lino Enrique, Derecho Procesal Civil , Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, pag. 279 , año 1994.-

²² Palacio Lino Enrique, Derecho Procesal civil, Tomo I , Editorial Abeledo Perrot, Pag. 279, año 1994.-

expeditiva solución de los litigios” se entorpece por la ineficacia del juzgador, sea esta ineficacia producto de su propia negligencia, de su saturación o de otras razones.

Cuando se omite el traslado o la vista, se perjudica el derecho de defensa. Los procesos judiciales se eternizan por años y no por causa de un traslado o vista de seis o tres días respectivamente. Por lo tanto , entiendo que lo dicho por el citado autor obedece a un punto de vista estrictamente judicial, omitiendo considerar el punto de vista del abogado litigante que sufre en silencio la desafortunada demora de los jueces.

6.3. Principio de economía procesal: Sostiene Lino Palacio que “Este principio es comprensivo de todas aquellas previsiones que tienden a la abreviación y simplificación del proceso, evitando que su irrazonable prolongación torne inoperante la tutela de los derechos e intereses comprometidos en el .Constituyen variantes de este principio los de concentración , eventualidad , celeridad y saneamiento” ²³

Este principio es de vital importancia en el proceso civil , siempre y cuando no importe la supresión indebida de garantías.

Si se entiende por economía procesal suprimir recursos y traslados, equivale ni más ni menos a economía de garantías, y en este sentido optamos por que el sistema derroche garantías.

Reiteramos que los traslados son de seis días o excepcionalmente de 10 días en los procesos ordinarios. La reiteración de un traslado en definitiva tendrá un dispendio de tiempo de algunos días hábiles. Va de suyo que la doctrina no se refiere a estos seis o diez días de más cuando habla de dispendio de tiempo. La cuestión de la dilación en el proceso se debe en

²³ Palacio Lino Enrique, Derecho Procesal Civil, Tomo I, Editorial Abeledo Perrot , pag. 285 año 1994.

gran parte a resoluciones equivocadas dictadas por el tribunal que provoca el arsenal recursivo de algunas de las partes del proceso, o a peticiones formuladas por las partes con el sólo fin de alargar el proceso. La incidencia de las vistas y traslados en la mora de la justicia es insignificante.

6.4. Principio de celeridad: Respecto de la afectación que sufriría el principio de celeridad con el sistema que se propone , entendemos que repercutirá en este principio. Evidentemente una demanda ordinaria , que sufra diversas alteraciones en su objeto , obligando a sucesivos traslados conspira contra la celeridad procesal. Pero también es cierto que nadie pretende una justicia con velocidad de formula uno, sino una justicia tempestiva que no es algo menor.

6.5. Principio de legalidad e instrumentalidad de las formas: Sostiene Lino Palacio que “El principio de legalidad de las formas excluye la posibilidad de que las partes convengan libremente los requisitos de lugar, tiempo y forma a que han de hallarse sujetos los actos procesales, requiriendo , por lo tanto que aquellas se atengan a los requisitos que determina la ley. Este principio , sin embargo, esta limitado por la existencia de las llamadas normas procesales optativas , que acuerdan a las partes la facultad de regular aspectos parciales del proceso. ²⁴ Sigue diciendo el citado tratadista que “Podetti ha señalado que , lo mismo que el principio de bilateralidad, el de legalidad de las formas (que dicho autor llama de “formalismo”) tiene raíz constitucional, pues tiende a garantizar la defensa en juicio de la persona y de los derechos , pudiendo ser considerado “como el antemural de la arbitrariedad del individuo o del Estado y como un elemento básico de la libertad civil “ Pero – agrega- esa indiscutible jerarquía del principio exige que sea cuidadosamente

²⁴ Palacio Lino Enrique, Derecho Procesal Civil, Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, pag. 295 , año 1994.-

dosado para evitar caer en el culto de la forma, tan caro a la rutina de los gremios forenses”²⁵

Estamos de acuerdo con lo que sostienen los maestros citados, pero si se aplicara este sistema que venimos proponiendo, las formas no se resentirían, sino que simplemente se tratarían de formas distintas a las actuales, con fases preclusivas , si no elástica, por lo menos no tan rígida.

Las formas son necesarias para que el proceso civil funcione ordenadamente, con el consiguiente resguardo del derecho de defensa. En el sistema propuesto, no se observa desorden alguno, ni violación del derecho de defensa. Lo que se observa en definitiva es un orden diferente , que seguramente , provoca cierto escozor en la doctrina .

Es dable destacar que el principio de instrumentalidad de las formas viene a limitar el ritualismo formal, considerando que las formas no son un fin en si mismo, sino que deben ser un instrumento para la consecución de los fines para los cuales se legisló.

6.6.Principio de congruencia: “Es el principio normativo que delimita el contenido de las resoluciones judiciales , de acuerdo con el sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes, para el efecto de que exista identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones y excepciones puramente aducidas, a menos que la ley otorgue facultades especiales para separarse de ellas”²⁶. “El fundamento del principio de congruencia es que mediante el respeto del mismo se efectivizan las garantías constitucionales de defensa en juicio e igualdad ante la ley. Las partes aportan los hechos , por su propia iniciativa , ofrecen o no la prueba que

²⁵ Palacio Lino Enrique , Derecho Procesal Civil, Tomo I , Editorial Abeledo Perrot, pag. 295 , año 1994.-

²⁶ Devis Echandía Hernando: Teoría General del Proceso, Tomo II, pag. 533 Buenos Aires, Editorial Universidad , año 1985.-

hace a su derecho. Siendo los mismos disponibles , al Estado no debe preocuparle la negligencia probatoria de las partes, puesto que si las mismas pueden desistir de la acción, pueden no iniciar la acción, con más razón pueden no ofrecer prueba alguna que sustente su pretensión. Pues bien, una vez finalizado el litigio, el tribunal debe resolver sobre lo que existe en el mundo del proceso exclusivamente. Las partes tienen cierta certeza sobre el resultado predican el mismo , pues confían en que el magistrado aplicará a rajatabla este principio. Por lo tanto el resultado no debe sorprender : Si se acreditó el hecho y se puede subsumir en una norma elegida por la parte o por el juzgador en el ejercicio del iur novit curia , la sentencia será favorable”²⁷. El principio de congruencia se recepta en el Código Procesal de la Provincia de Córdoba en el artículo 330 que textualmente reza: “El tribunal deberá tomar por base de la sentencia la exposición de los hechos, contenidos en los escritos de demanda y contestación o ampliación en su caso”. Esta norma “consagra la recepción legal de uno de los principios lógicos clásicos que deben regir la correcta construcción de un acto jurisdiccional válido, cual es , el principio de identidad. Así la congruencia refiere ²⁸a la identidad jurídica que debe existir entre los sujetos , el objeto y la causa, sobre los que haya recaído la decisión judicial, y los sujetos , el objeto y la causa que individualizan a la pretensión y a la oposición” ²⁹. Este principio es un límite al arbitrio del juzgador, mediante el mismo, el juzgador no puede

²⁷ Flores Máximo: “Flexibilización del principio de congruencia. La tentación autoritaria” Libro de Ponencias y relatos generales y trabajos seleccionados del XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal , Mar del Plata 2007, pag. 145

²⁸ Cámara de apelaciones , San Francisco, Sentencia nro. 31 de 1990, citada por Venica Hugo, Código procesal Civil y comercial de la Provincia de Córdoba, Tomo III, pag. 210, Editorial Lerner, año 1999-

²⁹ Venica,Oscar Hugo: Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, Tomo III, pag. 209, editorial Lerner , año 1999.-

modificar a su antojo la demanda, alterando los hechos, el objeto litigioso y la causa del conflicto . Se ha fallado que “El principio de congruencia... no está establecido por un mero prurito de concordancia entre demanda y sentencia, sino como medio de asegurar la garantía constitucional de defensa en juicio... dicho de otro modo, no vale por sí mismo, sino en el sentido indicado, evitando que el demandado- o el reconvenido- pueda llegar a ser condenado en virtud de pretensiones o hechos respecto de los cuales no tuvo oportunidad de ser oído, en suma de defenderse. Luego si esa indefensión no se da, el derecho de defensa no se ve afectado... el principio de incongruencia no puede erigirse en una valla insalvable”.

6.7. Flexibilización del principio de congruencia: Desde una sector de la doctrina se pretende flexibilizar el principio de congruencia, liberando de ataduras al Juzgador. De esta manera el proceso civil ingresa en una especie de zona liberada donde el juez será amo y señor para que desarrolle su concepción de justicia, permitiéndosele crear derecho, y violar sistemáticamente el principio de congruencia sin riesgo de ataques recursivos. Esta tendencia , también entiendo que surge por la rigidez del sistema en algunos puntos, entre ellos el relativo a la modificación de demanda. Cabe destacar que los autores que comienzan a sustentar esta posición son prestigiosos y de una manera u otra , venimos aprendiendo de ellos desde hace años, razón por la cual , es factible que esta tendencia se profundice y se instale cómodamente en la doctrina.

Oswaldo Gozaini, tal vez con cierta timidez , interpreta de otra manera el principio de congruencia. Sostiene el citado autor que “La posibilidad de resolver fuera del marco de lo pedido no agravia el derecho de defensa ni conspira con la garantía del debido proceso. No se trata de cambiar el interés puesto de manifiesto en la demanda, ni de socavar el derecho del litigante a satisfacerlo en la misma proporción que ha propuesto, sino de advertir que, la cosa demandada no es un objeto estanco y acotado, sino

un marco de referencia donde el poder del que pide e inclusive, la misma negociación entre las partes, permite reconducir o replantear la pretensión llevándola a una flexibilidad que el principio de congruencia, en los parámetros actuales , no admite ni tolera. No se trata de alterar la pretensión sin que la parte interesada resuelva el cambio o la reversión, sino de impulsar la transformación del objeto pedido cuando de las propias contingencias de la causa, se advierte la eficacia de propiciar soluciones alternativas. Este fenómeno se visualiza en diversas variables , como puede ser la determinación en la sentencia condenatoria de una reparación en cuotas ; o en especie. O bien cuando se restituye el derecho alterado y se promueve entre las partes la negociación para evitar conflictos futuros. También, cuando se interpreta la conducta de las partes y se altera el sentido de la pretensión sin quebrar la índole de la satisfacción y el derecho a una sentencia justa. En definitiva, hablamos de hacer justicia, y a sabiendas de que el principio de congruencia se instala entre las garantías propias del derecho de defensa, no existirá contraste si quien peticiona una cosa y encuentra que en la sentencia no hay conformidad, adecuación o correlación con ella , pero el sentido de lo justo no importará el defecto o el exceso. En otros términos no existirá incongruencia cuando se decida sobre pretensión que, aunque no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso. Porque para que el vicio afecte el derecho de defensa deberá mostrar un absoluto desvío de la pretensión con consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio, produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial, se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieron oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieran por

conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales”³⁰

Pues bien, nos permitimos disentir con el tratadista de marras: el juez no puede “impulsar la transformación del objeto pedido cuando de las propias contingencias de la causa, se advierte la eficacia de propiciar soluciones alternativas”. El juez es un tercero neutral , imparcial , imparcial e independiente que debe juzgar el caso de acuerdo a lo alegado por las partes. La solución debe respetar la ley, no buscar infructuosamente la satisfacción de la justicia del caso, que incluso es una cuestión subjetiva de cada uno y que puede variar de acuerdo a valores e intereses. Si se reclamó una suma dineraria, el juez debe mandar a pagar dicha suma o rechazar la demanda, más se encuentra impedido de ordenar una condena en cuotas: Obsérvese que el Código Civil dispone que el acreedor no esta obligado a recibir pagos parciales, sin embargo , el juez puede derogar esta norma, y crear una norma individual que obligue al acreedor a recibir pagos parciales. Esto viola el principio de congruencia y modifica la pretensión en perjuicio del actor o eventualmente del demandado, todo según el arbitrio del juzgador.

Resulta criticable en nuestra opinión que el juez “Interpreta la conducta de las partes y se altera el sentido de la pretensión sin quebrar la índole de la satisfacción y el derecho a una sentencia justa”³¹. Entendemos que

³⁰ Gozaini Osvaldo Alfredo: Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomo II , pag. 449 y ss, Editorial La Ley , año 2009.-

³¹ “Si bien la actora manifestó- ante la insistencia del juzgado- que el monto del reclamo por daño moral ascendía a la suma simbólica de \$1, ya que el único objeto perseguido por su demanda era el de limpiar su buen nombre y honor y no obtener ningún tipo de indemnización , afecta el principio de congruencia la estimación peldaño efectuada por la alzada en la suma de \$10.0000, pues para justificar ese temperamento sólo se ha mencionado genéricamente que hacía uso de las facultades que le conferían diversas normas del Código Procesa y atendía

también se viola el principio de congruencia y se altera la pretensión, que es una conducta inadmisibles en el juzgador.

Por último también criticamos que el Juez deba “Hacer justicia”, el juez resuelve conforme las constancias del expediente, si el resultado es justo o no, dependerá en gran medida del propio interés que las partes pusieron en el proceso, y en un todo conforme con la naturaleza de derechos disponibles que se ventilan en el proceso civil. Va de suyo que si se peticiona una cosa, y luego “Encuentra que en la sentencia no hay conformidad , adecuación o correlación con ella, pero se le da el sentido de lo justo, no importará el defecto o el exceso”, lo menos que puede sentir el justiciable es una suerte de defraudación, dado que pidió una cosa y obtiene otra. Luego el grado de espanto variará si esta sentencia azarosa lo castigó o premió con la diferencia.

Entendemos que no es necesario un absoluto desvío de la pretensión, cualquier desvío de la pretensión es suficiente para atacar el vicio de incongruencia.

Observamos de esta manera que desde un sector doctrinario, se pretende flexibilizar el principio de congruencia, liberando de ataduras lógicas y formales al Juzgador con el riesgo que ello implica.

Esta flexibilización del principio de congruencia fue receptado en la legislación procesal de la nación, que si bien, es absolutamente rígida para las partes , es flexible para el juzgador. No hace falta reiterar que el CPCN es un Código que recepta la ideología del activismo judicial. El artículo 163 inc. 6º, ultimo párrafo dispone que “ La sentencia podrá hacer

las características especiales en que se suscitaron los hechos que dieron origen a la causa” Corte Suprema de Justicia de la Nación. Gonzalez Adriana c. Gorbato , Viviana – 31-08-04 Fallos 327:3560 citado por Gozaíni Osvaldo Alfredo, Tratado de Derecho Procesal , Tomo II, Año 2009, pag. 460.

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”. De esta manera surge claramente que el Juez al hacer mérito de hechos acaecido en el proceso, pero no invocados por las partes, quiebra el principio de congruencia , dado que en este caso, puede modificar el objeto de la demanda. “En primer lugar entiendo que el artículo 163 inc. 6°. Viola el principio de congruencia puesto que indica que la sentencia podrá hacer mérito de los hechos producidos durante la sustanciación del proceso y que se han probado aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos.

Existe una contradicción en el texto del mismo artículo: Si el hecho en cuestión se produjo durante la sustanciación del juicio (prueba de ello es que el medio probatorio fue allegado al proceso) y no fue invocado en la oportunidad procesal por la parte, el juez nada tiene que merituar si la parte no lo solicita. Si el juez valora la prueba y falla de acuerdo a ello habrá violado el principio de congruencia..... En el dispositivo legal de la nación las partes ofrecen prueba y si de la misma surge algún hecho constitutivo , extintivo o modificativo, aún sin alegación de la parte , el juez oficiosamente podrá hacer mérito de ella. En este caso si se viola el principio de congruencia puesto que no son las partes quienes delimitan el thema decidendum, son que es el juez que avanza sobre las mismas y en uso de su potestad modifica la cuestión a decidir..”³²

En definitiva, entendemos que el juzgador no debe inmiscuirse en el proceso y debe tener en cuenta el límite del principio de congruencia, tanto en la modificación de la demanda como en la aplicación del iura

³² Flores Máximo A.: “Flexibilización del principio de congruencia. La tentación autoritaria”. Libro de ponencias del XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal Mar del Plata 2007, pag. 145 y ss.

novit curia.³³

Esta suerte de modificación de demanda realizada vía aplicación de iura novit curia o flexibilización del principio de congruencia, debe ser extirpada del proceso civil, puesto que altera las reglas del juego y produce incertidumbre e indefensión en las partes, máxime cuando el justiciable se desayuna de la modificación de la demanda operada por estas vías al notificarse de la sentencia, no habiendo tenido oportunidad alguna de audiencia o prueba.

No obstante ello, aún cuando tuviese oportunidad de audiencia o prueba, si la modificación la realiza el juzgador, desde ya resulta inadmisibles puesto que quiebra las garantías de imparcialidad, imparcialidad e independencia que requiere la investidura de magistrado.

Por esta razón no es suficiente el argumento sostenido por el Dr. Juan C. Copani, respecto del blanqueo de esta situación anómala mediante la comunicación a las partes, conducta extraída de la ZPO. Según este autor “Relativo a este balance es obligada la referencia al Art. 139 denominada la “carta magna del proceso civil de la Zivilprozessordnung (ZPO) alemana que establece en su apartado 2 el deber del Tribunal de dar aviso a las partes cuando tienen un punto de vista diferente al sostenido por ellas en su escrito de postulación. Este deber es una buena síntesis del equilibrio

³³ “El principio de congruencia se vincula con la garantía de la defensa en juicio, ya que como regla el pronunciamiento judicial que desconoce o acuerda derechos no debatidos es incompatible con las garantías constitucionales, pues el juzgador no puede convertirse en la voluntad implícita de una de las partes, sin alterar el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria” Corte Suprema de Justicia de La Nación. Franco Carlos Gustavo s. Recurso de Apelación ley 24.521, art. 3227. 27-5-04, Fallos Nro. 327:1607, citado por Gozaíni Osvaldo Alfredo, Tratado de Derecho Procesal, Tomo II, Año 2009, pag. 461

propuesto más arriba toda vez que, en definitiva, esa variable de óptica es lo que hará susceptible que el tribunal se aparte de las pretensiones originarias cuando considere que, en el marco definido por ellas, el proceso no podrá resolverse de manera razonable; del otro lado para evitar sorpresas, sólo podrá decidir conforme a ese diferente de vista que tiene, cuando haya dado un aviso oportuno a los litigantes (Incluso la norma prevé la posibilidad de dar un plazo para expresar lo que estimen oportuno a su derecho. En un sentido similar la ley de procedimiento cubana establece en su artículo 45 que “Los tribunales podrán resolver sobre aspectos no contenidos en las cuestiones planteadas, con arreglo a las condiciones siguientes: 1. Que los nuevos aspectos apreciados por el Tribunal sean consecuentes o estén íntimamente relacionados con las pretensiones originalmente deducidas. 2. Que los nuevos aspectos apreciados por el Tribunal se encuentren dentro de su competencia 3. Que antes de dictar sentencia, el Tribunal instruya a las partes de los nuevos aspectos que aprecie, concediéndoles un plazo no mayor de seis días para que hagan las alegaciones y propongan las pruebas que estimen convenir a su derecho. Se ven aquí los dos extremos a los que se hizo referencia más arriba, en una mano, la necesidad de eficacia plena del proceso, en la otra, que en pos de ella no sea violado el proceso justo formal”³⁴.

Entendemos que la postura que refleja el citado autor tiene un sesgo autoritario inadmisibles. En el caso de derechos disponibles al Estado no debe interesarle la eficacia plena del proceso, puesto que esto es cuestión de las partes. El estado debe brindar las herramientas y resortes para que las partes hagan valer sus derechos, pero si no lo hacen, no deja de ser una cuestión exclusivamente privada de las mismas, relativa a

³⁴ Copani Juan C: “Momentos de la potestad dispositiva, Flexibilización y adecuada traba de la litis” Libro de ponencias del XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal Mar del Plata 2007, pag. 129 y ss.

sus derechos disponibles. Esto podría tratarse de una concepción que mira al proceso con un fin social y se puede o no estar de acuerdo. Lo que sorprende es que concluya que el proceso justo formal no sea violado. El proceso en este caso ya fue violado , dado que el juzgador se colocó en situación de parte y modifica las alegaciones de las partes. La circunstancia que el juzgador avise, no impide que el proceso resulte violentado. En este caso no juega el popular dicho “El que avisa no traiciona”, en este caso, el Tribunal modifica la demanda, endereza la pretensión y de una manera u otra suple la negligencia de alguna de las partes.

En definitiva y para concluir , entendemos que la demanda no puede ser modificada por el juzgador, ni por la vía de la flexibilización del principio de congruencia, ni por aplicación ilimitada del iura novit curiae.

CAPITULO 7 : DEMANDA JUDICIAL:

7.1 Concepto : La demanda judicial es el acto procesal que contiene la pretensión y que normalmente abre la instancia³⁵.

³⁵ “La pretensión es una declaración de voluntad hecha en el plano de la realidad social mediante la cual se intente subordinar a la propia una voluntad ajena.... La insatisfacción de la pretensión , por la aparición contemporánea de una resistencia a ella , es la que origina el conflicto intersubjetivo de intereses (Que se presenta en la realidad con total prescindencia del efectivo derecho o razón que el pretendiente y el resistente tengan para fundar sus respectivas posiciones antagónicas). El traslado de esa pretensión al plano jurídico del proceso (único supuesto que interesa ahora) se efectúa mediante el ejercicio del derecho autónomo y abstracto de acción que, no obstante tales calificaciones , no puede ser materialmente ejercicio sin estar acompañado de modo ineludible por aquélla. A su turno, tal ejercicio del de acción se efectúa exclusivamente mediante la presentación a la autoridad de una documento : La demanda” Alvarado Velloso,

Sostienen Angelina Ferreryra de la Rúa y Cristina Gonzalez de la Vega Opl que “El poder de acción se ejerce frente al órgano jurisdiccional y se concreta en el acto procesal de la demanda. En ella se contiene la pretensión que se fundamente en afirmaciones de hechos jurídicamente relevantes. La acción se promueve y ejercita con la presentación de la demanda que es la vía por la cual ésta se materializa. Se ha escrito que la demanda es “El acto procesal mediante el cual es justiciable introduce ante el órgano jurisdiccional una pretensión concreta de actividad. Se entiende así a la demanda como el acto procesal que contiene una declaración de voluntad del justiciable que presenta al órgano jurisdiccional para la apertura de la instancia. Expresado de otro modo , es la primera petición realizada por el actor ante el juez , dirigida contra una persona determinada que asume el carácter de demandado a fin que se declare el derecho en el caso concreto de que se trata”³⁶ .

En este mismo sentido sostiene Gozaini que “Se denomina demanda al acto procesal por el que se ejercita el derecho de peticionar a las autoridades procurando la iniciación de un proceso. Habitualmente , es la primera actividad que se realiza para la formación del juicio y el nacimiento de la instancia. Sin embargo es preciso diferenciar entre ambos conceptos , porque la instancia no supone, necesariamente , la vida del proceso; en cambio éste , lógicamente se compone de instancias

La iniciación procesal puede generarse con diligencias preliminares , en pruebas anticipadas o medidas precautorias, pero ninguna de ellas determinan el nacimiento del proceso aún cuando suponen una instancia

Adolfo: Introducción al estudio del Derecho Procesal , pagina 97 y ss. reimpresión. Rubinzal Culzoni Editores, 11 de Septiembre de 2003.-

³⁶ Ferreyra de de La Rúa, Angelina- Gonzalez de la Vega de Opl, Cristina: Código Procesal Civil y Comercial , pag. 279, Editorial La Ley, Buenos Aires , Julio de 2002.-

El autor de marras trata de diferenciar demanda propiamente dicha de instancia y el distingo es claro. Mediante la interposición de una medida preparatoria o una prueba anticipada, se abre la instancia, pero hasta que no se interpone la demanda, el proceso judicial no comienza. Sin perjuicio de esta distinción cabe destacar que las medidas preparatorias o la prueba anticipada son susceptibles de caducar o perimir al igual que el proceso judicial, pero dicho análisis no viene al caso en el presente trabajo.

Sigue escribiendo Osvaldo Gozaíni que “Con la demanda se formula un pedido o una pretensión cuyo tenor objetiva el fin del proceso y fija el contenido de la decisión jurisdiccional a producir. Una solución diversa o diferente a la propuesta genera el vicio de incongruencia.

Estas características son importantes a la hora de enunciar la pretensión, porque una demanda puede llevar objetivos disímiles, aunque simultáneos. Existe un objeto inmediato que persigue la iniciación del proceso y otro objeto mediato, por el cual manifiesta la voluntad que se quiere conseguir del pronunciamiento jurisdiccional definitivo...”³⁸

La palabra demanda sostiene dos acepciones diferentes “En sentido lato, demanda significa toda petición formulada por las partes al Tribunal; desde este punto de vista sería demanda cualquier solicitud de instancia de las partes. En cambio en sentido estricto, demanda es el acto procesal

³⁷ Osvaldo A. Gozaini: Tratado de Derecho Procesal Civil Tomo II LA LEY, pag. 705, editorial La Ley, mayo de 2009.-

³⁸ Gozaini, Osvaldo A : Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomo II, Editorial La Ley, PAG. 706, Editorial La Ley, pag. 706.

formal con el que se inicia una relación jurídica procesal y que contiene y resume las pretensiones del actor”.

Por lo tanto puede decirse que la demanda es:

Un acto de iniciación del proceso.

Un acto formal de declaración de voluntad del actor que resume sus pretensiones³⁹

Alvarado Velloso sostiene que “Los conceptos de acción, pretensión y demanda son idealmente correlativos y se apoyan en forma recíproca para explicar el fenómeno, que no puede ser entendido de modo integral sino con la conjunción de tales conceptos: Adviértase que la demanda consiste materialmente en un documento cuya presentación al juez (o al árbitro) exterioriza el ejercicio del derecho de acción (instar a la autoridad) y que resulta ser el continente de un contenido necesario: La pretensión. Ya se ha visto que a los efectos de accionar no importa que el conflicto exista o no en el plano de la realidad: basta que se afirme su existencia (Regla básica de procesamiento: la demanda debe afirmar la existencia del conflicto; caso contraria la pretensión se muestra abstracta y ello impide la obtención de un proceso... Por tanto , pretensión procesal es la declaración de voluntad hecha en una demanda (Plano jurídico) mediante la cual el actor (Pretendiente) aspira a que el juez emita- después de un proceso- una sentencia que resuelva efectiva y favorablemente el litigio que le presenta a su conocimiento”⁴⁰

³⁹ Ferreyra de De La Rúa, Angelina- Gonzalez de la Vega de Opl, Cristina: Ob. Citada pag. 279.-

⁴⁰ Alvarado Velloso, Adolfo: Introducción al Estudio del Derecho Procesal, Primera Parte, pag. 98 Reimpresión, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe,

En este trabajo, analizamos la posibilidad de modificar los elementos objetivos de la demanda y no los subjetivos que los dejamos pendientes para un ulterior trabajo.

7.2. Requisitos objetivos y subjetivos de la demanda:

A los fines de resultar admisible la demanda, la misma debe cumplimentar algunos requisitos formales que toda legislación procesal indica. Tomaremos como ejemplo el artículo 330 del CPCN que es similar al 175 del Código Procesal de la Provincia de Córdoba.

El artículo 330 del CPCN Dispone que “La demanda será deducida por escrito y contendrá :

1. El nombre y domicilio del demandante.
2. El nombre y domicilio del demandado.
3. La cosa demandada designándola con toda exactitud.
4. Los hechos en que se funde, explicados claramente.
5. El derecho expuesto sucintamente; evitando repeticiones innecesarias
6. La petición en términos claros y positivos.

La demanda deberá precisar el monto reclamado, salvo cuando al actor no le fuere posible determinarlo al promoverla, por las circunstancias del caso, o porque la estimación dependiera de elementos aún no definitivamente fijados y la promoción de la demanda fuese imprescindible para evitar la prescripción de la acción. En estos supuestos, no procederá la excepción de defecto legal.

La sentencia fijará el monto que resulte de las pruebas producida”.

Pues bien, estos son los requisitos subjetivos y objetivos de la demanda, tanto uno y otro son susceptibles de modificación, pero en este trabajo, tal como se indicó ut supra, nos concentraremos en el elemento objetivo o si se prefiere, en el elemento objetivo y la causa.

Sostuvimos que la diferencia entre el CPCN y el CPCC se basaba en los distintos momentos en que operaba la preclusión y los alcances de la modificación. En ambos procesos queda claro, que puede lograrse la total transformación de la demanda y cualquier tipo de modificación de la demanda hasta la notificación de la misma. También entendemos que este momento del litigio , prácticamente no puede hablarse de “modificación de demanda” toda vez que es factible que ni siquiera haya sido proveída por el juez. En esta inteligencia, es posible efectuar las siguientes modificaciones:

- a) Modificar total (transformación) o parcialmente (Modificación) la cosa demandada.
- b) Modificar los hechos en que la demanda se funde, aclararlos o simplemente alterarlos completamente.
- c) Modificar la petición.
- d) Ampliar cuantitativamente lo demandado.

Estas modificaciones tanto en el CPCN como en el CPCC es posible efectuarlas antes de la notificación de la demanda. Luego las soluciones que brindan ambos cuerpos procesales, son sustancialmente diferentes.

A los fines de analizar la importancia que reviste la modificación de la demanda y su trascendencia en el proceso, es menester analizar brevemente o al menos enunciar los efectos de la demanda, lo que seguidamente hacemos:

7.3. Efectos de la interposición de la demanda: La promoción de la demanda, provoca efectos procesales y también efectos sustanciales o materiales.

7.3.1.Efectos procesales:

Los efectos procesales son los siguientes:

-Provoca la apertura de la instancia, obligando al juzgador a proveer los escritos de las partes.

-Provoca la carga del impulso procesal sobre el actor bajo apercibimiento de caducidad de instancia. Es dable destacar que en el CPCN la caducidad de instancia procede de oficio, contradiciendo lo previsto por el propio código en cuanto carga con el deber de impulsar el proceso al juzgador.

-Algunos autores sostienen que queda fijada la competencia del juzgador, y entendemos que la misma no queda fijada al interponer la demanda, sino al quedar firme el primer decreto del Juzgador, dado que tanto las partes pueden recusar al juzgador como el propio magistrado inhibirse o excusarse.

- Se sostiene que fija el objeto del proceso , pero no estamos de acuerdo con este efecto que se atribuye a la promoción de la demanda. El objeto del proceso quedará fijado una vez que quede firme la traba de la litis y de acuerdo a la posición que sustentamos, la litis puede no quedar firme hasta el tercer día de apertura a prueba.

- Se sostiene que la demanda interpuesta fija las defensas que gozará el demandado. Entendemos que esto recién ocurrirá cuando se notifique la demanda en el CPCN y cuando se conteste la demanda en el CPCC , dada su diversidad normativa.

- Se produce el estado de litispendencia, que podrá ser denunciado mediante la correspondiente excepción por el demandado.

Estos son los efectos procesales que la doctrina procesal tradicionalmente le adjudicó a la promoción de la demanda, habiendo formulado algunas observaciones que surgieron del presente estudio.

7.3.2. Efectos sustanciales:

La interposición de la demanda, también provoca ciertos efectos sustanciales, los que seguidamente enunciamos:

- Interrumpe el curso de la prescripción .
- Se provoca la conservación del derecho de acción en los presupuestos que exigen plazos para ejercerlos.
- “Convalida la acción intentada descartando otras que pudieren ser alternativas. Por ejemplo , el comprador tiene la acción redhibitoria para dejar sin efecto el contrato por le cual recibe mercaderías viciadas; o bien puede ejercer la quanti minoris persiguiendo el menor valor de la cosa adquirida. Pero intentada una vía no tiene derecho a optar por otra “⁴¹.

En este caso, formulamos la misma observación que venimos haciendo acerca de los efectos procesales : Este efecto queda condicionado a la ulterior modificación o no del objeto litigioso, lo que quedará firme con la notificación de la demanda y no con la interposición de la misma. Dentro del término de prescripción y antes de su notificación en el CPCN o de su contestación en el CPCC, el actor podrá modificar la acción, y escoger otra de las alternativas, no adquiriendo firmeza la elección de la acción .

7.4. Efectos de la demanda una vez notificada:

⁴¹ Gozaíni Osvaldo Alfredo: Código Procesal de la Nación . Comentado y

La notificación de la demanda también provoca efectos tanto procesales como sustanciales, los que seguidamente analizamos.

7.4.1.Efectos procesales:

- Sostiene Gozaini que mediante la notificación de la demanda se “Consume la actividad procesal evitando retrocesos; pero si fuere intención del actor modificar su decisión inicial debe cargar con responsabilidades procesales . Por ejemplo , notificada la demanda, no puede desistir de la acción ni del derecho , si el demandado no le presta acuerdo. La consecuencia es el pago de las costas producidas por la actuación inoficiosa b) Pone fin a los tiempos de transformación, ampliación o modificación del objeto procesal, dando paso a las actitudes del accionado en relación a su defensa”⁴² Estos efectos de la notificación de la demanda son válidos en un SRMD como el CPCN, puesto que en un SFMD como el CPCC, algunos de estos efectos pueden resultar modificados , dado la permisión de modificar la demanda en algunos supuestos.

7.4.2 Efectos sustanciales :

- Provoca la constitución en mora del demandado (Arg. Artículo 509 párrafo segundo).

b) “Desde la fecha en que se produce la notificación de la demanda, el poseedor de buena fe que resulta condenado a la restitución de la cosa es responsable de los frutos percibidos y de los que pos su negligencia hubiese dejado de percibir (Art. 2433 del Código Civil) . Asimismo cuando no es posible determinar el tiempo en que comenzó la mala fe, debe

anotado. Pag. 261, Segunda Edición. Editorial La Ley , Buenos Aires 2006.-

⁴² Gozaini Osvaldo Alfredo: Código Procesal de la Nación. Comentado y anotado. Pag. 261, Segunda Edición, Editorial La Ley. Buenos Aires 2006.

estarse a la fecha de la notificación de la demanda (Art. 2443 Código Civil) ⁴³

7.5. Efectos procesales y sustanciales provocados por la modificación de demanda:

La modificación de la demanda provoca diversos efectos tanto procesales como sustanciales. La envergadura de los mismos depende en gran medida del SMD adoptado por la legislación. Si se trata de un SRMD, los efectos procesales de la modificación de demanda, son mínimos y no difieren prácticamente en nada de los efectos que provoca la notificación de la demanda. Si hablamos en cambio de un SFMD, los efectos son importantes y modifica el mapa de efectos procesales y sustanciales que venimos analizando. Teniendo en cuenta que proponemos un SFMD, entendemos que la etapa pertinente para analizar estos efectos es luego de desarrollar gran parte de este trabajo, a la hora de elaborar la conclusión y nuestra opinión, remitiéndonos en consecuencia a dicha etapa a los fines del análisis.

CAPITULO 8: REQUISITOS OBJETIVOS DE LA DEMANDA:

8.1. Requisitos objetivos de la demanda y su modificación:

Sostiene Pico Junoy que “Al referirnos al objeto del proceso como una declaración de voluntad hecha por el actor a través de una petición, estamos refiriéndonos a aquella específica declaración de voluntad que se realiza con el fin de obtener un concreto pronunciamiento por parte de los órganos jurisdiccionales... La petición tiene que ser fundada, esto es , debe razonarse sobre la que se mantiene y justifica y justifica la decisión judicial solicitada. La petición para que sea estimada , necesita estar

⁴³ Gozaini Osvaldo Alfredo: Código Procesal de la Nación. Comentado y anotado. Pag. 261. Segunda Edición. Editorial La Ley, Buenos Aires 2006.

debidamente motivada. Cuando el actor fundamenta su petición a través de los efectos jurídicos extraídos de su relación jurídica con el demandado, está justificando su declaración hecha a través de esta petición. Por ello la declaración de voluntad no se realiza a través de una simple petición, sino a través de una petición (petitum) fundada (causa petendi).”⁴⁴ De lo expresado por el citado autor, surge que los elementos individualizadores del objeto del proceso son la causa petendi , que comprende los hechos y los fundamentos de derecho y el petitum, que es la cosa demandada designada con exactitud y la petición en términos claros y precisos. La mutatio libelli operará sobre la causa petendi⁴⁵ y el petitum. La causa petendi se compone de los hechos y la invocación del derecho que se estima aplicable. Es dable destacar que la parte debe

⁴⁴ Pico I Junoy, Joan: La modificación de la demanda en el proceso civil, pags. 24 y 25. Editorial Tirant Lo Blanch Alternativa , Valencia 2006

⁴⁵ “La causa petendi esta formada por el conjunto de hechos esenciales que sirven de base para la obtención de las consecuencias jurídicas pretendidas por la parte en un determinado momento. ...Por conjunto de hechos esenciales entendemos sólo los acaecimientos concretos de la vida discutidos por el actor que sirven de fundamento para las consecuencias jurídicas pretendidas... cuando se indica que “sirven de base” se pretende hacer referencia sólo a los hechos alegados que individualizan y distinguen la petición solicitada de cualquier otra que pueda tener el actor. ... El aspecto más relevante del concepto de causa petendi reside en la obtención de las consecuencias jurídicas pretendidas por la parte, por lo que propiamente está compuesta por las consecuencias jurídicas que la parte extrae de los hechos y no de los hechos en sí mismo considerados, ya que éstos , aisladamente , no originan ni motivan el petitum; Si lo hace en cambio las consecuencias jurídicas que la parte infiere de los hechos para justificar su petitum...” Pico I Junoy, Joan: La modificación de la demanda en el proceso civil, pags. 28 y ss. Editorial Tirant Lo Blanch Alternativa , Valencia 2006

darle al juez los hechos⁴⁶ y eventualmente, la calificación jurídica la puede brindar el propio juzgador por imperio del iura novit curia. Por lo tanto la modificación de la demanda opera sobre los hechos y no sobre el derecho.

Alvarado Velloso nos brinda sutil distinción acerca de la causa petendi. Entiende que la misma debe descomponerse en hecho e imputación jurídica., criticando la doctrina que entiendo que la causa es sólo el hecho . En opinión del tratadista rosarino el elemento objetivo “El objeto de la pretensión es obtener de la autoridad (Juez o arbitro) una resolución con contenido favorable a la petición hecha en la demanda (Y eventualmente , la consiguiente y consecuente conducta del demandado).. .La causa de la pretensión: Este elemento es el único que presenta una clara variación respecto de las dos ideas que se analizan conjuntamente: Pretensión y relación. Se entiende por causa de la relación la concreta interferencia intersubjetiva que la ocasiona. Esta concepción unitaria se descompone

⁴⁶ “En este orden de ideas, Tapia sostiene que la causa de pedir esta formada por dos elementos: el fáctico y el jurídico. El elemento fáctico vincula al juez en todo caso. El elemento jurídico, a su vez, está formado por dos subelementos : el punto de vista (O la calificación jurídica o el razonamiento jurídico o la fundamentación jurídica) que no es más que ese conjunto de consecuencias jurídicas que la ley anuda a un determinado supuesto fáctico y que hace que la tutela específica que solicita la parte sea ésa concreta y no otra distinta (porque el actor puede hacer valer sus derechos si quiere y en la medida que quiere) ; es el paso del hecho al derecho, la traducción en conceptos jurídicos del supuesto de hecho concreto. Y el elemento puramente normativo de ese punto de vista : la/s concreta/ s norma/s aplicable/s a ese objeto procesal delimitado por las partes y sometido a consideración del juez. De estos dos subelementos, sólo el segundo es de apreciación por el Juez, aunque las partes no hubiesen alegado esas normas” Pico I Junoy, Joan: La modificación de la demanda en el proceso civil, pags. 32 y ss. Editorial Tirant Lo Blanch Alternativa , Valencia 2006

en dos sub-elementos cuando se la analiza respecto de la pretensión proceso: El primero ellos está constituido por el hecho invocado en la demanda y al que el actor asigna trascendencia jurídica, razón por la cual se convierte en la base o fuente del derecho pretendido; el segundo es la imputación jurídica que el actor efectúa al demandado con motivo de aquel hecho. ⁴⁷

Seguidamente analizaremos los incisos 3, 4 y 6 del CPCN que son similares a lo prescripto por el artículo 175 del CPCC.

8.2. Hechos en que se funde explicados claramente: El artículo 330 inc. 4to. Del CPCN dispone que la demanda debe contener ... “Los hechos en que se funde explicados claramente”.

La base fáctica debe ser explicada clara y circunstanciadamente a los fines de evitar la indefensión del demandado y permitir la correcta sentencia del juzgador.

Sobre la claridad y amplitud del relato de los hechos, existen dos teorías diferentes: Por una parte la teoría de la individualización , según la cual “ La exposición de las circunstancias que ordenaron la cuestión fáctica puede limitarse a la somera descripción acerca lo que refuerza el vínculo entre los hechos y el derecho. Según esta posición, denominada teoría de la individualización , basta con indicar los hechos que fundan el contenido de la pretensión, sin necesidad de ofrecer una explicación puntual y circunstanciada.... En otra dimensión actúa la llamada teoría de la sustanciación, que requiere una exposición puntual de los hechos de la

⁴⁷ Alvarado Velloso Adolfo: Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Primera parte. Reimpresión, pag. 103 y 104 , Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, Septiembre de 2000.

“causa petendi” , explicados clara y concretamente. Constituye una carga relacionada con la regularidad formal de la demanda y genera inmediatas consecuencias en el ámbito del material fáctico que el demandado debe reconocer , admitir o negar “bajo apercibimiento de estarse por el reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos (Art. 356) . De igual modo señala cuales son las cuestiones que habrán de probarse y la situación que , bajo el principio de la congruencia , debe atender el juez en su pronunciamiento definitivo. La fundamentación clara y precisa impone, además , explicar los hechos en forma circunstanciada , porque a tenor del principio de preclusión, la demanda no se puede modificar o transformar con otros hechos que el demandado no pueda conocer oportunamente, esto es , al tiempo de notificarla”⁴⁸

Obsérvese que tanto un SRMD como un SFMD al menos en Argentina impone la aplicación de la teoría de la sustanciación. La diferencia es que según nuestra posición, debe permitirse alguna readecuación de los hechos invocados en la demanda, lo que resulta posible en un SFMD. Esta permisión , no aleja al sistema de la teoría de la sustanciación, sino que justamente, exigida por esta teoría, se debe permitir la adecuación de los hechos antes de producirse la prueba, o al menos hasta el tercer día de la apertura a prueba.

8.3. Cosa demandada designada con exactitud: El inciso 3ro del artículo 330 dispone que la demanda será deducida por escrito y contendrá :.... 3ro.) La cosa demandada, designándola con toda exactitud”. Lo que se demanda debe designarse exactamente, dado que si así no se hiciese, el actor resultará pasible de soportar la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda. Si se propone un

⁴⁸ Gozaini, Osvaldo Alfredo: Código Procesal de la Nación. Comentado y anotado. Pag. 270 . Segunda Edición. Editorial La Ley. Buenos Aires 2006.-

SRMD, cualquier ambigüedad o falta de claridad en el modo de proponer la demanda, provoca en el mejor de los casos la excepción de defecto legal y en el peor de los escenarios el rechazo de la demanda al dictar sentencia. En un SFMD esta ambigüedad o falta de precisión puede aclararse hasta la contestación de demanda e incluso luego de contestada la misma, tal como se desarrollará ut infra.

Obsérvese que la ley de rito establece a favor del demandado la excepción de defecto legal. Entendemos que esta excepción también favorece al actor, puesto que se le da una suerte de segunda oportunidad para reformular su demanda , más allá de la aplicación de las costas de la acción, que en este supuesto es el mal menor. El fundamento de esta excepción es que el demandado pueda contestar la demanda y no quedar atrapado en un libelo defectuoso que provoque indefensión. Pues bien, si el beneficio es el derecho de defensa del demandado , idéntico temperamento debe aplicarse en la permisión de modificación de demanda, cuando esta resulte oscura o imprecisa: La permisión beneficia tanto al demandado, que podrá contestar la demanda correctamente como al actor, que evitará que se malogre su derecho.

8.4. La petición en términos claros y positivos: El inciso 5to. Del artículo 330 dispone que la demanda debe contener “La petición en términos claros y positivos”. Sostienen Roland Arazi y Jorge A. Rojas, que la petición “Es aquello que se solicita al juez y que justifica la promoción de la demanda. Sobre ella deberá pronunciarse el juez, por medio de una sentencia que declare fundada o infundada la demanda (Art. 163 inc. 6º). De ahí la necesidad de que aquella se formule en términos claros y precisos”⁴⁹ . Este inciso de alguna manera se encuentra

⁴⁹ Arazi Roland – Rojas , Jorge A: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado. Editorial Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 14 de Julio de 2003.

comprendido en el inciso 3ro. del CPCN , dado que si se designa con exactitud la cosa demandada, sería un exceso formal acoger la eventual excepción de defecto legal por ausencia de petitum. En este mismo sentido opina Venica quien sostiene que “En realidad , este inciso esta comprendido totalmente en el inc. 3º., pues el objeto inmediato se deduce del objeto mediato, razón por la cual aquél no tiene ubicación especial dentro del escrito y por tal razón funciona a modo de síntesis de las alegaciones expuestas. No obstante y a semejanza de lo dicho en cuanto al derecho, es conveniente concretar la petición al final del escrito , aunque ya se la hubiere expresado con anterioridad”

CAPITULO 9: TRANSFORMACIÓN, MODIFICACION Y AMPLIACION DE DEMANDA:

9.1. Concepto : Luego de haber revisado el concepto de demanda , análisis de sus elementos y los efectos , tanto sustanciales como procesales que surgen de la interposición de la misma, debemos necesariamente detenernos en definir que entendemos por transformación , modificación y ampliación de demanda, a los fines de unificar el lenguaje que se utiliza en este trabajo:

Adolfo Rivas sostiene que “La alteración de la demanda puede producirse por tres sub-fenómenos: Transformación, modificación y cambio. Transformar es mudar de formas sin cambiar la esencia ; modificar es variar las formas, pero sin que ellas dejen su configuración anterior. La ampliación cuantitativa de la demanda, es a mi juicio, tal como resulta del artículo 331 del Código Procesal civil y Comercial de la Nación, un aspecto del fenómeno modificadorio. Cambio , importa un reemplazo de esencia; los tres sub- fenómenos tienen distinto significado, perfectamente diferenciable, empero, cuando en la práctica se intenta establecer los límites de los mismos, surgirán enormes dificultades, y todo quedará

reducido a una cuestión de hecho mediante el cual los jueces serán los encargados en cada caso, de establecer si se ha producido uno u otros de tales acontecimientos”⁵⁰

9.2. Transformación de demanda: La transformación de demanda importa que la acción inicialmente interpuesta, fue alterada en su causa petendi y petitum. La demanda incoada inicialmente se transforma para dar paso a otra demanda, con un elemento objetivo absolutamente diferente. En este mismo sentido Palacio sostiene que “Existirá transformación de la pretensión , por lo pronto, siempre que se modifique la base fáctica que la sustenta, lo que ocurriría por ejemplo, si alegada originariamente por el actor su condición de propietario, aquel invocase luego su calidad de usuario o usufructuario, o si habiéndose atribuido al demandado la calidad de inquilino, se pretendiera después atribuirle el carácter de subinquilino”⁵¹.

La transformación también se configura cuando se modifica el objeto inmediato o mediato de la pretensión, que según Lino Palacio “.. Ocurriría , por ejemplo , si primero se hubiera solicitado la declaración de rescisión de un acto jurídico, y posteriormente su nulidad, o si pidiese que el pronunciamiento recaiga sobre una cosa distinta a la primitivamente reclamada”⁵²

Sostiene Palacio que esta transformación “solo es admisible con relación a la causa y al objeto inmediato, en tanto el demandado no haya sido

⁵⁰ Rivas , Adolfo: La alteración de la demanda, pag. 59. Revista de estudios procesales Nro. 35 .

⁵¹ Palacio , Lino Enrique: Ob. Citada, Tomo I, pag. 420.-

⁵² Palacio, Lino Enrique: Ob. Citada pag. 420.-

notificado de la demanda”⁵³ Sin ánimo de criticar al tratadista de marras, entendemos que conforme surge del CPCN la transformación de la demanda, sólo puede practicarse hasta que se curse la cédula de notificación con independencia que la reciba o no el demandado. La posibilidad de transformar la demanda, precluye con la sola notificación.

Esto en relación a la causa y al objeto inmediato, ya que la transformación del objeto mediato de la pretensión, se puede transformar hasta el dictado de la sentencia-

Respecto del objeto mediato, su transformación no equivale a la transformación de la demanda.

Veremos ut infra que el Código procesal Cordobés y el Código procesal de Santa Fe, sostienen que la demanda puede transformarse hasta que el demandado contesta demanda, lo que supone un régimen más laxo que el rígido CPCN.

Si de sistemas rígidos se trata, el CP de Mendoza antes de su reforma, disponía que “Mientras no se haya decretado el traslado de la demanda o de la reconvenición, el actor o el demandado, según el caso podrán modificarlas o ampliarlas”. Contrario sensu, una vez que se decretó el traslado de la demanda, el demandado se encuentra impedido de modificar la demanda, lo que supone un sistema formal y rígido.

Palacio fundamenta la rigidez del sistema previsto en el CPCN de la siguiente manera: “La razón de ser del principio limitativo en cuanto a la oportunidad en que cabe transformar la pretensión reside , fundamentalmente , tanto en la necesidad de mantener el buen orden del proceso, como en la de impedir que la defensa del demandado resulte entorpecida o dificultada a raíz de nuevos planteamiento que lo coloquen

⁵³ Palacio , Lino Enrique: Ob. Citada, pag. 421.-

en la imposibilidad de adoptar una línea defensiva determinada”⁵⁴. Gozaini sostiene que “El límite impuesto por el art. 331 del Código Procesal en cuanto a la modificación de la demanda tiende , en definitiva, a evitar todo aquel cambio en la pretensión originaria que sea susceptible de alterar sustancialmente la postura defensiva del demandado. En la base de dicha disposición legal subyacen , evidentemente , principios de raigambre constitucional, tales como el del debido proceso y el de la defensa en juicio, cuya integridad se hace necesario preservar (C2a. Civil y Comercial, la Plata, Sala I , 2006-11-02, “Sanchez Rodríguez c. Santos Jaime , JUBA)”⁵⁵

9.3. Modificación de demanda: Modificación de demanda es modificar la causa petendi e incluso el petitum, pero sin que la demanda sea transformada de tal modo que no se la pueda reconocer en todos sus términos. La demanda se puede modificar alterando la causa petendi mediante la extensión de la base fáctica, o alterando lo peticionado.

En la doctrina , se intenta distinguir entre transformación y cambio o modificación de demanda. Entiendo que con la conceptualización de transformación realizada ut supra, hemos zanjado la discusión. De todos modos, merece la pena la distinción que realizan algunos autores que han tratado el tema. Así, Fairen Guillen contrasta transformación y cambio de la demanda de la siguiente manera “ Transformación de la demanda supone un acto procesal unitario que sobre la base de conservar inmutable alguno o algunos elementos esenciales de la anterior, transforma otro u otros; y por el contrario cambio de demanda supone la

⁵⁴ Palacio , Lino Enrique: Ob. Citada pag. 422.-

⁵⁵ Gozaini Osvaldo Alfredo: Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, Comentado y anotado. 2da. Edición actualizada y ampliada, pag. 731, Editorial La Ley 2008.-

sustitución de una demanda por otra , totalmente diferente en sus elementos esenciales ⁵⁶

Por nuestra parte hemos definido transformación de demanda, distinguiéndola de la modificación de demanda , que es lo que Victor Fairen Guillen denomina transformación.

En nuestra opinión, transformación es cuando la demanda se la modifica totalmente, de tal modo que resulte imposible reconocerla: La acción transformada se convierte en otra acción totalmente diferente, mientras que modificación significa alguna alteración de su objeto, pero que permite reconocerla acabadamente.

Modificación de demanda, importa la alteración de alguno de los elementos del objeto litigioso sin que importe el cambio de acción. A guisa de ejemplo, en una determinada acción, puede modificarse o extenderse la base fáctica sin que esto importe una transformación de la demanda, puesto que no se altera la acción interpuesta. Se modifica, es cierto, el objeto litigioso, pero la acción puede reconocérsela como la misma .

Gozañi sostiene que la modificación de la demanda “Es como se verá, un supuesto distinto de la ampliación de demanda. Por ejemplo , si el demandante pretende, luego de trabada la litis en la consignación, dar en pago arrendamientos que pertenecen a períodos anteriores a la fecha de incoar la demanda , tal actitud no traduce una ampliación de ésta sino una indudable “modificación” que importa variar la “causa petendi” (C2da. Civ. Y Com. La Plata, Sala I , 1978-04-06, “Causa B 44.581, R. DJ 979-2-225, sum. 52); por ello se ha dispuesto que si los accionados contestaron la acción y reconvinieron por nulidad del contrato y corrido el pertinente traslado, la demandante se allana a la nulidad del contrato impetrada y ,

⁵⁶ Fairen Guillen, Victor: “La transformación de la demanda en el proceso civil”, Pag. 19.

frente al reconocimiento de los demandados de una deuda dineraria, solicitó la “Reconversión de la acción en una índole ejecutiva” a través de la terminología que emplea -“reconversión de la acción” – en realidad pretende una modificación de la demanda que importa variar la causa petendi, lo que se encuentra impedido de hacer , pues una vez notificada la demanda no cabe tal modificación (C2da. Civ. Y Com. La Plata, Sala I 2005-04-07, Liciardo, Osvaldo Oscar c. Catini Desiderio Juba)”⁵⁷

9.4. Ampliación de demanda: Ampliación de demanda estrictamente significa la ampliación o morigeración cuantitativa de lo reclamado, ya sean locaciones, rentas, cuotas , vencimientos periódicos. Según Hugo Venica, refiriéndose al Código Procesal Civil de Córdoba, dice que “El art. 179 contempla supuestos semejantes a los previstos en el art. 331, 2do. Parr. CPN, : Vencimientos de nuevos plazos o cuotas de una misma obligación: Reclamación de intereses respecto del capital demandado; en juicio por cobro de alquileres, el reclamo por impuestos y tasas correspondientes al inmueble locado si según el contrato el locatario asumía el pago de los mismos, pues de ese modo integraban el monto del arrendamiento, sin perjuicio de los hechos constitutivos o modificatorios del art. 332 inc.1 “⁵⁸. La norma se refiere a la ampliación cuantitativa de la pretensión, encontrándose incluida en esta “ampliación”, la morigeración de lo pretendido”⁵⁹. Respecto de la ampliación de demanda también se ha

⁵⁷ Gozaini Osvaldo Alfredo: Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, comentado y anotado 2da. Edición, actualizada y ampliada, pag. 731 . Editorial La Ley 2008.-

⁵⁸ Venica , Oscar Hugo: Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, Tomo II Editorial Marcos Lerner, pag. 238.-

⁵⁹ “Si bien el art. 179 alude a “moderar la petición “ fundada “hechos que no impliquen un cambio de acción”, es evidente que el actor está facultado a disminuir la cosa demandada, sin dar explicaciones, en cualquier momento anterior a la sentencia, importando un desistimiento parcial del derecho (art. 350)

resuelto que “Procede la ampliación de demanda por cuotas vencidas anteriores a la sentencia , requeridas después de su dictado y siguiéndose el procedimiento del art. 541 que contempla adecuadamente el derecho de defensa del ejecutado” ⁶⁰

9.5. Relaciones y diferencias entre transformación de demanda y desistimiento del derecho:

La transformación de la demanda en todas sus partes, importa el desistimiento del derecho hecho valer, perdiendo vigor jurídico incluso la interrupción de la prescripción operada mediante la interposición de la demanda.

En la práctica no existe diferencia alguna entre transformación de demanda y desistimiento de derecho, ya que ambas importan un desistimiento de la pretensión deducida en el proceso.

Se deben equiparar los efectos previstos en el artículo 3986 en cuanto a los efectos del desistimiento de la demanda, con la transformación de la misma, puesto que ambos suponen un abandono de la pretensión.

La diferencia estriba en lo siguiente: En caso de transformación de demanda, la actora se encuentra facultada a transformar la demanda hasta la contestación de la misma. Ahora bien, la demanda inicialmente

: Sin perjuicio de la influencia que esa actitud pueda tener en la imposición de costas “ Venica Oscar Hugo, Ob. Citada, Tomo II , pag. 236

⁶⁰ CNCiv. Sala I, marzo 3-993, “Bordón C. Carlevaro”, La Ley, 1993- E -647, J. Agrup. Caso 9444.-

interpuesta, tuvo como lógico efecto, interrumpir la prescripción de la acción. Si se transforma la acción, cesan los efectos interruptivos de la acción inicialmente interpuesta, puesto que ha dado lugar a otra pretensión. En este caso, se trata virtualmente de un desistimiento con sus respectivos efectos en la interrupción de la prescripción. Claro que en virtud de encontrarse permitida la transformación de la demanda, antes de su notificación, la parte no debe cargar con las costas del pseudo desistimiento. Si la transformación se realiza antes de la contestación de la demanda, no corresponde la aplicación de las costas. Obsérvese las diferentes soluciones que propician el Código Procesal de la Nación con respecto al Código Procesal de la Provincia de Córdoba:

En el CPCN, se permite transformar la demanda hasta la notificación de la demanda. Respecto del desistimiento, se puede desistir sin costas y sin la conformidad de la contraria, si no medió notificación, por lo tanto la diferencia entre transformación de la demanda y desistimiento del derecho es insignificantes. En el CPCC, respecto del desistimiento no existe diferencia con la solución prevista con la ley de la nación. Si no medio notificación no se requiere la conformidad del demandado, ni genera costas, pero si medio notificación, se requiere la conformidad del demandado, generando en caso de oposición o conformidad la aplicación de costas. Por lo tanto, habiendo notificado la acción, aún es posible transformarla hasta la contestación de la demanda, sin que genere imposición de costas alguna, lo que entraña algún grado de injusticia para el demandado que trabajó en la contestación de la demanda notificada, pero no alcanzó a contestarla antes de la transformación. Entendemos que esta diferencia se corrige con la sola aplicación de costas en caso de transformación de demanda luego de la notificación de la misma, lo que se analizará ut infra.

CAPITULO 10: LOS HECHOS EN EL PROCESO, SU CLASIFICACIÓN Y SU IMPORTANCIA EN LA TRANSFORMACIÓN, MODIFICACIÓN Y

AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA:

10.1 : Los hechos en el proceso.

Hemos dicho ut-supra que en el sistema dispositivo son las partes las que deben aportar los hechos que conforman la base fáctica. Si la parte es negligente, desidiosa en la aportación de los hechos, el juzgador no tendrá más que subsumir los hechos en la norma invocada , ya por las partes, ya por el propio juzgador (iura novit curiae).

El artículo 330 del Código de Procedimientos Civiles de Córdoba dispone lo siguiente “Principio de congruencia: El tribunal deberá tomar por base en la sentencia la exposición de los hechos contenidos en los escritos de demanda y contestación o de ampliación en su caso”. En este mismo sentido se expresa el artículo 163 , inc. 6to. 1ra. Parte del CPCN que dispone “La sentencia definitiva de primera instancia deberá contener....la decisión expresa , positiva, y precisa , de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio”.

Surge claramente que “Los hechos entendidos en sentido amplio, o si se prefiere las afirmaciones que los contienen juegan dentro del proceso judicial un doble papel: 1) Fijar el thema probandum (El juez no podrá ordenar, ni las partes producir, pruebas respecto de hechos que no se encuentren afirmados en la litis) 2) Delimitan (mediatamente) el thema decidendum (El juez no podrá considerar para la decisión del conflicto, hechos distintos de los afirmados por las partes en apoyo de sus pretensiones , defensas o excepciones, ni podrá prescindir a su vez , de los que hubieren sido ya admitidos por las mismas”⁶¹

⁶¹ Kielmanovich Jorge L. “Hechos nuevos (A propósito del artículo 365 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Revista Jurídica Argentina La Ley, 1987 D , pag. 871.-

Los hechos aportados al proceso, son los hechos principales y secundarios que las partes invocaron en sus escritos , y también los secundarios que no fueron afirmados expresamente, pero que se encuentran comprendidas en los hechos principales.

Se ha dicho que “Los hechos constituyen sin duda el elemento más importante de la actividad silogística e intelectual del magistrado para resolver sobre la verdad o improcedencia de las pretensiones formuladas y por ello es que la ley procesal debe arbitrar las medidas necesarias para posibilitar su incorporación, prueba y valoración, bajo cualesquiera de las circunstancias que puedan presentar, eso si respetando el orden lógico – procedimental sobre el que se encuentra trazado el proceso”⁶²

Coherente con la idea expresada en el párrafo anterior, a los fines de la ampliación de demanda, la calidad de los hechos detentan influencia suficiente para impedir la ampliación de demanda o hacerla procedente. A guisa de ejemplo, si luego del plazo probatorio, se invoca un hecho ya conocido al interponer la demanda, va de suyo que el mismo no tendrá incidencia alguna en el rumbo del proceso. Diferente si se trata de un hecho anterior pero desconocido por las partes . En este caso el efecto de la alegación de este tipo de hecho es sustancialmente diferente.

La doctrina normalmente clasifica los hechos en hechos conocidos y alegados al tiempo de interponer la demanda , hechos nuevos que son los hechos que se producen durante la sustanciación del proceso y que tienen una influencia notoria en el rumbo del mismo. La doctrina incluye dentro de los hechos nuevos, los hechos anteriores a las alegaciones de las partes, pero desconocidos por las mismas. A estos hechos los denominaremos hechos de nueva noticia o de nuevo conocimiento. También la doctrina y la legislación , menciona los hechos sobrevinientes

⁶² Torres Traba, Jose M, “Los hechos nuevos y el replanteo de la prueba ante segunda instancia” DJ -2007-III-675-La Ley 2008-A-364.-

que son aquellos que se encuentran regulados por el artículo 163 inc. 6to. Apartado 2do. Del CPCN y que se refiere a los hechos constitutivos, modificativos y extintivos que se producen durante el proceso, y que conforme surge de la ley procesal de la nación, el Juez debe valorarlos y meritarlos. Por último, existen los hechos no alegados o no aducidos al demandar, que son aquellos que si bien resultan conocidos por las partes, no ha sido alegado en el proceso . En este último hecho, hemos dicho que la doctrina no es pacífica, y que la mayoría de los doctrinarios y magistrados lo equipara a los hechos nuevos.

Sostengo que se trata de dos supuestos absolutamente diferentes cuya invocación se admite en iguales oportunidades pero en circunstancias diferentes.

En este apartado, definiremos brevemente cada uno de este tipo de hechos, sin perjuicio de profundizar su análisis al desmenuzar el tema en examen.

10.2. Hechos nuevos: “ Se denomina hechos nuevos (en la sistemática del Código) al conjunto de sucesos que , ligados inescindiblemente al planteo introductorio y siendo conducentes, acaecen con posterioridad a dicho planteo o llegan a conocimiento de las partes con posterioridad al misma. Alegar un hecho nuevo significa incorporar al proceso nuevos datos fácticos que no alteren ninguno de los elementos constitutivos de la pretensión, pues dichos hechos tienden a conformar completar o desvirtuar la causa. De allí que el hecho nuevo o hechos nuevos incoables en la alzada, aparte de que deben relacionarse con la cuestión controvertida y ser conducentes , en ningún caso pueden constituir la transformación de la pretensión, ni mucho menos la interposición de una pretensión nueva” ⁶³ EL autor citado, dice que un pronunciamiento judicial no constituye un hecho nuevo en los términos del artículo 365 del CPCN,

⁶³ Falcón, Enrique M. Ob. Citada pag. 1145.-

y disentimos con su posición. Según el autor de marras, “El hecho nuevo es un acontecimiento que llega a conocimiento de las partes después de trabada la relación procesal, y que debe hallarse encuadrada en los términos de la “causa” y “objeto” de la pretensión deducida en el proceso; debe guardar relación con la cuestión que se ventila, tener influencia sobre el derecho invocado por las partes y prima facie ser idóneo para influir sobre la decisión; de modo que para que el hecho nuevo sea admitido en la alzada debe referirse a las pretensiones invocadas en los escritos constitutivos del proceso y además, susceptibles de influir en la decisión”⁶⁴. El argumento esgrimido por Falcón, no nos convence, entendemos que un pronunciamiento judicial puede ser un acontecimiento posterior , y tener íntima vinculación en los términos de la causa. Va de suyo que puede tener influencia notoria en el proceso. Entendemos que con el ejemplo que sigue brindaremos un ejemplo terminante sobre la cuestión: Si en un juicio ejecutivo se discute la autenticidad de la firma de un documento, mediante la interposición de una excepción de falsedad de título. El proceso se abre a prueba, y durante el curso de la misma el perito calígrafo determina que la firma es falsificada , obviamente la excepción de falsedad de título resultará acogida por el tribunal. Si el actor, interpone la correspondiente denuncia criminal en el juzgado penal por incumplimiento de los deberes de funcionario público y falso testimonio del perito oficial interviniente, y logra acreditar que el mismo obró dolosamente, va de suyo que este pronunciamiento judicial tendrá las características que prevé la norma para ser considerada como un hecho nuevo.

10.3. Hechos de nueva noticia: El artículo 203 del CPCC dispone que “Si después de los escritos de demanda y contestación ocurriere algún hecho de influencia notoria en la decisión del pleito o hubiera llegado a noticia de las partes alguno anterior de análoga importancia y del cual

⁶⁴ Falcon Enrique M. Ob. Citada. Pag. 1146.-

juren no haber tenido antes conocimiento , las partes podrán alegarlo dentro de los tres primeros días de la apertura a prueba articulándolo por escrito” En este dispositivo legal, se describe el hecho nuevo propiamente dicho, que es el que fue enunciado ut supra, y por otra parte los hechos de nueva noticia que son aquellos que “hubieran llegado a noticia de las partes alguno anterior de análoga importancia y del cual juren no haber tenido antes conocimiento”. Va de suyo que si bien la norma resulta encabezada por el título “Hechos nuevos”, existen ostensibles diferencias entre estos hechos y los hechos de nueva noticia, o hechos anteriores conocidos con posterioridad a la interposición de la demanda, notificación y contestación de la misma. Es dable destacar que con la alegación de estos hechos de nueva noticia “Se exceptiona el efecto de la preclusión , pues no opera su efecto extintivo que afecta a la facultad de hacer valer la alegación de los hechos. En este sentido si fue imposible conocer el hecho al tiempo de formular los actos de alegación podrán eludirse los efectos de la preclusión de la facultad de alegarlos y hacerlos valer” ⁶⁵

10.4. Hechos sobrevinientes: Los hechos sobrevinientes son los que describe el artículo 163 inciso 6to. Del CPCN 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, a los que la doctrina denomina “hechos sobrevinientes”⁶⁶. Esta norma, permite la aportación por parte del juzgador de hechos que integrarán el thema decidendum, aún sin instancia de parte. Desde ya que no estamos de acuerdo con este

⁶⁵ Raquel Castillejo Manzanares, “Hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil de la LEC, Editorial Tirant Monografías 408, pag. 64, año 2006.-

⁶⁶ Mabel de los Santos: “Tipos de incongruencia. Límites a las potestades judiciales. Flexibilización y distintos supuestos. Vinculación con las garantías constitucionales y la arbitrariedad de sentencia” XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, libro de ponencias, pagina 9.-

poder- deber del magistrado de introducir hechos en el proceso, puesto que entendemos que quiebra la bilateralidad en el proceso. También decimos que es incoherente, puesto que si se le exige a las partes - verdaderos titulares de los derechos controvertidos en el pleito- diversos requisitos para introducir hechos nuevos en el proceso, no es coherente que se le permita a este tercero neutral la introducción de los hechos “nuevos” en el proceso. Asimismo si los hechos nuevos se encuentran regulados en el CPCN, porque razón se insiste en estos hecho sobrevinientes. Pues lamentablemente no podemos responder la pregunta. Si se pretende garantizar los derechos de las partes, con sólo flexibilizar algún requisito para la introducción de hechos nuevos, sería suficiente. No se entiende porque razón se permite esta intromisión en cuestiones ajenas al sujeto procesal neutral que es y debe ser el juez. Es la parte, quien debería invocar este hecho nuevo y no el propio juzgador. Claro que sed lex, dura lex, y por lo tanto , se debe entender que se trata de un artículo de un código procesal con rasgos autoritarios, que menoscaban las garantías de las partes en el proceso. Obsérvese que Mabel de los Santos al considerar las condiciones de admisibilidad del hecho sobreviviente sostiene que “Cuando es considerado oficiosamente por el juzgador el hecho sobreviviente que resulta de la prueba- en los términos que establece el artículo 163, inciso 6to. Del CPC-, el juez debe evaluar que en la incorporación del hecho en el proceso haya existido bilateralidad y contralor de las partes”⁶⁷. Va de suyo que las condiciones que exige la autora de marras, no existen, desde que los hechos sobrevinientes son considerados “oficiosamente “ por el juzgador. En ese mismo instante se quebró la bilateralidad en el proceso, desde ese

⁶⁷ Mabel de los Santos: “Tipos de incongruencia. Límites a las potestades judiciales. Flexibilización y distintos supuestos. Vinculación con las garantías constitucionales y la arbitrariedad de sentencia” XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, libro de ponencias, pagina 9.-

momento no existe proceso al menos en su acepción tradicional.

10.5. Hechos no alegados , hechos no invocados o nuevos hechos:

Los hechos no alegados en la demanda, o hechos no invocados o nuevos hechos, son aquellos que conocidos por las partes no fueron introducidos al debate en la etapa procesal respectiva⁶⁸. Entiendo que sobre el particular corresponde hacer una disquisición: La doctrina , en especial en un artículo de Hitters , al mencionar a los nuevos hechos, se refiere a los hechos invocados por el accionado , sobre el cual su contradictor debe tener derecho a ofrecer prueba . Por nuestra parte, entendemos por hechos no alegados en la demanda , a hechos anteriores conocidos por las partes aunque no invocados ni aportados al proceso al tiempo de demandar y contestar la demanda, y que pretendan introducirse al proceso con posterioridad a estos últimos actos procesales.

Sobre estos hechos no alegados al interponer la demanda o reconvencción, se le debe correr traslado a la contraria a los fines que esta

⁶⁸ “Como vemos , debe invocarse una circunstancia fáctica extintiva, modificativa o impeditiva, autorizándose consecuentemente a la contraria a ampliar la prueba respecto de los mismos, de modo de producir la contraprueba o reprobación o prueba contraria. De esta forma, al aducirlos el demandado, éstos ya integran el debate. Igualmente , corresponde precisar que no existe en nuestro derecho procesal la dúplica ni la réplica de la litis contestatio. Pero cuando en la contestación (De la demanda o reconvencción) se incluyen estos hechos no invocados en la demanda o reconvencción , el actor (o reconviniente) puede acudir al mecanismo previsto en el art. 334 del CPCN (74) (333 del CPCBA) Esta posibilidad del enjuiciado o reconvenido de alegar “nuevos hechos” no vulnera el derecho de defensa de la contraparte, dado que ésta puede ejercer las facultades que indica la ley” Hitters Juan Manuel, “Hechos nuevos, sobrevinientes, nuevos hechos y nuevos documentos”. La Ley 2008-B-998.-

se expida y ofrezca prueba si fuera menester.

Obsérvese que Hitters se refiere exclusivamente a los nuevos hechos no alegados por el demandado, lo que difiere sustancialmente a la interpretación que propiciamos.

Los nuevos hechos que sugiere el autor citado, son los que prevé el artículo 510 del CPCC que dispone en su segundo párrafo “Dentro del plazo de tres días contados desde la notificación de la providencia que tiene por contestada la demanda, o reconvenición en su caso, el actor o reconviniendo podrá ampliar su prueba con respecto a hechos nuevos invocados por la contraparte” . En este caso, dentro del esquema del juicio abreviado del proceso civil cordobés, si al contestar la demanda , el demandado invoca hechos nuevos, el actor tiene un plazo de tres días para ofrecer prueba sobre estos hechos. Entendemos que Hitters se refiere a este tipo de hechos cuando se refiere a los nuevos hechos y no a los hechos no alegados. Entendemos también que este artículo debería reformularse ya que es incoherente con el resto del articulado del CPCC . El actor o reconviniendo deberá encontrarse facultado para introducir nueva prueba no sólo en caso de acaecimiento de hechos nuevos , sino también en caso de hechos invocados por el demandado y no conocidos por el actor, sin ninguno de los requisitos de la norma que describe los hechos nuevos.

El tratamiento e interpretación que le brindo en el presente trabajo a los hechos no alegados, es diferente al tratamiento de cierta doctrina Cordobesa y no se encuentra contemplado en el artículo de Hitters.

Desde mi modesta opinión, los hechos no alegados al interponer la demanda, es posible invocarlos e introducirlos en el proceso, aún luego de contestada la demanda y fijado provisoriamente el thema decidendum.

Por lo tanto a los fines de ordenar la presente exposición, cuando nos

referimos a hechos no alegados, nos referiremos a los hechos conocidos por las partes y que no fueron alegados en su libelo introductorio y escrito de opugnación y cuando nos referimos a “nuevos hechos”, hacemos alusión a los nuevos hechos denunciados por el accionado o reconvenido, al contestar demanda o reconvenir, el cual se le debe correr traslado a la demandada a los fines que se expida sobre los mismos y ofrezca prueba.

10.6 Importancia de la clasificación de los hechos: En mi modesta opinión, la clasificación de estos hechos adquiere importancia, ya que de acuerdo a los diferentes tipos de hechos, puede resultar admisible o no la alteración de la demanda propuesta.

A guisa de ejemplo, si se pretende modificar la demanda, mediante alguno de los denominados “hechos no alegados”, luego de precluída la etapa probatoria, va de suyo que esta ampliación será inadmitida por el tribunal. Por el contrario se pretende modificar la demanda mediante la alegación de estos hechos no alegados, antes de los tres primeros días de la apertura a prueba o antes de la apertura a prueba, la misma resultará procedente.

CAPITULO 11: SISTEMAS O MODELOS DE TRANSFORMACION DE DEMANDA

11.1. Concepto:

Trataremos de conceptualizar la noción de sistema de modificación de demanda (SMD) Desde ya adelantamos que la acepción sistema puede sonar un tanto presuntuosa o exagerada, teniendo en cuenta que este “sistema” se basa en una o dos normas de un código procesal. Pero también debemos tener en cuenta que una o dos normas pueden comprometer el espíritu de todo un cuerpo legal, como también puede hacerlo una sola letra de la norma. Por esta razón, entendemos que la noción de sistema es clara, dado que la implementación de un sistema u

otro impregna el resto del texto legal. La idea de proceso judicial puede ser diferente en caso de permisión o prohibición de alterar la pretensión.

Admitida la noción de SMD, estadio procesal en el cual se permite la modificación de demanda es determinante a la hora de definir el sistema como flexible o rígido, puesto que un sistema conservador y rígido que permita todo tipo de alteración antes de notificar la demanda, es diametralmente opuesto a uno que permita la modificación de demanda, por ejemplo, hasta la apertura a prueba.

En otro apartado , hemos mencionado transformación, modificación, o ampliación de demanda acentuando sus diferencias. En adelante, sin descuidar sus diferencias, denominaremos en general “modificación de demanda”, haciendo la salvedad en cada caso particular, de la intensidad de la misma. En la praxis judicial encontramos que los abogados encabezan escritos mediante las formulas indistintas: “ampliación de demanda” “Rectificación de demanda ”, “Modificación de demanda “ . La formula más utilizada es “Amplía demanda”, aunque del texto del propio exordio se desprenda que se esta en presencia de una morigeración de demanda.

Entendemos como hipótesis que la demanda debe ser susceptible de modificación dada la importancia que reviste este acto procesal en todo el proceso y que ya lo sostuvimos en el presente: Es nada más y nada menos que el cimiento del proceso. Dijimos también que no se discute que la demanda sea susceptible de modificación, en este aspecto entiendo que existe consenso en la doctrina, lo discutido es la oportunidad para que la misma sufra modificaciones y la magnitud y límites de la misma. La discusión no debe pasar desapercibida, ya que la adopción de uno u otro sistema, importa tal vez la adopción de un sistema procesal absolutamente diferente. La permisión de la mutatio libelli, trae aparejado la idea de otro proceso judicial, veremos si el mismo se corresponde con

los postulados de la Constitución Nacional o no.

La oportunidad en que se modifica la demanda , determina la magnitud de la alteración, discutiéndose asimismo si una demanda puede variarse totalmente hasta convertirse en otra demanda .⁶⁹

Tratamos de demostrar en el presente trabajo, que la demanda debe resultar pasible de modificación en diversas oportunidades, pero que las mismas deben encontrarse reguladas por la legislación de modo tal que impida el arbitrio del juzgador, que en algunas oportunidades permita la modificación y en otras la impida, con fundamento basado en su subjetividad⁷⁰. En este sentido entendemos que la discrecionalidad del

⁶⁹ “La demanda como instrumento de fijación de las pretensiones de un actor contra un demandado, no es inmutable; cuestiones de hecho como errores de fundamentación o aparición de nuevos documentos o hechos nuevos, alteración de las cosas objeto del proceso, pueden obligar al actor a alterar alguno, algunos o todos los elementos de la demanda, pero como esa alteración puede romper el equilibrio del contradictorio y lesionar el principio de defensa, el problema de las mutaciones de la demanda (*mutatio libelli*) se transforma por una parte , en la regulación de la oportunidad o el momento en que una demanda puede ser validamente alterada, y por otra , en determinar hasta que limite puede admitirse que una demanda se transforme sin convertirse en otra demanda (Nueva demanda) “ Carlo Carli: La demanda civil, Editorial Lex, La Plata, pagina 101.

⁷⁰ El riesgo de que la decisión discrecional y “creadora se traduzca en una escogencia subjetiva y arbitraria no es solamente una eventualidad teórica, sino una posibilidad cotidianamente presente en la praxis judicial. Esta posibilidad se hace probable por múltiples factores , algunos de los cuales –surgidos en los últimos años- merecen ser señalados aquí , en cuanto pueden influenciar la orientación cultural de los jueces en el sentido de una más sustancial “subjetivación” de sus escogencias, alejando o eliminando del todo los límites, y los criterios que deberían guiar sus valoraciones discrecionales” Michele Taruffo

juzgador debe resultar acotada , a los fines de brindar seguridad jurídica a los justiciables .

También entendemos que el Juez no debe tener incidencia alguna en la instancia de modificación de la demanda, encontrándose vedado la modificación de oficio o la valoración de oficio de hechos no alegados, puesto que es un territorio en que las partes son las únicas soberanas.

Volviendo a la cuestión de los sistemas veremos que existen diferentes maneras de modificar la demanda, y que según el caso concreto puede entenderse que se trata de una transformación, de una modificación o de una ampliación de demanda.

Dentro de estas categorías y según el grado de relevancia de la mismas, se incluyen la transformación, la rectificación de los hechos, la extensión de la base fáctica, la extensión del quantum y todo tipo de alteración de la pretensión.

Seguidamente analizaremos los diferentes SMD, tanto los que podemos advertir en la legislación argentina, como en algunas legislaciones extranjeras.

11.2. Sistemas o modelos de transformación de demanda:

En el apartado anterior, dijimos que nos resultaba un tanto pomposo hablar de SMD o de modelos de modificación de demanda. Sostenemos que existen diferentes legislaciones procesales y cada una de las mismas le asigna ciertos rasgos de flexibilidad o rigidez a la modificación de la demanda. Asumo que de allí a denominarlos sistemas rígidos o flexibles puede existir un largo trecho, puesto que para rotularlos de tal o cual

“Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil”, Editorial Temis, pagina 181.-

manera, se debe tener en cuenta la totalidad del ordenamiento procesal . De todos modos reiteramos que la incidencia de la permisión o prohibición de modificar demanda es superlativa en el proceso y determinan los aspectos ideológicos y políticos del sistema.

Si nos tomamos el trabajo de comparar el Código procesal alemán con el de la Nación se observarán evidentemente diferencias ostensibles. No tanto en la posibilidad de modificar o no la demanda, sino en el diferente esquema de proceso civil. El sistema Alemán tiene un fuerte componente de oralidad, mientras que el proceso civil argentino es escrito.

Por esta razón entiendo que no se debe simplificar distinguiendo entre modelos flexibles y rígidos , sino que en todo caso se debe comparar las diferentes legislaciones procesales.

No obstante la crítica que se le formula a la denominación de “Sistema”, a la hora de desarrollar el presente trabajo , esta denominación nos brinda utilidad ya que es una manera simple de distinguir diferentes tratamientos asignados a la demanda judicial. Seguidamente denominaremos sistemas o modelo de modificación de demanda, de manera indistinta, haciendo la presente aclaración a los fines de evitar equívocos.

Con el sólo fin de lograr precisión en el análisis y evitar simplificaciones en procesos judiciales tan diferentes como el argentino y los europeos, se analizarán separadamente los SMD flexibles (SMDF) y rígidos (SMDR) en Argentina y SMDF y SMDR en el proceso oral de Europa. En relación a estas legislaciones, analizaremos algunos aspectos de las legislaciones procesales europeas

Es dable destacar que si bien algunas de las normas procesales en especial europeas, supuestos paradigmas de la rigidez sistémica, preceptúan que la demanda no debe ser modificada, siempre de una manera u otra se abre el camino para la reparación, la complementación o

aclaración de la demanda . En definitiva , la demanda no es tan rígida ni siquiera en el paradigma de la rigidez , y pareciera que siempre existe la llave para que la demanda pueda ser corregida.

CAPITULO 12: SISTEMA FLEXIBLE DE MODIFICACIÓN DE DEMANDA:

1.- Introducción:

El SFMD es aquel que admite la modificación de demanda en diversos supuestos debidamente reglados. Es dable destacar que todos los sistemas admiten la modificación de demanda en algún grado. Por lo tanto, no es posible distinguir tajantemente entre un sistema flexible y un sistema rígido. A los fines de discriminar los sistemas, realizamos la siguiente operación:

Un SMD es rígido si reúne la siguiente nota tipificante:

Admite la transformación, modificación del objeto litigioso exclusivamente hasta la notificación de la demanda.

Un SMD es flexible si reúne las siguientes notas distintivas:

a) Admite la transformación del objeto litigioso hasta la contestación de la demanda b) Admite la modificación del objeto litigioso aún luego de contestada la demanda y hasta la apertura a prueba o hasta el tercer día de apertura a prueba.

Estos son las diferencias básicas que encontramos entre ambos SMD, y que nos permite definir a unos como rígidos y a otros como flexibles. La ampliación de demanda en sentido estricto no es un elemento tipificante en particular , sino que es común a las mismas. Va de suyo que estas no son las únicas notas que permite caracterizar ambos sistemas, sino que

son apenas las que permiten diferenciar ambos sistemas.

Dijimos que el SMDR es escogido como el ideal por la mayoría de la doctrina autoral, y también sostenemos que las razones para su elección nos parecen endebles. La mayoría sostiene que beneficia siempre al actor, y omiten considerar que el demandado también puede reconvenir, razón por la cual también puede resultar beneficiado.

Dice Pico Junoi, que “un sistema flexible de modificación de la demanda favorece siempre al actor, en la medida en que le permite traer al proceso circunstancias o hechos de la vida real que hayan provocado una alteración de la situación fáctica discutida en el proceso”⁷¹. Es cierto lo que refiere el citado autor, pero también es cierto que el se exploya sobre el derecho español, que en algún aspecto se diferencia del nuestro , especialmente en lo que dispone el artículo 400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que ut infra trataremos. Entendemos que la reflexión de Pico Junio en cuanto favorece siempre al actor no es feliz en el derecho argentino, dado que el justiciable tiene otras alternativas para hacer su valer su derecho , además de la ampliación de demanda. Por tal razón el demandado también resulta favorecido , ya que en un solo pleito se tratan todas las cuestiones, sin dejar algún aspecto residual de la cuestión reclamable en otra acción.

Sigue diciendo el autor de marras “ De igual modo le permite corregir omisiones o errores no provocados de forma maliciosa..... Además este sistema le permite adecuar la tutela judicial solicitada a las alegaciones efectuadas por el demandado; así como dar a conocer hechos cuya existencia desconocía al formular la demanda por ser posteriores a ella o anteriores pero no conocidos”⁷²

⁷¹ Pico I. Junoy, ob. Citada. Pag. 64.-

⁷² Pico. I. Junoy, Ob. Citada, pag. 64.-

En este sentido podría asistirle razón a Pico Junoy: Ante la contestación de la demanda, el actor advierte su error y puede enderezar la demanda. Esto puede ocurrir en caso de equivocarse en algún error material, de montos, de fechas , pero no de acción. Si se equivocó de acción, ya no puede transformar la demanda, sólo le queda abierto el camino del desistimiento. Tampoco le queda margen para modificar la acción, aunque si se encuentra facultado para ampliar la base fáctica. Lo que debe quedar claro que una demanda mal encarada normalmente debe terminar en el desistimiento o en el rechazo de la demanda.

Entendemos que a ambas partes beneficia el SMDF , tanto al actor, que puede corregir errores materiales o invocar hechos no alegados, como al propio demandado que se encuentra interesado en clausurar la proliferación de futuras demandas en su contra , lo que se logra mediante el tratamiento exhaustivo de toda acción que tuviese el demandante en su contra⁷³.

Entendemos que el fundamento del SFMD permitirá que se traten todas las cuestiones litigiosas en un solo proceso, no debiendo ceder este ánimo de exhaustividad ante valladares excesivamente formales. El límite de la ampliación deberá ser el derecho de defensa de la contraria. El ámbito de libertad del actor termina cuando comienzan los derechos del demandado.

Claro que no debe confundirse derechos con caprichos formales. Entendemos que el derecho del demandado se mantiene incólume si se le permite evacuar los traslados pertinentes, refutando los dichos de la contraria y con la libertad de ofrecer pruebas. Si se afectaría el derecho

⁷³ “También este sistema permite proteger el interés del demandado en aquellos supuestos en los que pretenda resolver definitivamente la cuestión litigiosa en toda su plenitud, esto es, se muestre conforme en la modificación de la demanda” Pico Junoy, ob.Citada, pag. 64-65.-

de defensa del demandado si estas ampliaciones provocan marchas y contramarchas en el proceso, puesto que conspiraría contra la seguridad jurídica y contra la estrategia desarrollada por la defensa.

Es cierto que en un SFMD el que resulta perjudicado eventualmente es el derecho del abogado de la demandada , que habiéndose opuesto a la demanda primigenia, y habiendo trabajado por ello, es sorprendido por una modificación de demanda que desvanece sus defensas . En este caso, lo que se viola no es el derecho de defensa del demandado, ya que puede contestar el traslado de la modificación, lo que se viola es la expectativa del abogado de vencer en un pleito por la razón que el mismo se transformó en otro diferente, provocándole la caída de su estrategia defensiva y por ende, convierte su trabajo en inútil ante la transformación de demanda operada.

Este impedimento se puede soslayar mediante la aplicación de costas al que tardíamente introduce modificaciones de peso en la demanda. De esta manera ambas partes hicieron valer sus derechos en el proceso y el demandado no se ve sorprendido por un ataque artero del demandado que lo privó de defensa ni se vió obligado a soportar el costo del trabajo de su letrado. No vemos en este caso violación al derecho de defensa alguna⁷⁴, siempre que esta modificación de la demanda no provoque contramarchas en el proceso, tales como el obligado regreso a un estadio anterior.

En el Código Procesal de Córdoba se suscitan algunas cuestiones que

⁷⁴ “Si la ampliación de la demanda posterior a su notificación reconoce igual origen que la demanda, ella es procedente, no advirtiéndose qué defensa se ve privada de articular la demandada, ya que el objeto de la pretensión sigue siendo el mismo “ CNFed. Contencioso Administrativo, Sala IV , Mayo 15-987, “Consortio Obras Sanitarias Atucha II y otro c. Comisión Nac. De Energía Atómica” La Ley, 1987-D- 635, 31.717-S).-

permiten razonar de la manera que lo hacemos, especialmente en relación con las costas al litigante negligente. En este sentido el artículo 182 del CPCC dispone que “ El actor deberá acompañar a la demanda los documentos de que hayan de valerse. Si no los designa con la mayor precisión posible, expresando su contenido y el lugar en que se encuentren , bajo pena de abonar, si los presentara después, las costas causadas por la presentación tardía” . Este artículo dispone que el actor y en su caso el demandado, pueden acompañar en la demanda (y contestación) los documentos de que hayan de valerse, por ejemplo, un contrato de locación, o un recibo de pago. Deben acompañarlos o designar con exactitud donde se encuentren. En caso que no los acompañen en la oportunidad correspondiente o no los designen con exactitud , serán sancionados por las costas causadas por la presentación tardía.

Los documentos que se presentan en juicio no revisten una importancia menor en el proceso civil, normalmente tienen importancia decisivas en los procesos judiciales. Un documento, por ejemplo un compromiso de pago o reconocimiento de deuda, exhibido extemporáneamente en el Código procesal Civil y comercial de Córdoba, tuerce el rumbo del proceso y obliga al demandado a allanarse a la demanda. En este supuesto , va de suyo que las costas las cargará el oferente de la documental tardía. ¿En que consisten las costas? Entiendo que la parte que allegó al proceso este documento donde conste el hecho constitutivo, modificativo o extintivo de las obligaciones, tendrá que cargar con la totalidad de las costas generadas en el proceso, de acuerdo a las etapas transcurridas.

Pues bien, si expresamente la ley procesal de Córdoba, permite la agregación tardía de documentos con la imposición de costas de la contraria, con mayor razón deberá tolerar alguna flexibilidad en la modificación de la demanda, que incluso puede tener efectos menores en

el resultado del proceso. En caso de modificación de demanda sería deseable la existencia de una sanción similar a la prevista por el artículo 182 del CPCC : Que el actor o reconviniendo dispongan de oportunidades de modificar la demanda enumeradas en la ley, pero en estas hipótesis no se le debe eximir de costas.

Es cierto también que el sistema rígido se apoya en supuestas demoras en el tratamiento de los procesos por estas ampliaciones de demandas que transforman el idílico proceso judicial en un proceso judicial de tintes kafkianos, con rectificaciones y replicas permanentes.

Este argumento no debe prosperar por cuanto los procesos judiciales normalmente basados en el SMDR son lentos y complicados normalmente por la lenta labor de abogados y magistrados y no por la oscuridad de la legislación vigente. Aclaremos que tanto los abogados como los magistrados es factible que estiren el tiempo en los procesos que intervienen no por cuestiones exclusivas de negligencia, sino por cuestiones estrictamente presupuestarias: Los abogados reciben más trabajo del que pueden gestionar tempestivamente y los juzgados se encuentran colapsados de expedientes.

Cualquier proceso de los denominados “Sumario, sumarísimo, abreviado”, son procesos que tienen una mínima duración de un semestre, sin contar , claro está , las etapas recursivas.

La sociedad necesita que los procesos judiciales terminen y que los mismos traten exhaustivamente todos los asuntos controvertidos, a los fines de evitar la prolongación innecesaria del conflicto, que excede el propio proceso judicial.

De que vale prohibir la modificación de demanda en aras de la alegada defensa en juicio del demandado, si este deberá soportar más temprano que tarde otro proceso judicial donde se canalizará la ampliación

prohibida.

Flaco favor se realiza en nombre de la celeridad del proceso, si al actor que equivocó un dato en la demanda, se lo obliga a desistir de la misma , para iniciar otro proceso judicial con el mismo tema.

Claro que en este caso , a los fines del desistimiento, se necesitará contar con la conformidad del demandado quien incluso podrá oponerse al desistimiento de la acción del actor, forzándolo a concluir el proceso o eventualmente a desistir de la acción y del derecho.

En ambos casos, la justicia , de por si ciega, también puede resultar afectada de sordera.

12.2. Fundamentos del SFMD:

Principio de economía procesal:

El principio de economía procesal “Es comprensivo de todas aquellas previsiones que tienden a la abreviación y simplificación del proceso, evitando que su irrazonable prolongación torne inoperante la tutela de los derechos e intereses comprometidos en el”⁷⁵

Es dable destacar que este principio cuenta con diversas variantes que se pueden en enumerar de la siguiente manera. Principio de concentración, eventualidad, celeridad y saneamiento.

El principio de concentración, persigue como objetivo concentrar los actos procesales en la menor cantidad de actos posibles. Desde ya modificar la demanda y evitar de este modo la proliferación de otros procesos en los

⁷⁵ Palacio, Lino Enrique : Derecho procesal Civil , Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, pag. 285.-

cuales se ventile el mismo tema, se ajusta a las previsiones del principio de concentración.

Es dable destacar que “La necesidad de articular un sistema flexible de modificación de la demanda suele fundamentarse en el principio de la economía procesal, permitiendo que la tutela judicial del conflicto sea la más cercana posible a la realidad, evitando tal como acabamos de indicar , futuros procesos sobre cuestiones que podrían resolverse con anterioridad”⁷⁶

Entendemos que si las partes se encuentran facultadas para introducir modificaciones en la demanda y reconvenición, provocan los siguientes efectos: En primer lugar, brinda una sensación de bienestar en el justiciable en virtud que sus alegaciones son escuchadas por el Juzgador y no debe soportar que a causa de un error, a causa de un deficiente estudio, se consume la perdida de su derecho o eventualmente la necesidad de interponer una nueva demanda judicial, si es que no resulta alcanzada por la cosa juzgada.

Asimismo mediante este sistema, se logran concentrar todas las cuestiones litigiosas , con un mínimo dispendio de esfuerzo tanto de los magistrados como de las partes.

Lo que provoca mayor perplejidad en la doctrina es los sucesivos traslados que se le deben correr al demandado debido a la transformación de demanda.

Aún así, sigue siendo económico el ius variandi del objeto del proceso, puesto que eventualmente lo que provoca desgaste es un traslado , o eventualmente dos traslados de modificaciones, rectificaciones o ampliaciones.

⁷⁶ Joan Picó i. Junoy, Ob. Citada , pag. 65.-

Va de suyo que mayor desgaste provocará la introducción de diversos procesos judiciales conexos o incluso la interposición de recursos en contra de la resolución que impide la admisión de la ampliación.

Abierto el juicio es menester expresar el mismo hasta lograr la maximización de sus beneficios. Un proceso en el cual se ventila una acción , debiendo posteriormente acumularse a otro proceso judicial por la sencilla razón que no se pudo ampliar demanda por la rigidez del sistema, es en modo alguno un ejemplo de economía procesal. Por el contrario es un dispendio de tiempo, de energía, con riesgo de obtener resoluciones contradictorias. En este mismo sentido opina Cortes Domínguez, quien afirma que “La prohibición de modificar la demanda tiene que ser matizado para compaginarlo con una cierta aplicación del principio de economía procesal: Parece lógico que, estando pendiente el proceso, exista la tendencia natural a utilizarlo lo mejor y lo más posible, en modo tal que es natural intentar , a la vista de la tramitación y de los resultados que se van produciendo en el proceso, alegar nuevas fundamentaciones que hagan posible alcanzar la sentencia pedida (por lo que) a lo largo del debate las partes pueden, siempre con el objeto de concretar y de especificar los términos exactos del mismo , modificar ampliar o rectificar lo que es meramente accidental o colateral de ese objeto de debate”⁷⁷

Es dable destacar que el principio de economía procesal sustenta este sistema flexible de modificación de demanda. Puesto que tanto en el Código Procesal de la Nación o Código Procesal de Córdoba, en caso de impedimento procesal en ampliar o modificar la demanda, se puede interponer otra similar, evitando va de suyo, la litis pendencia, y solicitar la acumulación correspondiente en el expediente en el cual oportuna y paradójicamente se le impidió ampliar demanda.

⁷⁷ Cortes Domínguez: Derecho Procesal Civil, Parte General , ob. Ci. Pp 152-153 , citado por Pico I Junoy, ob. Citada pag. 67.-

Algo curioso sucede en la Ley de Enjuiciamiento Española. De la exposición de motivos surge lo siguiente “El objeto civil es asunto con diversas facetas, todas ellas de gran importancia,... En esta ley, la materia es regulada en diversos lugares, pero el exclusiva propósito de las nuevas reglas es resolver problemas reales, que la ley de 1881 no resolvía ni facilitaba resolver.

Se parte aquí de dos criterios inspiradores: Por un lado la necesidad de seguridad jurídica y por otro , la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en un o solo”.

De la lectura de estos párrafos surge la coincidencia con lo que venimos diciendo: Si el asunto es factible que se resuelva en un solo proceso, resulta un despropósito permitir la introducción de procesos con objetos litigiosos similares , aunque no idénticos..

Cabe destacar que esta posibilidad, si bien es factible en la legislación argentina, no es posible que se plasme en la legislación procesal española, puesto que el artículo 400 de la LEC impide que existan nuevos procesos provenientes de un mismo hecho causal, al exigirle al actor o reconviente que aleguen todos los hechos que la fundamente , impidiendo que se aleguen hechos conexos en un proceso iniciado con posterioridad. La exposición de motivos de la LEC también enuncia que “Con la misma inspiración básica de no multiplicar innecesariamente la actividad jurisdiccional y las cargas de todo tipo que cualquier proceso conlleva, el régimen de la pluralidad de objetos pretende la economía procesal , y a la vez, una configuración del ámbito objetivo de los procesos que no implique una complejidad inconveniente en razón del procedimiento que se haya de seguir o que, simplemente, dificulte, sin razón suficiente, la sustanciación y decisión de los litigios. Además, la ley

incluye normas para evitar un uso desviado de la acumulación de procesos : No se admitirá la acumulación cuando el proceso o procesos ulteriores puedan evitarse mediante la excepción de litispendencia o si lo que se plantea en ellos pudo evitarse mediante acumulación inicial de acciones, ampliación de la demanda o a través de la reconvención”

Entendemos que el artículo 400 de la LEC en modo alguno protege el principio de economía procesal, por el contrario estimamos que es un artículo que roza el absurdo, salvo que la normativa resulte flexible en aras de permitir la modificación de la demanda. Esta modificación tampoco se plasma en la realidad, tal como se desprenderá del análisis que se efectúe ut infra de la legislación procesal española.-

Observamos que la exposición de motivos de la LEC trata puntualmente lo que venimos sosteniendo y argumentando: No existe razón alguna para sostener un sistema rígido de modificación de demanda como el que surge del CPCN, si una vez regulado este sistema que clausura toda posibilidad de alterar la demanda, se permite que a través de la interposición de una nueva demanda, con su consecuente acumulación de procesos, se corrija el rumbo.

Pues bien, esto que es factible que se pueda plasmar en la legislación procesal argentina, en España es inviable. Allí cortaron por lo sano: Si no se acumularon la acciones, si no se amplió demanda, incluso para el caso que la pretensión no se encuentre prescripta, no se puede iniciar la demanda ya que es factible la oposición de la excepción de litis pendencia.

En la legislación argentina, ninguna norma impide que aún en defecto de acumulación de acciones , estas no se acumulen posteriormente por petición de las partes.

Entendemos que la LEC de esta manera se torna más rígida aún que el

CPCN, puesto que si se ingresa una demanda omitiendo considerar algún rubro, no habrá modo de enderezarla ni de reclamarla nuevamente , en caso de no haberse acumulado las acciones o no ampliarse demanda en el término estipulado por la ley.

12.2.2. Perseguir la justicia material del caso:

El sistema flexible de modificación de demanda permite el análisis completo del caso concreto que se ventila en el Tribunal . Este sistema permite el análisis exhaustivo de todos los rubros del caso, no dejando arista alguna sin resolver . Esto por supuesto si las partes tuvieron la diligencia de alegarlo antes que se clausure definitivamente la posibilidad de realizar rectificaciones en el proceso.

Es destacable que una cuestión es hablar de cierta flexibilidad a los efectos de modificar la demanda, lo que no debe confundirse con la propugnación de un régimen extremadamente laxo de modificación de demanda. La preclusión es necesaria, pero entendemos que la misma debe ser elástica e incluso escalonada. A medida que avanza el proceso, las posibilidades de transformación, modificación y ampliación de demanda se deben restringir progresivamente , quedando subsistente al final del proceso únicamente la posibilidad de ampliar cuantitativamente la demanda.

Establecido el mecanismo preclusivo de esta manera, el sistema respeta las formas, el derecho de defensa y la igualdad ante la ley, y también tiene como norte la verdad jurídica objetiva y la justicia material del caso.

La verdad jurídica objetiva y la justicia material tiene mala prensa puesto que se la vincula sistemáticamente con regímenes autoritarios o jueces

activistas.

Entendemos que todo proceso judicial debe propender a perseguir la búsqueda de la verdad jurídica objetiva y el caso concreto , respetando el derecho de defensa en juicio de las partes y la igualdad ante la ley. Cualquier proceso judicial que al menos en su ideal no tenga como meta descubrir la verdad y obtener la justicia del caso, no merece siquiera llamarse proceso. Es una parodia del mismo. Luego si por dificultades eprobatorias , por la mediatez y por otras cuestiones que no viene al caso comentarlas en este trabajo, no se obtiene en todos los supuestos la justicia del caso, es harina de otro costal. El sistema dispositivo, que pone en cabeza de los justiciables la alegación de los hechos y la aportación de los elementos probatorios, es el sistema idóneo a los fines de perseguir la justicia material del caso.

Si un proceso se fosiliza por los valladares formales , es un proceso que en modo alguno resuelve la controversia. El proceso judicial se inicia a los fines de resolver conflictos suscitados entre las partes, no para adormecerlos ni maquillarlos. La única manera de resolver el conflicto es tratando de llegar a la verdad, y consecuentemente perseguir la justicia del caso.

Entendemos que permitir que las partes modifiquen la demanda y aleguen responsablemente todos los hechos posibles estimula la búsqueda de la justicia, puesto que no debe considerarse al proceso como un laberinto donde naufragan las buenas intenciones.

Algunos autores , vinculan sistema inquisitivo con sistemas flexibles de modificación de demanda. Entiendo que se encuentran profundamente equivocados. En este sentido opina “..Ferri , analizando los procesos civiles de estados con regímenes políticos , en los que rige el principio inquisitivo, observa como en ellos se permite una amplia facultad- tanto a las partes como al propio juez – de modificar la demanda en orden a

obtener la denominada verdad objetiva de los hechos”⁷⁸.

Disentimos con lo dicho por el profesor italiano ,toda vez que el Código Procesal Civil de la Nación, que es un ejemplo de código rígido ,emparentado con el sistema inquisitivo, no permite ningún tipo de modificación de la demanda , tal como surge del artículo 331 de la ley de rito de la nación.

Por el contrario , sostengo que a los fines de evitar la equiparación de dispositivo y formalismo, el sistema dispositivo debe permitir un SMDF, perfectamente reglado, y con claros límites al juzgador, a quien se le debe vedar cualquier intromisión en la construcción de la base fáctica del proceso. En este mismo sentido opina Montero Aroca quien sostiene que “El fenómeno de la publicización se ha basado , creemos, en una gravísima confusión entre las facultades materiales y las facultades procesales de dirección del proceso. Una cosa es aumentar los poderes del juez respecto del proceso mismo (en su regularidad formal, en el control de los presupuestos procesales, en el impulso , por ejemplo) y otra aumentarlas con relación al contenido del proceso y de modo que pueda llegarse a influir en el contenido de la sentencia... no hay obstáculo alguno en aumentar las facultes procesales.... Pero si lo hay en que el juez pueda de oficio iniciar el proceso o alegar hechos o practicar prueba no pedida por las partes , pues de este modo se está afectando la existencia de los derechos reconocidos en la norma material “⁷⁹

Opinamos en el mismo sentido que Pico I. Junoy quien escribe que el sistema flexible de modificación de demanda “Se trata , en definitiva , de una mera opción del legislador, que no responde al carácter más o menos

⁷⁸ Ferri: Struttura del processo e modificazione Della domanda, pp. 17 a 70, citado por Juan Pico I. Junoy, Ob. Citada, pag. 71.-

⁷⁹ Montero Aroca, Juan “Los principios políticos de la nueva ley de enjuiciamiento civil , editorial Tirant Lo Blanch Alternativa, pag. 72.-

dispositivo o inquisitivo del sistema procesal, y que será perfectamente válida , siempre que se respeten las garantías constitucionales del demandado y muy especialmente su derecho de defensa ⁸⁰ .

Entendemos que este sistema flexible de modificación de demanda, comulga perfectamente con un sistema que pregone la libertad, y que en modo alguno convierte al proceso civil en un proceso laberíntico, sino que lo coloca en su justa dimensión: Un proceso civil que con base en la libertad, persigue el descubrimiento de la verdad jurídica objetivo y la justicia material del caso-

12.2.3. Oralidad y el SFMD:

Prieto Castro “Destaca que el juicio basado en el principio de oralidad donde la demanda es tal o un simple escrito preparatorio, pero que- en todo caso- sitúan la contestación en la vista oral, comparecencia –o juicio en sentido estricto- la posibilidad de mera ampliación de pedimentos... cabría admitirla...si bien otorgando al demandado para las nuevas alegaciones pertinentes y proposición de la prueba adecuada”⁸¹ .

Entendemos que la oralidad en modo alguno es más o menos compatible que el proceso escrito en relación con el SMD adoptado. En el Código Procesal Penal de Córdoba, a los fines de ejercer la acción civil en el proceso penal, en un primer momento se produce la constitución de actor civil en el proceso penal, concretándose la demanda recién en la audiencia de vista de causa.

Pues bien, este proceso tiene un fuerte contenido de oralidad, y sin embargo es más formal que el proceso escrito, dado que si bien la

⁸⁰ Pico I. Junoy: Ob. Citada , pag. 71.-

⁸¹ Prieto Castro , citado por Pico I Junoy: Ob. Citada, pag. 72.

constitución de actor civil en el proceso penal es anterior a la concreción de la demanda, esta constitución es sumamente formal , y cualquier defecto puede malograr el derecho cuya tutela se persigue.

Incluso entiendo que la oralidad es casi incompatible con un SMDF, puesto que se cercenaría el derecho de defensa del demandado al obligarlo a evacuar en la misma audiencia de vista de causa, las alegaciones extemporáneas del actor. Cualquier modificación de la demanda o pretensión deberá ser efectuada en los trámites previos a la audiencia de vista de causa, puesto que de lo contrario, se incurriría en violación de derecho de defensa del demandado que se vería sorprendido

Por lo tanto disiento con lo dicho por Berzosa quien sostiene que “No cabe duda que un proceso concebido en forma oral permitirá una mayor flexibilidad a la hora de alterar lo que se pide, añadir una nueva causa de pedir o modificar la ya alegada... La oralidad haciendo el proceso más ágil, está más en consonancia con la posibilidad del actor de introducir en el proceso nuevos hechos o nuevas peticiones y del demandado de oponerse a ellas”⁸²

Es dable destacar que la legislación procesal del trabajo en la Justicia de la Provincia de Córdoba se desarrolla en dos fases : En una primera fase , en el Juzgado de conciliación, se interpone la demanda y se contesta la misma. Pues bien, allí queda trabada la litis y no existe norma que autorice modificación de demanda alguna, resultando de esta manera un SMDR. En la segunda etapa se desarrolla la etapa del juicio propiamente dicho, y se ventila oralmente, y tampoco existe posibilidad alguna de modificación de demanda.

Por esta razón , debe diferenciarse los proceso orales extranjeros de los

⁸² Demanda Causa petendi y objeto del proceso, ob. Citada p. 92, citado por Pico I Junoy, ob. Citada pag. 73.

procesos orales que prescribe la legislación procesal argentina. En el extranjero, pareciera que la posibilidad de modificar la demanda en los procesos orales es amplia, y por tal razón se opina que “En los sistemas legales regidos por el principio de oralidad, en efecto, deben redactarse por escrito los actos preparatorios del examen de la causa (demanda, contestación, excepciones , ofrecimiento de prueba), aunque las declaraciones contenidas en ellos , para ser jurídicamente eficaces deben ser oralmente confirmadas en el acto de la audiencia. Asimismo, cabe la posibilidad de modificar, rectificar e incluso abandonar , en aquel acto, las declaraciones anunciadas en los escritos preparatorios , siempre que tales actitudes no comporten una modificación de la demanda”⁸³

Esta situación se plasma en la ordenanza procesal civil alemana, donde rige el principio de unidad de vista o de indivisibilidad, que se opone al principio de preclusión. El principio de unidad de vista presupone que los actos procesales no llevan un orden consecutivo riguroso, y por tal razón, se encuentran facultados para peticionar, oponer defensas y excepciones y proponer elementos probatorios que no se hicieron valer anteriormente.

En el proceso escrito, donde rige el principio de preclusión, es necesario que el orden sea riguroso , por lo tanto , si no se ejerció un derecho previsto para una etapa del proceso, en la otra etapa no se puede realizar. Por tal razón es atacado de formalista el proceso civil y se han atacado sus sentencias por “Exceso ritual manifiesto”, lo que dio origen a un descrédito sistemático del proceso civil escrito.

El principio de unidad de vista se encuentra íntimamente relacionado con el principio de oralidad, ya que en estos procesos, las sesiones en las que se desarrolla el debate constituye una unidad, y en cada una de estas sesiones, es factible plantear medios de ataque o defensa.

⁸³ Palacio, Lino Enrique: Ob. Citada , tomo I pag. 267.-

Si el medio de ataque o defensa es utilizado arteralmente con el fin de dilatar la causa, se le puede imponer las costas al litigante temerario o negligente, que se encontró en condiciones de interponer su medio de ataque y defensa con anterioridad.

La Propia ZPO dispone la posibilidad incluso de rechazar este medio de ataque y defensa, si con su interposición de dilata el proceso, y se advierte según el criterio del tribunal, que la utilización de estos medios con anterioridad son imputables a la mala fe o a la grave negligencia del litigante.

En definitiva, si nos circunscribimos a la legislación procesal argentina, donde existe oralidad, reina el SMDR, en contraposición a lo que sostiene la doctrina autoral europea que se refieren a sus propias legislaciones.

12.2.4. Seguridad jurídica: El valor seguridad jurídico se lo puede vincular principalmente con los adeptos del formalismo, que ya dijimos que debe distinguirse del garantismo, aunque tanto unos como otros le prestan especial importancia a las formas. En este sentido , tampoco demonizamos las formas, pero si denostamos las formas sacras, o las formas caprichosas.

Las formas en definitiva surgen de una convención que se plasma en la legislación vigente. Depende del poder político la instauración de las formas, y por lo tanto, no dejan de ser formas si son excesivamente rígidas o moderadamente laxas.

Por lo tanto el valor seguridad jurídica no depende del seguimiento a rajatabla de las formalidades legales. Estas pueden resultar más flexibles que otras y no dejar de ser formalidades. La seguridad jurídica exige que las formalidades se cumplan, que las reglas del juego no se modifiquen , y en eso estamos de acuerdo. Como en cualquier juego , por ejemplo el futbol, el objetivo es convertir en el arco del frente. Claro que para lograr

el objetivo no es menester realizar jugadas mecánicas, sino que queda librado a la creatividad de los participantes la manera de lograr el objetivo. Unos jugaran esquemáticamente y otros llegarán al arco rival creativamente. Lo esencial es que algunas reglas básicas no se modifiquen.

En el proceso la cuestión es la misma: La formalidad se exige, pero resulta que se pretende que estas no sean rígidas, sino que por el contrario permita cierta laxitud que permita la maximización del proceso como instrumento de paz social.

La seguridad jurídica se obtiene mediante la imposición de reglas de juego claras para todos los participantes, que sean absolutamente conocidas y con la menor injerencia del arbitro.

En este aspecto el sistema flexible de modificación de demanda permite que las partes esgriman y hagan valer sus pretensiones con cierta dosis de seguridad impidiendo que un mínimo error en la redacción de la demanda no demuela su derecho.

Por parte de la demandada ocurre lo mismo, si el proceso es regido por un SRMD es el propio juzgador quien se encuentra facultado para rechazar la modificación de la demanda. En este caso, este rechazo del juzgador, es posible que resulte perjudicial a los intereses del demandado. Este perjuicio puede ocurrir por las siguientes razones: El actor, ante la inadmisión de la modificación de la demanda, fundada en hechos no alegados en la misma, pero conocidos y anteriores a su promoción, cuenta aún con la posibilidad de interponer otra demanda fundada en este hecho, y luego acumular las acciones. La litispendencia no le será oponible, puesto que si se rechazó la ampliación de demanda, por fundarse la misma en un hecho diferente, mal se puede conceder la excepción de litispendencia frente a una demanda fundada en este hecho, juzgado por el Tribunal como diferente, dado que no se plasmarían en el

caso la triple identidad que exige la litis pendencia.

CAPITULO 13: SISTEMA RÍGIDO DE MODIFICACION DE DEMANDA:

13.1. Sistema rígido: Un SRMD es aquel que impide que la misma sufra modificación alguna luego de su notificación. En este sistema, interpuesta la demanda, puede modificarse las veces que sea necesario, pero tiene un límite: La notificación de la demanda. Una vez que se notificó la demanda, no es posible rectificar hechos, ampliar la base fáctica. La demanda virtualmente se congela. Sostiene Pico Junoi, que “Un sistema rígido de modificación de la demanda favorece siempre al demandado, quien mantendrá intacta todas su estrategia defensiva a lo largo del proceso y verá como la sentencia resuelve la cuestión litigiosa inicialmente planteada. De igual modo este sistema favorece el interés público en lograr la máxima rapidez del proceso, ya que con él se evitan eventuales suspensiones del mismo para celebrar la debida audiencia al demandado en orden a garantizar su derecho de defensa”⁸⁴. Respecto de las bondades del sistema rígido de modificación de demanda que indica el citado autor, debemos decir, que su visión contrasta con la nuestra. En primer lugar , ya opinamos ut supra que este sistema en modo alguno beneficia a alguna de las partes del proceso. Es cierto que puede beneficiar a alguna de las partes, pero dicho beneficio no se encuentra asignado permanentemente a uno de los polos de la relación procesal, sino que el azar indicará a quien beneficia. Ni el demandado ni el actor son los beneficiarios permanente de este sistema.

Respecto de la idea que este sistema favorece el interés público dada la rapidez del proceso, entiendo que si bien la misma no es desatinada, tampoco se ajusta a la realidad.

⁸⁴ Pico I Junoy , ob. citada, pag. 44.

El proceso no debe resultar rápido sino tempestivo . La rapidez no siempre es funcional al interés público. El proceso debe perseguir la justicia no la velocidad.

En la provincia de Córdoba por ejemplo, un proceso judicial tramitado en la Justicia Federal (donde rige el CPCN) es un proceso lento, y normalmente desde que pasa a fallo hasta que se dicta la resolución, transcurre más de un año. No hace falta aclarar que el CPCN es un proceso civil donde reina el sistema rígido de modificación de demanda y aún así se le achaca extrema morosidad.

Se puede atacar lo que digo de la siguiente manera: Que el sistema judicial funcione deficientemente no es razón para descalificar al SRMD. Que una resolución se dicte transcurrido más de un año desde que se dictó el decreto de autos, no es razón para atacar el sistema. La crítica es clara y no le faltan razones. Pero lo que decimos es que si se consumen más de trescientos sesenta y cinco días en dictar una resolución, no es lógico el argumento que indica que una modificación de demanda, que insume quince días de tiempo, provoque la morosidad del sistema.

Entendemos que el SRMD tiene sus fundamentos y en algunos casos, los mismos son atendibles. No obstante ello, veremos que aún sopesando costos y beneficios , permitir la modificación de demanda resulta la alternativa más económica.-

13.2. Fundamentos:

13.2.1 El mantenimiento de la eficacia de la litis pendencia: “Mientras un proceso se encuentre en situación de sustanciación, sin que exista sentencia irrecurrible e imperativa , se dice que se halla en estado de litispendencia, al cual se define como la “Situación Jurídica en que se

encuentra una causa al estar sometida al juicio y resolución de los tribunales”⁸⁵. Pues bien , si no se admite la modificación de litispendencia encontrándose tramitándose ambos procesos en juzgados distintos, con mayor razón se prohibirá terminantemente modificar el estado de litispendencia en un mismo proceso.

“En la doctrina actual es frecuente destacar que la litispendencia genere el efecto de resolver el objeto litigioso de acuerdo a como ha sido definido en la demanda, por lo que no puede modificarse con posterioridad , esto es , como indica Malaga , la litispendencia provoca la perpetuatio objectiuos. En este sentido, Guasp, al estudiar los efectos de la presentación de la demanda destaca que la litispendencia que nace con la presentación de la demanda, supone la inmodificabilidad en el transcurso ulterior, del proceso, es decir , que la pretensión , unida a la demanda, no podrá ser alterada , sino en mínima medida después”⁸⁶

Desde esta posición surge que el efecto de la litispendencia impide la mutatio libelli, por el sólo efecto haber interpuesto la demanda.

Entendemos que si se entendiera que la sola litispendencia provoca la inmutabilidad de la demanda se trataría de un efecto exagerado , que distorsionaría el fin del proceso.

El fin del proceso es resolver las cuestiones controvertidas y en modo alguno consagrar ritos formales..

Pico Junio , citando a Ortells, sostiene que “La prohibición de modificación de la demanda, no es estrictamente un efecto de la litispendencia, porque no deriva de la situación que se genera desde la

⁸⁵ Carlo Carli: Ob. Cit. Pag. 188, citando a Goldschmidt, Derecho Procesal Civil, p. 331”,

⁸⁶ Pico Junoi; Ob. Citada pag. 46.-

admisión de la demanda. Como mínimo requiere que se haya producido la oportunidad de contestación (y con ella de formulación de reconvención) porque la finalidad perseguida no es solo prohibir el cambio de objeto (de la pretensión procesal) inicialmente propuesto por el actor, sino prohibir el cambio de los términos en los que ha quedado establecido la controversia sobre la pretensión procesal, después de los actos de alegación iniciales y principales ..”⁸⁷ .

Entendemos que esta cuestión es diferente a la primera. Ya no se trata de una cuestión formal, sino del derecho de defensa de la contraria, que se vería afectado si a cada instante , ante cada contestación de demanda o de ampliación de la misma, el actor rectificase o modificase su demanda evadiendo los efectos de la derrota en el proceso. En este caso, entiendo que la cuestión no debe resolverse mediante la prohibición de modificar más de una vez la pretensión, sino en detectar si el actor pretende perturbar el proceso: Si esto ocurriera al actor que actúa temeraria o maliciosamente, se le deberán aplicar las sanciones que prevé la ley procesal.

13.2.2 Violación del derecho de defensa del demandado: Se pondera que el sistema rígido permite el regular ejercicio del derecho de defensa por parte del demandado. Que permitir la modificación de la demanda, importa una alteración de las reglas de juego que el demandado no debe soportar. Sostengo que el derecho de defensa no se altera por la circunstancia que se modifique en algún aspecto la demanda luego de contestada, siempre que tal modificación no importe una transformación de la misma . Pero si la misma importa una ampliación de la base fáctica, la rectificación de un error material, no alcanzamos a vislumbrar la violación al derecho de defensa. Si a la contraria no le alteraron las reglas

⁸⁷ Pico Junoi: Ob. Citada pag. 48.-

del juego, si no se le modificó la demanda, la circunstancia que se rectifique una fecha, una suma dineraria, si se agrega un rubro no reclamado, si se le agrega un hecho no alegado que no modifica la pretensión, no alcanza a violar el derecho de defensa.

Se violaría el derecho de defensa, si de dicha modificación no se le corriese traslado. Si se le corre traslado, es en dicha oportunidad cuando debe ejercer su derecho de defensa, admitiendo o impugnando la modificación.

Asimismo, creo que cuando se menciona la violación del derecho de defensa ante la modificación de demanda, se debe referir seguramente a la modificación realizada con posterioridad a la contestación de demanda. Puesto que si la modificación fue anterior a la contestación de la demanda, va de suyo que la misma, no afecta en modo alguno al demandado.

Al demandado se le permite claramente ejercer su derecho de defensa y el modo es el siguiente: Al contestar la modificación, se encuentra facultado para contestar la misma, para oponerse, o para eventualmente admitir la modificación⁸⁸. En todos los supuestos el que modifica

⁸⁸ “Otros supuestos de modificación se dan en la corrección de errores materiales, sin que tenga para ello obstáculos el actor que aún no notificó su demanda. El podrá introducir enmiendas o aclaraciones en el error incurrido en esas condiciones. Se agrega que esta modalidad no resulta posible una vez comunicada la acción, pero ello debe entenderse como aplicable cuando lo alterado en la demanda incoada pueda resentir las posibilidades de defensa y contestación a la demanda; más no, en tanto se indique su disposición para resguardar un aspecto formal o un probable perjuicio, cuando del análisis del caso no resulte derecho que se resienta ni lesión que se produzca. Por ejemplo es viable enmendar la petición, aunque no se haya notificado demanda, cuando el acto se dirige a subsanar un error material con el objeto de que el juicio prosiga contra

tardíamente , se le debe aplicar las costas de su alteración tardía del libelo.

Los autores que fundamentan que la modificación viola el derecho de defensa en juicio, cimentan su posición en lo siguiente: En todos los supuestos entienden que la alteración de la demanda, se admite o no inaudita parte y ese es el error. Prueba de ello es la opinión que seguidamente exponemos: “De igual modo se pronuncia la doctrina actual: “Para Cortés Domínguez, la prohibición de mutatio libelli, viene impuesta por razones exclusivamente constitucionales; si el actor pudiera a lo largo de la tramitación del proceso cambiar el contenido de la demanda, es decir, cambiar lo que se pide, y en razón de lo que pide, se produciría una clara indefensión para el demandado, que se encontraría en determinadas ocasiones ante la imposibilidad procesal de ejercer su derecho de defensa en las condiciones propicias. En esta línea , Damian sostiene que dicha prohibición “trata de evitar la indefensión que puede provocar en el demandado... No debemos olvidar que el demandado necesita organizar su estrategia defensiva en función de las pretensiones deducidas por el actor de modo que si se produce una variación en las mismas, el demandado no podría reaccionar frente a ellas, lo que constituiría una evidente infracción de sus garantías procesales “⁸⁹

quien resulta verdadero legitimado” Gozaini, Osvaldo ,Código procesal Civil y Comercial de La Nación, Tomo II, pag. 231, Editorial La Ley.-

⁸⁹ Pico I Junoi. Ob. Citada pag. 51, citando a Cortes Domínguez “La audiencia previa en el juicio declarativo”, en “Exposición de la nueva ley de enjuiciamiento civil, Dir. Gutiérrez Alviz, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pag. 223, y a Damián, en Comentarios a los artículos 410 a 413 en “Comentarios a la nueva ley de enjuiciamiento civil”, T. II, Dir. Lorca Navarrete, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 2108, Idém , “Los procesos ordinarios. Las medidas cautelares, en “La nueva ley de enjuiciamiento civil, T. II, Coord. Cortés

Pues bien, entiendo que en la opinión de estos autores se advierte claramente que omiten considerar que al demandado se le debe correr traslado de la modificación.

Si así no lo fuere, va de suyo que se violaría el derecho de defensa, puesto que se quebraría la bilateralidad en el proceso e igualdad ante la ley.

Pico I. Junoy, admite que la prohibición es ilógica cuando se dan las siguientes circunstancias: a) "...Se le conceda al demandado la oportunidad de defenderse sobre el cambio introducido pro el actor. Si se le da esta opción , al margen ya del hecho de que se acepte o no acepte la modificación de la demanda, difícilmente podrá mantener que se le ha causado indefensión. En caso contrario , si la norma procesal no le otorgase dicha oportunidad, estaríamos ante un precepto inconstitucional, pues colocaría al demandado ante la imposibilidad procesal de ejercer su derecho a la defensa b) Y, en segundo lugar, debe permitirse la práctica de la actividad probatoria necesaria respecto al cambio introducido por el actor, por lo que lo deseable es que dicha modificación se produzca hasta el momento probatorio (juicio o vista) " ⁹⁰

En definitiva el autor citado acuerda con mi opinión, en cuanto a los requisitos de admisibilidad de la modificación de la demanda : a) Que no se trate de una transformación total de la demanda, en este caso, si viola el derecho de defensa y por lo tanto resulta inadmisibile. b) Que la contraria disponga de la oportunidad procesal de evacuar el traslado de la modificación, ejerciendo su derecho de defensa y de ofrecer la correspondiente prueba.

Domínguez y Moreno Catena, Edit. Tecnos, Madrid 2000. P. 55.-

⁹⁰ Pico Junoi, Ob. Citada, pag. 56, citando a Cortes Domínguez, Derecho procesal Civil. Parte General, Ob. Cit. P. 153.-

13.2.3. Afectación del principio de congruencia: El principio de congruencia ya fue tratado en exceso en este trabajo , en el apartado correspondiente , al que me remito brevitatis causae. No obstante ello, entiendo que el argumento empleado por los defensores de un sistema rígido de modificación de demanda en este punto es exagerado, toda vez que el juez dictará sentencia en torno a lo alegado por las partes, independientemente del momento en que se alegó.

13.2.4. Afectación del principio de preclusión: Entiendo que el principio de preclusión no resulta afectado por la modificación de demanda, ya que la posibilidad de modificación de demanda, también precluye. La única diferencia es que los efectos preclusivos se van escalonando a lo largo del proceso, hasta llegar a la apertura a prueba, a partir de la cual , únicamente se permite la ampliación del quantum. Luego subsisten modificaciones cuantitativas y por supuesto la modificación por hechos nuevos. Por lo tanto , no resulta afectado el principio de preclusión, pero si tal vez se modifica el filtro único por un sistema de filtros que va acotando las facultades de modificación a medida que avanza el proceso.

13.2.5. Violación del principio de igualdad ante la ley: Respecto de la igualdad de la garantía constitucional de igualdad ante la ley, es posible que se le pueda adjudicar algún perjuicio al demandado y en este sentido se encuentra en desventaja respecto del actor.

Es dable destacar que esta violación al principio de igualdad ante la ley, se lo debe relacionar con el principio de preclusión y el diferente trato que reciben actor y demandado.

En el sistema flexible de modificación de demanda, hemos observado que la parte actora cuenta con diversas oportunidades para modificar su pretensión.

Respecto de la parte actora, es factible que no se le aplique con idéntico rigor los efectos de la preclusión. Hemos dicho que la preclusión en el sistema flexible de demanda, también funciona y con la misma rigidez que en el sistema antagónico, con la diferencia que el límite se aleja de los actos iniciales del proceso.

El efecto genérico de la preclusión es vedarle la posibilidad a una de las partes de ejercitar ciertas facultades procesales. Este límite se produce por las siguientes razones:

Por pérdida de la facultad no ejercitada, por ejemplo , de transformar la demanda antes de la notificación en el art. 331 del CPCC.

Por extinción de la facultad no ejercida en el tiempo oportuna, por ejemplo, interponer un recurso.

Por último, el efecto de la preclusión se produce por consumación o ejercitación de un acto procesal. Esta consumación se produce al ejercer una facultad. Una vez ejercida, no se la puede intentar nuevamente.

Pues bien, este sistema es indulgente con el actor al permitirle modificar la demanda, siendo que perdió dicha facultad, no la ejercitó o la consumó. El sistema flexible es permisivo y le admite la posibilidad al actor que modifique su demanda.

Respecto del demandado, este sistema no le admite al demandado ningún tipo de flexibilidad. Una vez vencido el plazo para contestar demanda, precluye su oportunidad, y no dispone de ninguna oportunidad para enmendar su defensa, para articular otra , o para modificar los hechos. Al demandado no se le permite enmendar contestación de demanda, los hechos, ni permite enderezar la excepción.

Una vez vencido el plazo para contestar , el límite de la preclusión castiga

cualquier intento de modificar la base fáctica , los hechos o la defensa por parte del demandado.

En este aspecto, podemos detectar cierta desigualdad, cierta disparidad de criterio a la hora de administrar los permisos y prohibiciones.

¿Alcanza para desvirtuar lo bueno que trae aparejado el sistema flexible de modificación de demanda?. Entiendo que no , que si bien es cierto que el demandado le toca la parte más antipática del sistema, puesto que tiene que tolerar modificaciones de la demanda, pero no se le admite el más mínimo error a la hora de ejercitar su derecho de defensa, no son argumentos de peso para descalificar el sistema propuesto.

Aún con la crítica formulada, entendemos que es más económico procesalmente y en moneda de justicia, permitirle al actor modificar la demanda aún con cierto quebrantamiento de la bilateralidad del proceso, que dejar sin derecho al actor, impidiéndole modificar la demanda, por una cuestión estrictamente formal.

Respecto de esta cuestión , el Dr. J. Ramiro Podetti en sus enseñanzas admitía la posibilidad que el demandado modificará su contestación de demanda. El citado maestro decía “ La ejercitación deja abierta aún la posibilidad de ampliar o modificar el acto cumplido, mientras no se ejercite por la contraria otra facultad. Así, puede ser ampliada o modificada la demanda mientras no se haya notificado el traslado respectivo , la contestación , mientras la causa no haya sido abierta a prueba, y pueden ofrecerse nuevas pruebas, no obstante haber pasado la oportunidad legal , en ciertas hipótesis”⁹¹ .

⁹¹ J. Ramiro Podetti: Derecho Procesal Civil, Comercial, y Laboral. II , Tratado de los actos procesales (Principos y normas generales , 2da. Parte). Ediar Soc. Anón. Editores. Buenos Aires , 1955 pag. 254.-

Pues bien, esta idea del tratadista citada, la que sostiene que se puede modificar la demanda si no se corrió el traslado, y modificada la contestación mientras la causa no haya sido abierta a prueba, aún pervive en el Código Procesal Civil y Comercial de Mendoza y será objeto de análisis ut infra. Entiendo que en la legislación cordobesa y nacional esta postura es imposible, puesto que ninguna norma habilita al demandado a rectificar su contestación, aunque si su reconvencción, puesto que en este caso el demandado haría las veces de actor.

Pese a la desigualdad en el tratamiento entre actor y demandado que se puede observar en el sistema flexible de modificación de demanda , estimamos aún así que es el sistema más justo para las partes del proceso.

En este mismo trabajo, trataremos de encontrar una solución a esta cuestión, con fundamento en lo previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de Mendoza, adelantando desde ya que abogamos por la permisión de ampliación de contestación por parte del demandado, justamente en aras de evitar la posible violación a la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

Sin perjuicio de las asimetrías que denunciamos entre actor y demandado, entendemos que la manera más económica de evitar el daño es mediante la instauración o el reconocimiento , según resulte el caso, de un sistema flexible de modificación de demanda.

CAPITULO 14: SISTEMAS DE MODIFICACION DE DEMANDA EN AMERICA LATINA:

14.1. Sistema de modificación de demanda de Brasil. El Código Procesal Civil Brasileiro contiene un sistema de modificación de demanda

también rígido: El artículo 282 del Código de Procceso Civil dispone lo siguiente “A peticao inicial indicará:

I.-O juiz ou tribunal, a que   dirigida.

II.- Os nomes, prenomes, estado civil , profissao , domic lio e residencia do autor e do r u;

III.- O fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV.- O pedido , com as suas especificacoes;

V.- O valor da causa.

VI – As provas como que o autor pretende demostrar a vedade dos fatos alegados,

VII. O requerimeno para a citacao do reu.

Observamos que las exigencias relativas a la demanda son similares a las legislaciones argentinas.

El sistema de modificación de demanda rígido, se plasma en las previsiones del artículo 294 del cuerpo procesal brasileiro que dispone : “Antes da citacao , o autor poder  aditar o pedido , correndo a sua conta as custas acrecidas en razao dessa iniciativa”.

El código dispone que antes de la citación , el actor podrá ampliar su petición, pero se le imponen las costas al actor en razón de su iniciativa. La particularidad de este código procesal es la siguiente: El actor se encuentra facultado para introducir ampliaciones hasta la notificación de la demanda. Aún así, pese a que la contraria no tuvo ninguna participación en el pleito, resulta beneficiada con la imposición de costas . Entendemos que de alguna manera el Código Procesal Brasileiro, impone una suerte de multa al litigante que amplia o

modifica su demanda.

Sistema de modificación de demanda uruguayo: El Código General del proceso del Uruguay, adhiere a un modelo rígido de modificación de demanda, aunque más permisivo que el Código Procesal Civil y Comercial de La Nación.

En su artículo 121 , este Código dispone: Cambio de demanda:

121.1 Podrá cambiarse la demanda antes de que haya sido contestada.

121.2 Si después de contestada la demanda sobreviniere algún hecho nuevo con influencia sobre el derecho invocado por las partes en el proceso, éstas podrán alegarlo y probarlo hasta la conclusión de la causa; Si fuera posterior a ese momento , podrán alegarlo y probarlo en segunda instancia. En todos los casos se concederá a la contraparte las facultades de contradicción y prueba correspondiente.

El artículo 122 regula los efectos de la demanda, los que consiste en lo siguiente:

Art. 122: Efectos de la demanda

La demanda formalmente idónea determina la litispendencia desde la fecha de su presentación. En su virtud:

La competencia inicial no se modificará aunque posteriormente se alteren las circunstancias que la determinaron.

Las partes conservarán su legitimación aunque los hechos en que ésta se funde hubieren cambiado.

La pretensión ejercitada no podrá ser alterada fuera de los límites expresamente permitidos por este Código.

Queda excluída la posibilidad de iniciar otro proceso con el mismo contenido.

Se producirán los demás efectos jurídicos sustanciales, legalmente establecidos.

Los efectos de la litis pendencia podrán ser puestos de manifiesto a instancia de parte o de oficio.-

Sistema de Modificación de demanda Chileno: El Código Procesal civil chileno en su artículo 261 dispone que: “Notificada la demanda a cualquiera de los demandados y antes de la contestación, podrá el demandante hacer en ella las ampliaciones o rectificaciones que estime convenientes. Estas modificaciones se considerarán como un demanda nueva para los efectos de su notificación y sólo desde la fecha en que esta diligencia se practique correrá el término para contestar la primitiva demanda”. En este cuerpo legal, el modelo de modificación de demanda es similar al previsto en el Código procesal civil de Córdoba, en su interpretación restrictiva.-

Sistema de modificación de demanda Mexicano: El Código Federal de procedimientos civiles dispone en su artículo 70 que “Puede ser propuesta , al Tribunal, una demanda tanto para la resolución de todas, como para la resolución de algunas de las cuestiones que puedan surgir para la decisión de una controversia”. El artículo 71 dispone a su vez que “Después de que se haya admitido por un Tribunal, demanda para la decisión total o parcial de un litigio y en tanto este no haya sido resuelto por sentencia irrevocable, no puede tener lugar, para la decisión del

mismo litigio, otro proceso, ni ante el mismo tribunal ni ante tribunal diverso, salvo cuando se presente, dentro del juicio iniciado, nueva demanda ampliando la primera a cuestiones que en ella fueron omitidos. Cuando no obstante esa prohibición se hayan dado entrada a otra demanda, procederá la acumulación que, en este caso, no surte otro efecto que el de la total nulificación del proceso acumulado, con entera independencia de la suerte del iniciado con anterioridad.

La ampliación a que se refiere el párrafo anterior sólo puede presentarse una vez , hasta antes de la audiencia final de la primera instancia , y se observarán las disposiciones aplicables como si se tratara de un nuevo juicio.”

El artículo 77 dispone que “Cuando un tribunal estime que no puede resolver una controversia , sino conjuntamente con otras cuestiones que no han sometido a su resolución, lo hará saber a las partes para que amplien el litigio a las cuestiones no propuestas, siguiendo las reglas ordinarias de la demanda, contestación y demás tramites del juicio y entre tanto no lo hagan, no estará obligado el tribunal a resolver. La resolución que ordene la ampliación es apelable en ambos efectos”.

Sistema de modificación de demanda en el Código Procesal Civil de Perú:

El artículo 428 del Código Procesal Civil del Perú, dispone lo siguiente: “
Modificación y ampliación de demanda: El demandante podrá modificar la demanda antes que ésta sea notificada.

Puede también ampliar la cuantía de lo pretendido si antes de la sentencia vencieran nuevos plazos o cuotas originadas en la misma relación obligacional, siempre que en la demanda se haya reservado tal

derecho. A tal efecto se consideran comunes a la ampliación los trámites precedentes y se tramitará únicamente con un traslado a la otra parte.-

Sistema de modificación de demanda en el Código Procesal Civil de Paraguay: El Código Procesal Civil de Paraguay dispone en su artículo 217 lo siguiente: “Antes de ser notificada la demanda, el actor podrá modificar el escrito inicial y ampliar o restringir sus pretensiones”.

El artículo 218 dispone asimismo lo siguiente: “Ampliación del valor reclamado: El actor podrá asimismo , ampliar el valor de lo reclamado, si antes de la sentencia venciesen nuevos plazos o cuotas de la obligación objeto de la litis. Si la ampliación se fundare en hechos nuevos alegados con posterioridad a la contestación de la demanda o la reconvencción, serán aplicadas las reglas del art. 250”

Artículo 250 “Hechos nuevos: Cuando con posterioridad a la contestación de la demanda o reconvencción ocurriere o llegare a conocimiento de las partes algún hecho que tuviere relación con la cuestión que se ventila, podrán alegarlo hasta seis días después de notificada la providencia de apertura a prueba. Del escrito se dará traslado a la otra parte, quien dentro del plazo para contestarlo, podrá también alegar otros hechos en contraposición a los nuevos aducidos. En este caso, quedará suspendido el plazo de prueba hasta la notificación de la resolución que los admita o los deniegue. En los supuestos mencionados en los párrafos precedentes, las pruebas podrán recaer también sobre los hechos nuevos invocados.

Será irrecurrible la resolución que admitiere hechos nuevos”

Sistema de modificación de demanda en el Código Procesal Civil

Colombiano: El artículo 89 del CPC Colombiano dispone : “Reforma de la demanda. Después de notificado a todos los demandados el auto

admisorio de la demanda, está podrá reformarse por una vez , conforme a las siguientes reglas:

En los procesos de conocimiento , antes de resolver sobre las excepciones previas que no requieran prácticas de pruebas o antes de la notificación del auto que las decrete. Cuando dichas excepciones no se propongan , la reforma podrá hacerse antes de la notificación del auto que decrete las pruebas del proceso. En los procesos ejecutivos , la reforma podrá hacerse a más tardar en los tres días siguientes al vencimiento del término para proponer excepciones.

Solamente se considerará que existe reforma de la demanda cuando haya alteración de las partes en el proceso o de las pretensiones o de los hechos en que estas se fundamenten, así como también cuando, en aquella, se piden nuevas pruebas. Las demás aclaraciones o correcciones podrán hacerse las veces que se quiera , en las oportunidades y términos de que trata el numeral anterior. No podrá sustituirse la totalidad de las personas demandantes o demandadas , ni todas las pretensiones formuladas en la demanda, pero si prescindir de alguna de ellas o incluir nuevas.

Para la reforma no es necesario reproducir la demanda. Con todo , si el juez lo considera conveniente, podrá ordenar que se presente debidamente integrada en un solo escrito, en el término de tres días; si no se hiciera, la reforma se tendrá por no presentada.

En todos los casos de la reforma o de la demanda integrada se correrá traslado al demandado o a su apoderado mediante auto que se notificará por estado por la mitad del término señalado para el de la demanda y se dará aplicación a la parte final del inciso segundo del artículo 87. Si no se incluyen nuevos demandados, la notificación

se hará a éstos como se dispone para el auto admisorio de la demanda.

Dentro del nuevo traslado el demandado podrá ejercitar las mismas facultades que durante el inicial, salvo lo dispuesto en el inciso tercero del numeral 2, del artículo 99 respecto de las excepciones previas.

CAPITULO 15: SISTEMAS PROCESALES EUROPEOS

15.1. Los sistemas procesales en Europa:

En el derecho comparado, cierto sector de la doctrina entiende que el sistema de modificación de la demanda del Código Procesal Alemán es el paradigma de la flexibilidad. En este sentido Joan Pico I. Junoi sostiene que “La modificación de la demanda (Klageänderung) se prevé de forma flexible en el sistema jurídico alemán pues el Art. 263 ZPO establece que : “Después del inicio de la litispendencia es admisible una modificación de la demanda si el demandado lo aprueba o el tribunal lo considera conveniente” en consecuencia si bien como regla general se establece que una vez iniciada la litispendencia (Rechtshängigkeit) no puede modificarse el objeto del proceso (Verbot Der Klageänderung) , la propia ZPO recoge una normativa muy amplia en orden a excepcionar dicha regla, entendiendo mayoritariamente la doctrina alemana que la modificación de la demanda se produce por el cambio de alguno de los elementos del objeto del proceso, esto es la causa de pedir o la petición”⁹².

⁹² Joan Picó I Junoy : La modificación de la demanda en el proceso civil ,

Respecto del modelo rígido italiano, dice el autor citado que “Una de las novedades más significativas de la reforma del proceso civil italiano, introducida en 1995 es el establecimiento de un mecanismo rígido de preclusiones , en orden a lograr que la materia a discutir se perfile definitivamente en la prima audiencia di trattazione y quede ya fijada para el juicio, permitiendo así al juez y a las partes conocer de forma plena los términos fundamentales de la controversia. Por ello , en este ordenamiento se prevé un modelo de modificación de la demanda más rígida que el alemán”⁹³

Entendemos que la clasificación del autor español si bien es factible que resulte útil en el análisis de las normas europeas de marras, correlativamente es inútil a los fines de compararlo con la legislación argentina, dado que nuestro proceso civil es absolutamente diferente a los Códigos procesales españoles e italianos.

Al resultar diferente los sistemas procesales , son diversos los supuestos de introducción de la demanda, y por ende de ampliación ,o transformación de la misma.

No obstante resultar de menor utilidad la clasificación realizada por el autor citado en orden al análisis de los Códigos procesales Italianos, español y alemán, es útil la clasificación de sistemas de modificación de demanda flexibles y rígidos, siempre que se diferencien los sistemas con componentes de oralidad y sistemas escritos.

15.2. Los sistemas de modificación de demanda europeos:

Editorial Tirant Lo Blanch Alternativa , Valencia, Año 2006 pagina 78.-

⁹³ Joan Pico I Junoy: La modificación de la demanda en el proceso civil, Editorial Tirant Lo Blanch Alternativa, Valencia, año 2006 , pagina 84.

En este capítulo se analizarán sucintamente los sistemas europeos de modificación de demanda,

15.3. Modelo de transformación de demanda en el proceso civil alemán: Sistema alemán:

Seguidamente se analiza el Código Procesal Civil Alemán que en sus artículos 263 a 269 regula lo relativo al sistema que escoge la legislación alemana respecto de la permisión de modificación de demanda.

A los fines de analizar si el Código Procesal Alemán es flexible en contraposición al CPC italiano, es menester analizar las normas que regula el procedimiento en los Tribunales del estado (LG).

Respecto de su comparación con la legislación procesal argentina, en especial el CPCN y CPCC , debemos decir que se trata de diferentes regímenes procesales puesto que las citadas leyes procesales argentinas adhieren al proceso civil escrito, mientras que estos códigos europeos sustentan un modelo basado en la oralidad.

1. La demanda en el Código Procesal Alemán :

El artículo 253 de la ZPO que regula lo pertinente a los requisitos de la demanda:

“Escrito de demanda: 1) La interposición de la demanda se realiza mediante la notificación de un escrito (escrito de demanda)

2) El escrito de demanda debe contener:

1. La descripción de las partes y el tribunal;

2. La declaración determinando el objeto y causa de la pretensión interpuesta , como así también una petición determinada.

3) El escrito de demanda debe igualmente contener el detalle del monto del objeto de la litis , cuando de ella dependa la competencia del tribunal y el objeto litigioso no consista en una determinada suma de dinero; Igualmente una manifestación sobre si existen motivos en contra para que la causa sea resuelta por un juez unipersonal.

4) Además de ello son aplicables al escrito de demanda las disposiciones generales sobre escritos judiciales preparatorios.

5) El escrito de demanda como así también otras peticiones y declaraciones de las partes que deben ser notificadas, deben presentarse en forma escrita en el Tribunal, acompañando el número necesario de copias para su notificación o comunicación. No es necesario agregar copias en tanto la demanda se interponga en forma digital.”

Estos son los requisitos para interponer una demanda en la ZPO, advertimos que no difieren de la regulación de la demanda en los Códigos procesales argentinos, salvo en lo previsto a los hechos del proceso, que no son exigidos en el escrito inicial.

El artículo 261 de la ZPO regula lo relativo a la litispendencia y reza textualmente lo siguiente:

1.- La litispendencia se produce por la interposición de la demanda

2.- La litispendencia de una pretensión hecha valer luego del inicio del proceso se produce recién en el momento en que la pretensión se hace valer o ella es notificado de acuerdo con los requisitos de los escritos

exigidos por el artículo 253 apartado 2. número dos

3. La litispendencia tiene los siguientes efectos:

1. Durante la duración de la litispendencia , la causa no puede ser promovida de otra manera por los tribunales.

2. La competencia del tribunal del proceso no resultará alterada por modificaciones de las circunstancias vinculadas a aquella.

Del texto del artículo surge que la demanda no es posible modificarla luego de interpuesta la misma.

Claro que si observamos la totalidad de la ley de rito alemana, se observará en el análisis del texto legal alemán, que las excepciones a esta regla son numerosas, invirtiendo en todo caso la naturaleza de regla y excepción.

La norma que trata la modificación de la demanda en la ZPO expresamente es el artículo 263, que textualmente dispone: “ Modificación de la demanda: Luego de producida la litispendencia es admisible la modificación de la demanda cuando el demandado así lo consiente o el tribunal lo considera pertinente.”

Este artículo tiene las siguientes particularidades: Por una parte indica que la demanda puede modificarse si el demandado lo consiente. Esto no importa la consagración de esta norma como la muestra clara de un sistema flexible en la modificación de la demanda. En todo caso, supone un demandado complaciente con la modificación introducida por la actora, pese al impedimento legal.

Por otra parte importa una intromisión inadmisibile del juzgador puesto que la norma reza que se puede modificar la demanda cuando el tribunal lo estima pertinente. Esto entendemos que es un despropósito puesto que pone en cabeza del juzgador una atribución que no le corresponde.

La norma entendemos que no es clara o en todo caso puede resultar inútil, puesto que condicionar la modificación de la demanda al consentimiento del demandado o a la calificación de pertinencia del tribunal, es sujetar la facultad de las partes de modificar la demanda a un capricho de alguno de los restantes actores del proceso.

Si esta fuera la norma que caracteriza el sistema flexible alemán, la denominada flexibilidad no sería tal, sino que en todo caso importaría una complacencia del demandado o una intervención oficiosa del juzgador: La modificación de la demanda quedaría ligada a la buena suerte de un demandado sanmaritano o un juez benefactor.

El artículo 163 dispone los requisitos de modificación de demanda, pero es el artículo 264 el que marca la calidad de flexible de la ZPO, por cuanto luego de titular como "Inexistencia de modificación de demanda", el artículo dispone que "No se considera modificación de la demanda cuando sin modificación de su causa:

- 1.- Las cuestiones de hecho o de derecho se corrigen o completan.
- 2.- La petición de la demanda en la cuestión principal o con relación a créditos accesorios es ampliada o limitada.-
- 3.- Es exigido otro objeto o interés en vez del inicialmente requerido por modificaciones producidas con posterioridad.

La norma indica que no se considera modificación de demanda la corrección o completitud de cuestiones de hecho o de derecho.

Queda claro que respecto de la aportación de los hechos puede realizarse con posterioridad a la interposición de la demanda , lo que demuestra la flexibilidad del sistema. Se pueden ampliar la base fáctica, corregir o enderezar las cuestiones de derecho

También puede ampliarse la petición de la demanda, o limitarse y por último el inciso 3ro. trata de los hechos nuevos .

Es decir, que de acuerdo a esta norma, lo que se entiende como ampliación de hechos no alegados en el CPC de la provincia de Córdoba, (Art. 180) no se considera modificación de demanda, sino que se trata simplemente de una ampliación expresamente autorizada.

Tampoco se considera modificación de la demanda la ampliación de la misma en términos cuantitativos. La demanda en estos términos puede ser ampliada o morigerada sin ingerencia alguna de la contraria, ni límites procesales.

El párrafo tercero es curioso puesto que la ley procesal alemana tampoco entiende que se trata de modificación la “transformación de demanda” cuando el objeto o interés primigenio ha sido modificados con posterioridad.

Pareciera que la ley alemana en estos casos admite la transformación y entendemos que para esta ampliación debería contar con la conformidad del demandado, para que este ejerza su derecho de defensa, salvo que el objeto o interés modificado sea una consecuencia razonable: Por ejemplo luego de interponer una demanda por daños por lesiones culposas, posteriormente , ante el fallecimiento del demandado, se modifica la misma en una demanda por fallecimiento, modificando los rubros reclamados.

Esta norma si es trascendente puesto que enumera alguna de las

diversas hipótesis de transformación de la demanda luego de interpuesta la misma .

2. Consentimiento tácito del demandado: El artículo 267 trata el consentimiento presumido del demandado en la modificación de la demanda y reza lo siguiente: "... Es de aceptarse el consentimiento del demandado para la modificación de la demanda cuando el- sin alteración que implique oposición- contesta la demanda modificada en una audiencia oral".

Este artículo nos da la regla del CPCC Alemán: La demanda se puede modificar en todo tiempo siempre y cuando el demandado lo consienta expresamente , al dejar caducar su derecho a oponerse o tácitamente al contestar la demanda modificada en la audiencia oral.

La resolución que admite o rechaza la modificación de la demanda no es susceptible de recurso alguno.

3. Particularidades del proceso civil alemán:

A los fines de analizar si el sistema alemán es flexible tal como refiere Pico E. Junoi se deben tener en cuenta las particularidades del CPCC alemán que se distingue claramente de nuestros Códigos procesales menores, y dicha distinción no es menor.

El proceso alemán se conforma a grandes rasgos de la siguiente manera: Luego de interpuesta la demanda, el escrito que contiene la misma se notifica sin demora alguna, exigiéndose al demandado que designe un abogado a los fines de ejercer su derecho de defensa (Arg. Art. 271 de la ZPO).

El proceso a seguir se determina en una audiencia amplia preparatoria de la audiencia oral . El presidente del Tribunal determina la fecha de la audiencia previa , o si en su defecto se realizará un procedimiento escrito.

A los fines de la preparación de la audiencia el presidente o algún otro miembro designado por este último debe:

Solicitar a las partes que completen o aclaren sus escritos preparatorios. Eventualmente puede emplazar a las mismas a los fines que aclaren algún punto especial cuya esclarecimiento sea necesario.”

Esta facultad del tribunal que surge del inciso 2do. Del artículo 273 denota claramente que en la preparación de la audiencia oral , el mismo Juez puede solicitar a las partes la ampliación, corrección o aclaración de puntos oscuros de la pretensión.

En este estadio, se le solicita a los organismos públicos que remitan los informes solicitados por las partes, se ordena la comparecencia personal de las partes, y se decide la comparecencia o no de los testigos de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 378 de la ZPO.

El artículo 275 de la ZPO regula la denominada audiencia preliminar . Esta audiencia se realiza a los fines de preparar la audiencia principal . El primer inciso prescribe que el presidente u otro miembro del tribunal puede emplazar al demandado para la presentación de un escrito de contestación, o eventualmente en otro caso, se le puede exigir al demandado que presente en un escrito suscripto por abogado la mención de los medios defensivos que utilizará.

Si el proceso civil no se clausura en la audiencia preliminar, el tribunal pronuncia todos los mandamientos necesarios para la preparación de la audiencia oral.

En esta audiencia, se le fija un plazo al demandado que aún no contestó a

los fines que se oponga por escrito , si no lo hubiera hecho aún, o si se hubiera opuesto en forma insuficiente y aún no hubiera sido emplazado en los términos del inciso 1ro. del 275.

Es facultad del tribunal emplazar al actor en la audiencia preliminar o luego de ingresado el escrito de contestación para que manifieste con relación a aquella su posición por escrito.

7.- El procedimiento escrito:

En caso que el presidente no determine ninguna audiencia preliminar a la principal , se le exige al demandado conjuntamente con la notificación de la demanda, la carga de defenderse en el plazo perentorio de 15 días. En la notificación se le hace conocer las consecuencias del incumplimiento del requerimiento.

En este mismo procedimiento el presidente se encuentra facultado para emplazar al actor a los fines que fije su posición con respecto a la contestación de la demanda.

4. Oportunidad para contestar la demanda:

El demandado debe contestar la demanda “ De acuerdo con una dirección cuidadosa y responsable que sirva a la dirección del proceso “, lo que importa la consagración del deber de lealtad , probidad y buena fe. El plazo para contestar la demanda tal como referimos ut supra es de dos semanas. Del mismo plazo dispone el acto para la presentación por escrito contra la contestación de demanda.-

5. Audiencia oral: El proceso civil alemán tiene por norte la solución amistosa de la litis, o al menos de algunos aspectos de ella que no resulten controvertidos. En caso de incomparecencia de las partes a la audiencia de conciliación, o cuando de la posición de las partes surja que la conciliación es improponible, se debe fijar sin demora una fecha para la realización de la audiencia oral . En esta audiencia oral , se debe realizar la producción de pruebas en forma inmediata al contradictorio. Luego el tribunal nuevamente debe tratar el estado de la causa, y comunicar a las partes el resultado de la prueba producida.

6. Oportunidad para su alegación: Las partes tiene que alegar e invocar sus pretensiones , defensas y justificación en la audiencia oral .

Los medios de ataque y defensa del actor deben ser notificados antes de la audiencia oral al demandado a los fines que pueda tener el conocimiento necesario para referirse a ellos.

Igualmente los reclamos vinculados con la admisibilidad de la demanda deben ser comunicados al actor antes de la audiencia oral, a los fines que este también ejerza su derecho de defensa.

Declaraciones luego de la clausura de la audiencia oral: Luego de la clausura de la audiencia, no se pueden realizar nuevas declaraciones ni incorporarse medios de agresión o defensa.

En este caso, precluye la posibilidad de incorporar medios de ataque y defensa.

Sistema de modificación de demanda rígido: El sistema italiano:
Sostiene Pico Junoy que el SMD italiano es absolutamente rígido y que el

mismo surge de la modificación legislativa operada en 1995 que estableció “Un sistema rígido de preclusiones , en orden a lograr que la materia a discutir se perfile definitivamente en la prima udienza di trattazione y quede ya fijada para el juicio permitiendo así al juez y a las partes conocer de forma plena los términos fundamentales de la controversia... la posibilidad de modificar la deanda se concreta en cuatro hechos: a) en primer lugar, se permite libremente a las partes precisar o modificar sus alegaciones.... Atendiendo a la doctrina jurisprudencial se admite en la prima udienza di trattazione la posible introducción de hechos totalmente nuevos si a la parte demandada se le permite ejercer su derecho de defensa y no contradice dicha modificación. B) En segunda lugar , dicha modificación se limita a las alegaciones (causa petendi) por lo que debe ser inmutable el petitum. La doctrina se muestra pacífica sobre el particular, al entender como excluída la posibilidad de formular nuevas pretensiones, incluso aquellas que sean meras peticiones accesorias como, por ejemplo la petición de intereses referida a una acción principal de reclamación dineraria c) En tercer lugar, la doctrina entiende que no constituye modificación de la demanda el cambio de la calificación jurídica de los hechos y ello es así tanto en la doctrina clásica como en la de autores más actuales. d) y finalmente en cuarto lugar , deben garantizarse siempre los principios de defensa e igualdad, por lo que cuando se produzca dicha modificación, que puede ser oral- en la prima udienza di trattazione o bien por escrito- dentro del plazo de treinta días desde la fecha de la citada audiencia- el Juez debe dar oportunidad de defenderse al demandado, concediéndole , si éste lo requiere, otro plazo idéntico para replicar”⁹⁴

15.4. Modificación de demanda en el proceso civil español

⁹⁴ Joan Pico I Junoy: La modificación de la demanda en el proceso civil, pag. 85 y ss. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia Año 2006.

1. El proceso civil español a grandes rasgos:

A los fines de resumir el proceso civil español, transcribiremos seguidamente el apartado Nro. XII de la exposición de motivos de la LEC, la que nos dice que “En la audiencia previa se intenta inicialmente un acuerdo o transacción de las partes, que ponga fin al proceso y, si tal acuerdo no se logra, se resuelven las posibles cuestiones sobre presupuestos y óbices procesales , se determinan con precisión las pretensiones de las partes y el ámbito de su controversia, se intenta nuevamente un acuerdo entre los litigantes y admiten las pruebas pertinentes.

En el juicio se practica la prueba y se formulan las conclusiones sobre ésta, finalizando con informes sobre los aspectos jurídicos, salvo que todas las partes, prefieran informar por escrito el tribunal lo estime oportuno. Conviene reiterar además que todas las actuaciones públicas y orales , en ambas instancias , quedará constancia mediante los instrumentos oportunos de grabación y reproducción , sin perjuicio de las actas necesarias”⁹⁵.

De acuerdo al breve resumen que luego se extenderá con el análisis del articulado respectivo, queda claro que se trata de un sistema diferente de la legislación procesal argentina, puesto que las audiencias donde se resuelven los procesos judiciales son orales, siendo diferente en consecuencia a la legislación argentina analizada en el presente, es decir código procesal de la nación y Código procesal de Córdoba. En la legislación española, en un primer momento se interpone la correspondiente demanda, luego se la contesta, y posteriormente se la abre a prueba. Va de suyo que estos actos ocupan diferentes estadios de un mismo proceso.

⁹⁵ Ley 1/ 2000 , de 7 de Enero, de Enjuiciamiento civil , apartado XII

Por lo tanto la modificación de la demanda en el Código Procesal Civil español es diferente a los códigos argentinos, y entendemos que son hasta más flexibles por ejemplo que el Código Procesal de la Nación.

Entablada una demanda en la ley de enjuiciamiento español, y admitiendo que las alegaciones aclaratorias y complementarias son la llave para ampliar , e incluso transformar la demanda en la LEC , observaremos que es una solución laxa en relación a la legislación procesal de la Nación.-.

Por esta razón discrepamos con lo dicho por Pico e. Junoi en cuanto la LEC acoge un modelo rígido de modificación de la demanda , puesto que si bien el artículo 412.1 textualmente lo determina, en la practica se trata de un modelo relativamente flexible , dado que se trata de un proceso con un fuerte componente de oralidad.-

2. La ley de enjuiciamiento española. Análisis de los artículos pertinentes.-

La ley de enjuiciamiento civil dispone en su artículo 399 inciso 1 que “El juicio principiará por demanda, en la que , consignados de conformidad con lo que se establece en el artículo 155 los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o residencia en que pueden ser emplazados, se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida”.

El inciso 2do. Del referido artículo dispone que “Los hechos se narrarán de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar. Con igual orden y claridad se expresarán los documentos , medios e instrumentos que se aporten en relación con los hechos que fundamenten las pretensiones y finalmente se formularán

valoraciones o razonamientos sobre éstos si parecen convenientes para el derecho del litigante”

El inciso 3ro. también dispone que “En los fundamentos de derecho además de los que se refieran al asunto de fondo planteado, se incluirán , con la adecuada separación, las alegaciones que procedan sobre capacidad de las partes, representación de ellas o del procurador , jurisdicción , competencia y clase de juicio en que se deba sustanciar la demanda, así como cualesquiera otros hechos de los que pueda depender la validez del juicio y la procedencia de una sentencia sobre el fondo”

5.- En la petición , cuando sean varios los pronunciamientos judiciales que se pretenden , se expresarán con la debida separación. Las peticiones formuladas subsidiariamente, para el caso de que las principales fuesen desestimadas, se harán constar por su orden y separadamente”

Hasta aquí las exigencias en cuanto a la demanda a los fines que resulte proponible.

El artículo 400 trata sobre la “Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos”. Este artículo dispone en su inciso 1ro. que “Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuando resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior...”⁹⁶ De acuerdo a lo que reza el dispositivo legal citado, es claro

⁹⁶ “El artículo 399 LEC, entre otros extremos, exige que en la demanda se consignen todos los hechos que el actor considere relevantes para su estimación. El actor habrá de referir en la demanda todos los hechos de que conozca ya que su aportación en un momento posterior queda condicionada por la admisión del tribunal, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 286.4, para los hechos nuevos o

que todos los hechos y los fundamentos o títulos jurídicos deben interponerse en la propia demanda, puesto que de lo contrario precluye la oportunidad para su alegación. Es decir de acuerdo a esta norma, el hecho , título o fundamento jurídico no alegado, no se podrá alegarlo ulteriormente en otro proceso judicial⁹⁷. Todo esto sin perjuicio de lo que el propio código procesal español dispone para las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o nueva noticia, que el propio código permite en momentos posteriores a la demanda y a la contestación.

Esta norma es de trascendente importancia en lo relacionado con la legislación argentina, puesto que la litis pendencia en España no sólo se suscita cuando se reclama idéntico objeto, sujeto y causa, sino también cuando de un propio hecho se desprenden otros hechos o consecuencias que no fueron oportunamente alegadas en un primer proceso. Por ejemplo si en un proceso de daños , se reclama daño emergente, pero se omite reclamar pérdida de chance, no se podrá alegar en otro proceso idéntico tal rubro, puesto que se encontrará comprendido en la excepción

de nueva noticia” Raquel Castillejo Manzanares, Editorial Tirant Monografías, pag. 35 , año 2006

⁹⁷ “La prohibición de los procesos en cascada que se contiene en el artículo 400 , con la imposición de que cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos , habrán de aducirse en ella cuantos resultan conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, es una medida lógica en cualquier política procesal que atienda a solucionar de modo seguro y estable los conflictos existentes entre las partes, evitando la proliferación de procesos. Aunque es posible que una medida de este género no favorezca determinadas actitudes de dejar los conflictos en estado latente para poder iniciar procesos futuros” Juan Montero Aroca, Los principios políticos de la nueva ley de enjuiciamiento civil. Los poderes del Juez y la oralidad. Editorial Tirant Lo Blanch Alternativa. Pag. 104.-

de litis pendencia y eventualmente cosa juzgada.

Entiendo que esto no ocurre en la legislación argentina, al menos no existe ninguna norma que expresamente lo prohíba y eventualmente existen normas que propician una solución diferente a la del artículo 400.

Esto se desprende del inciso 2do. De la norma en análisis que dispone que “ De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en este”

Resulta trascendencia también lo dispuesto por el artículo 401 inc. Primero que dispone que “No se permitirá la acumulación de acciones después de contestada la demanda” . Es decir, si se interpuso la demanda y fue contestada, si quedó alguna cuestión incluso subsidiaria sin demandar, no se podrá ampliar ni interponer otra demanda , pues que quedaría comprendida en lo dispuesto en el artículo 400 inc. 1 y 2 de la LEC.

Entendemos que la legislación procesal argentina resuelve la cuestión de otra manera, lo que será objeto de análisis ut infra.

La sección tercera de la LEC trata “de los efectos de la pendencia del proceso”

El artículo 410 dispone que la litispendencia con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda , si después es admitida.

El artículo 412 inc. 1 dispone que “Establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y en su caso en la

reconvención, las partes no podrán alterarlo posteriormente” , todo sin perjuicio de las alegaciones complementarias que prevé la ley procesal española.

De acuerdo a lo preceptuado por el dispositivo legal citado, pareciera que una vez delimitado el thema decidendum a través de lo alegado en la demanda , contestación y reconvención, el objeto del proceso no resulta susceptible de modificación.

Veremos como esta rígida norma , cede ante otros artículos que suponen excepciones a la regla.

3. La cuestión de las alegaciones complementarias y aclaratorias. Pretensiones complementarias. Hechos acaecidos o conocidos con posterioridad a la demanda y la contestación.

El artículo 426 entendemos que es la llave para introducir al proceso civil español ciertas modificaciones en la demanda.

El inciso primero dispone que los litigantes “sin alterar sustancialmente sus pretensiones ni los fundamentos de éstas expuestas en sus escritos podrán efectuar alegaciones complementarias en relación con lo expuesto de contrario.

Es decir de acuerdo a este inciso, en la audiencia la parte podrá ampliar su petitum o complementar el mismo con alegaciones diferentes a las insinuadas en la demanda, siempre que la contraria no se oponga. Para el supuesto caso que se oponga la parte demandada, decidirá el tribunal , la que se acordará siempre y cuando no afecte el derecho de defensa del demandado.

Asimismo se desprende de este artículo que el que el actor efectúe alegaciones complementarias para refutar lo expuesto en la contestación de la demanda por una parte y también permite, alegaciones aclaratorias de los hechos inicialmente alegados. Estas alegaciones tienen su límite en la posibilidad de alterar sustancialmente las pretensiones formuladas o los fundamentos de las mismas.

De ello se desprende que lo dispuesto por el artículo 426 LEC no importa una permisión de modificar la demanda en todos sus términos, sino solo se refiere a la posibilidad de introducir nuevos hechos secundarios , derivados de los hechos alegados por el demandado, o eventualmente realizar algunas aclaraciones de los hechos que son el núcleo del petitum⁹⁸.

⁹⁸ “Al margen de la citada norma general (art. 286) el art. 426 LEC prevé, en el trámite de audiencia previa del juicio ordinario, otras posibilidades muy limitadas de modificar la demanda que pueden incidir sobre la causa petendi y el petitum: a) En el primer caso, se permite efectuar alegaciones complementarias para rebatir lo expuesto en la contestación a la demanda y alegaciones aclaratorias de los hechos inicialmente alegados, prohibiéndose en todo caso y de forma expresa, la posibilidad de alterar sustancialmente las pretensiones formuladas o los fundamentos de éstas. En consecuencia el art. 426 LEC propiamente no permite modificar la demanda, pues se refiere sólo a la posibilidad de introducir nuevos hechos secundarios (complementarios) siempre que se deriven de los hechos alegados por el demandado o formular meras aclaraciones- que no transformaciones de los hechos principales que integran la causa de pedir. El problema , en muchas ocasiones, es delimitar cuando un hecho es principal o secundario , o cuando una aclaración comporta un cambio encubierto de la causa petendi: para resolverlo no cabe acudir a soluciones apriorísticas o generales , sino que deberán analizarse las circunstancia de cada supuesto concreto, teniendo siempre presente que, en el caso de admitirse , deberá respetarse el derecho del

La cuestión es que este artículo 426 introduce por la ventana la posibilidad de modificar ampliar y transformar la demanda. Esto es así puesto que será muy sutil o subjetivo en todo caso la decisión del tribunal acerca de que hecho nuevo es secundario, o si la aclaración importa clarifica la demanda o transforma la misma.

Esta norma vaga es factible que resulte utilizada por litigantes que hayan advertido algún tipo de defecto en su demanda, y apremiados por el riesgo que corren , intentarán aclarar la demanda , y a través de esta herramienta lograrán ampliar y modificar la demanda. Es dable destacar que si bien el legislador es estricto a la hora de impedir la modificación de la demanda, entendemos que el artículo 426 establece la permisión de modificar demandas interpuestas aún luego de contestada la demanda.

Incluso en esta oportunidad y en un todo conforme al inciso 5 del referido artículo, las partes podrán aportar documentos y dictámenes que se justifiquen en razón de las alegaciones complementarias, rectificaciones , peticiones, adiciones a que se refieren los apartados de este artículo. Es decir, en esta instancia es factible aportar documentos y dictámenes que apoyen las alegaciones complementarias. Es dable destacar que en algunos casos un documento o un dictamen puede modificar el curso del proceso, puesto que el Juez naturalmente tratará de no permanecer inmutable ante la verdad.

El tribunal también se encuentra facultado para requerir que las partes precisen o aclaren algunos hechos y argumentos, lo que supone un avance inadmisibles de los poderes del juez. Esta norma puede implicar cierta presión para las partes, ejercidas desde la autoridad, razón por la cual quiebra la bilateralidad del proceso.

demandado....b) Y respecto al petitum sólo se consciente rectificar extremos secundarios del mismo, o añadir alguna petición accesoria o complementaria de la

4 . Modificación de demanda en el juicio verbal:

En el juicio verbal la demanda se interpone consignando los datos y circunstancias de identificación del actor, domicilio del demandado, fijándose con claridad y precisión lo que se pida.

Obsérvese que en este juicio , a diferencia del ordinario, lo único que se exige es el petitum, no siendo necesario lo dispuesto en los artículo relativos al juicio ordinario de la LEC.

Durante el desarrollo de la vista, el demandante deberá fundamentar lo su petitum o ratificación de los expuestos en la demanda si se hubiese solicitado como en el juicio ordinario.

Por lo tanto el objeto del proceso queda abierto puesto que el mismo no es necesario determinarlo en la demanda.

Nos preguntamos que sucede en caso que la demanda se haya interpuesto en los términos que dispone el artículo 399.1 LEC, conteniendo ambos elementos del objeto del proceso?

Según doctrina española autorizada , no es posible puesto que el legislador expresamente no lo ha establecido. Esta limitación es respecto al petitum, no respecto de los hechos, puesto que el artículo 443.4 LEC dispone que durante la vista el tribunal “Dara la palabra a las partes para fijar con claridad los hechos relevantes en que fundamenten sus pretensiones”. Por esta razón respecto de la base fáctica se encuentra permitida la alegación complementaria y aclaratoria respecto de la inicialmente efectuada.

5. Hechos nuevos en la legislación española:

El artículo 286 de la LEC dispone que una vez preculados los actos de alegación previstos en esta ley y previo a transcurrir el plazo para dictar sentencia, ocurriese o se conociese algún hecho de relevancia para la decisión del pleito, las partes podrán hacer valer este hecho, alegándolo de inmediato mediante un escrito de ampliación de los hechos.

En el caso que la alegación pudiera hacerse en el acto de juicio o vista, se introducirán estos hechos en el juicio o vista.

Citamos esta norma puesto que también importa la modificación de la demanda, pero con la salvedad que la circunstancia de acaecimiento de hechos nuevos se encuentra contemplada y regulada en la legislación procesal argentina.

6. Modificaciones permitidas de la causa petendi en la LEC

Aclaración de hechos esenciales: “La audiencia previa es el momento procesal adecuado para que el actor pueda aclarar la causa de pedir inicialmente alegada (Art. 426.2 LEC)”. Sin embargo aunque la LEC no lo prevea expresamente, estas alegaciones aclaratorias, si se refieren a hechos nuevos o de nueva noticia, también pueden introducirse con posterioridad, máxime cuando ello se permite respecto a los hechos esenciales (Art. 286 LEC) debiéndose permitir al demandado la alegación y prueba de lo que considere necesario para proteger

oportunamente su derecho de defensa”⁹⁹ .

El citado autor entiende por aclaración “Cualquier actividad dirigida a explicar o concretar los hechos alegados en la demanda, sin que en ningún caso puede suponer su transformación”¹⁰⁰

Esta “Aclaración de hechos esenciales” puede equipararse a la extensión de la base fáctica , o a los “hechos no alegados “ permitidos en el Código Procesal de la Provincia de Córdoba” o incluso a una aclaración que no supone una modificación de la causa petendi¹⁰¹ .

⁹⁹ Joan Pico I. Junoy, Ob. Citada , pag. 106.-

¹⁰⁰ Joan Pico I. Junoy. Ob. Citada pag. 106.-

¹⁰¹ Joan Pico I. Junoy cita por ejemplo una decisión de la Sap de Baleares (Sección 5ta. De fecha 10 de Febrero de 2004 (AC2005-416) que en su f.j. establece “Por otro lado, la propia representación de Mediterraneo Pitiusa , SL , asumió en su escrito de interposición de apelación que durante la vista del juicio se produjo la vulneración del artículo 412 de la ley de enjuiciamiento civil porque la demandante realizó un cambio en su demanda, ya que en ésta no se atribuía culpa o negligencia alguna a ningún miembro de la tripulación y mucho menos al capitán del barco, mientras que durante la vista se efectuaron imputaciones contra dichos empleados de la demandada. Tiene que ser repelido también este argumento impugnativo por cuanto es evidente que en el escrito rector del procedimiento se demandó a mediterránea pitiusa , SL, con base en lo establecido en el artículo 1903 del Código Civil, esto es , por responsabilidad extracontractual derivada de la negligencia de alguno de sus dependientes en el desempeño de sus funciones, lo que comporta que cuando en el acto del juicio se formularon preguntas para acreditar que el capitán y otros miembros de la tripulación habían incurrido en negligencia no sólo no se alteraron los términos del debate, sino que cabalmente , se practicaron pruebas sobre un hecho esencial para que pudiera prosperar la pretensión de la actora, tal como había sido deducida en la demanda” Pico Junoy . Ob. Citada pag. 108.-

Lapsus Calami: También se permite la corrección de errores aritméticos o errores comunes y corrientes siempre que surjan de la propia documentación la procedencia de la rectificación.

Alegación de hechos complementarios, no esenciales, accesorios o secundarios: “La complementación supone la introducción de nuevos hechos – siempre no esenciales, accesorios o secundarios- por el actor en función de los datos fácticos adquiridos en función de la contestación a la demanda. Igualmente la demanda admite la complementación de los hechos alegados si se deducen de los documentos aportados con la demanda y no son esenciales, así como también permite la introducción de hechos que se encuentran implícitos o se deriven de los inicialmente alegados”¹⁰²

CAPITULO 16: SISTEMAS DE MODIFICACION DE DEMANDA EN LA LEGISLACIÓN Y DOCTRINA ARGENTINA.:

16.1. Sistemas o modelos de modificación de demanda en argentina:

En Argentina, la cuestión es diferente, no se trata tal vez de sistemas y si de caprichos legislativos. El CPCN es una legislación con defectos sistemáticos graves, en algunos tramos incoherente y que sin embargo sigue expandiendo su espíritu por la casi totalidad de las legislaciones procesales argentinas.

¹⁰² Pico I. Junoy, ob. Citada. Pag. 111.-

Esto no se escribe con el afán de descalificar la legislación de la nación, sino que ut infra se brindarán los fundamentos que permiten afirmar tal conclusión.

Sin pseudo chauvinismo alguno, entiendo que de los códigos procesales que se analizan en el presente trabajo, el CPC Córdoba y los que siguen su línea, (o para resultar más preciso, los que siguen las enseñanzas de Alsina) es el que mayor libertades y garantías brinda al justiciable y es el ejemplo que deberán seguir las restantes legislaciones.

Se puede criticar que en algunos preceptos es ambiguo, pero también se podría defenderlo , aduciendo que las normas son claras , siendo ambiguas , vagas o eventualmente intencionadas las interpretaciones del caso.

16.2. Sistema rígido: Código Procesal Civil de la Nación:

En la legislación procesal argentina, el Código Procesal Civil de la Nación, adopta un SMDR, dado que la única oportunidad que goza el justiciable de alterar la demanda es antes de la notificación de la misma. En dicha oportunidad convergen todas las posibilidades de alteración de demanda: Transformación, modificación, rectificación, ampliación . Una vez notificada únicamente subsiste la posibilidad de ampliar cuantitativamente la demanda. Esto que decimos se refleja en la norma que regula la mutatio libelli en el CPCN. El artículo 331 del citado cuerpo legal dispone lo siguiente: “Transformación y ampliación de la demanda: El actor podrá modificar la demanda antes de que ésta sea notificada. Podrá , asimismo, ampliar la cuantía de lo reclamado si antes de la sentencia vencieren nuevos plazos o cuotas de la misma obligación. Se considerarán comunes a la ampliación los trámites que la hayan precedido y se sustanciará únicamente con un traslado a la otra parte.

Si la ampliación, expresa o implícitamente, se fundare en hechos nuevos, se aplicarán las reglas establecidas en el art. 365 “

Del propio texto de la norma citada surge claramente que el CPCN propone un sistema rígido de transformación y ampliación de demanda. Luego de la interposición de la demanda, la misma puede ser modificada o transformada íntegramente hasta la notificación de la misma. Una vez notificada precluye la posibilidad tanto de transformar, como de rectificar o modificar la demanda. quedando subsistente únicamente la posibilidad de ampliar la demanda, en caso de vencimiento de nuevos plazos o cuotas de la obligación que se reclama. Queda a salvo la invocación de hechos nuevos, que eventualmente puede surtir el efecto de modificar el objeto litigioso.

Va de suyo que el régimen del CPCCN es absoluta e innecesariamente rígido ya que impide cualquier modificación de la demanda al litigante que omitió denunciar un hecho, aclarar alguna cuestión, reclamar un rubro no especificado.

Es dable destacar que la posibilidad de modificación de la demanda (en rigor de verdad , la pretensión) está emplazada entre los dos extremos posibles: 1) Permitirla con amplitud, con lo que se compromete no sólo el buen orden de los juicios, sino la inviolabilidad de la defensa; o 2) de excluirla en absoluto, lo que llevaría a la multiplicidad de procesos derivados de controversias que pudieran quedar resueltas en un solo juicio”¹⁰³.

En este caso entendemos que el CPCN excluye virtualmente la modificación de la demanda, puesto que la permisión de transformación o modificación antes de la notificación sólo tiene utilidad en caso de

¹⁰³ Ramacciotti Hugo: “Compendio de Derecho Procesal Civil y Comercial de Córdoba” T. 1, p. 423, Ed. Depalma , Buenos Aires, 1982.-

demandas defectuosas interpuestas para interrumpir la prescripción, siempre y cuando el demandado no se apresure y conteste la demanda sin notificación alguna.

De los cuerpos legales analizados, el Código Procesal Civil de la Nación, el que es ensalzado por un sector de la doctrina como un receptor de las doctrinas modernas, puede resultar según el cristal con que se lo mire, un código tan antiguo como autoritario.

En este Cuerpo legal, una vez notificada la demanda, precluye no sólo toda posibilidad de transformar la demanda, sino incluso de realizar cualquier tipo de rectificación. “Por ello la idea fundamental es que la transformación de la base fáctica sólo es posible antes que la demanda sea notificada porque es a partir de ese momento que el demandado adquiere el derecho a obtener el pronunciamiento de una sentencia sobre el tema propuesto por el actor y consecuentemente , a preparar su defensa dentro de los límites de la materia, pues el límite legal impuesto en cuanto a la transformación o modificación de la demanda tiende en definitiva , a evitar todo aquel cambio en la pretensión originaria que sea susceptible de alterar, sustancialmente , la postura defensiva del demandado y su derecho de defensa en juicio. En la base de dicha disposición subyacen, evidentemente , principios de raigambre constitucional tales como el del debido proceso y el de la defensa en juicio, cuya integridad se hace necesario preservar”¹⁰⁴

Hemos sostenido a lo largo del presente trabajo, que la idea de debido proceso no se ve afectada por una mera modificación de demanda, ni aún por una modificación de demanda de cierta envergadura, dado que se le debe correr traslado de la modificación de la pretensión al demandado.

El proceso judicial debe ser la herramienta que las partes deben utilizar a

¹⁰⁴ Enrique M. Falcón, Tratado de Derecho Procesal, Tomo I, pag. 1090.-

los fines de hacer valer sus derechos. La circunstancia de modificar la demanda, no importa en absoluto que el contradictor se encuentre afectado en su derecho de defensa. Eventualmente se afecta la expectativa que tiene el demandado que una demanda defectuosa consagre una injusticia al demandante y un consiguiente enriquecimiento sin causa al demandado. Tanto actor como demandado deben ejercer su derecho de defensa. Ambos derechos, de igual extensión y calidad resultan dañados ante la rigidez sistemática.

Se sostiene en el presente trabajo, que las partes deben ser los dueños exclusivos del proceso, siendo el juez un sujeto imparcial, imparcial e independiente. En este caso, este sujeto neutral , no modifica su calidad de tercero , puesto que quienes impulsan el proceso e instan las correspondientes modificaciones son las propias partes.

No alcanzamos a advertir el quebrantamiento de las formas del debido proceso, ni el derecho de defensa, por una modificación de los hechos de la demanda. Eventualmente, el actor que insta la modificación de la pretensión sufrirá los efectos de su accionar , efectos que se pueden traducir en la pérdida de los efectos interruptivos de la prescripción o la imposición de costas por la modificación extemporánea de la demanda.

Desde ya aclaramos que no toda modificación debe ser permitida en cualquier parte del proceso, sino que la posibilidad de modificar demanda es menor cuando el proceso avanza de fases.

Entendemos justamente que esta rigidez del CPCN no es justificada, máxime cuando la contraria aún no ha contestado la demanda o no se ha esforzado en producir prueba.

16.3. Algunos problemas que contempla el CPCN :

16.3.1. Notificación espontánea de la demanda y su relación con la modificación de la misma.

La rigidez de la modificación de demanda, preanuncia algunas inquietudes. Una de ellas es la siguiente: Una vez interpuesta la demanda, la parte contraria se encontraría facultada para evacuar el traslado de la misma, aún en el supuesto que el Tribunal no hubiese ordenado el traslado.

Con esta interpretación, si la parte actora interpone una demanda a los fines de interrumpir la prescripción, y la contraria contesta espontáneamente la misma, habrá precluido la oportunidad de modificar la demanda en cualquiera de sus supuestos.

Idéntica solución resultará aplicable en el siguiente supuesto: La parte actora notifica la demanda. Luego en el ínterin entre la notificación y la contestación de la demanda, modifica su pretensión. En este, la solución no diferiría de la anterior. La oportunidad de modificar la demanda precluye al notificar la misma. El Tribunal es el que debe inadmitir la modificación de la pretensión. Si eventualmente el Tribunal acoge la modificación de demanda, será la parte quien mediante la interposición del recurso de reposición correspondiente deberá oponerse a la ampliación de demanda.

Esta solución es la que sostiene la generalidad de la doctrina¹⁰⁵ que sigue

¹⁰⁵ “Los casos enunciados no son expresamente resueltos por la ley, sin embargo consideramos que la solución puede ser la siguiente: En el primer caso, la presentación espontánea del demandado el proceso supone el conocimiento de la providencia que corre traslado de la demanda y su notificación; por ello con posterioridad el actor no puede modificar la demanda. En el segundo caso entendemos que una vez que el actor confeccionó la cédula de notificaciones y la presentó al juzgado para su diligenciamiento, precluyó la posibilidad de alterar la

el sistema del CPCN, salvo las excepciones que seguidamente analizaremos.

En contra de este razonamiento se ha resuelto que “habiéndose conferido traslado de la demanda de acuerdo con el trámite de los procesos sumarios, ello no constituye plazo perentorio para la actora si no se fijó término para la adecuación de la acción a dicho procedimiento. No es obstáculo a tal conclusión la circunstancia de que la demandada hubiera contestado espontáneamente el traslado de la demanda, toda vez que la actuación del emplazado cuanto todavía no es parte admitida, es decir, antes de la notificación cuya concreción integra la actividad del actor, no extingue la facultad de éste para modificar la demanda , si correspondiere” ¹⁰⁶.

En este fallo sucedió lo siguiente: El actor interpuso demanda. Inmediatamente , el demandado se anotició de la existencia del juicio compareció en el proceso y contestó demanda. El juzgado proveyó lo siguiente: Por presentado, por parte , con el domicilio constituido, por contestada la demanda. Este decreto quedo firme ministerio legis. Luego de este decreto y pese a lo previsto por el artículo 331 del CPCN, el Tribunal admitió la ampliación de demanda. El tribunal de segunda instancia también adhirió a lo resuelto por el juez a quo por las siguientes razones: “En primer lugar, porque la providencia de fs. 15 vta. Que confirió traslado de la demanda de acuerdo con el trámite de los procesos sumarios, no constituía un plazo perentorio para la actora si se tiene en

demanda original por haber realizado un acto acorde al que se le estaba ordenando”. “La modificación , transformación o cambio de la demanda y sus efectos”, Carola Capuano Tomey, Revista de Derecho Procesal , Año 2004 , Tomo 1, pag. 88.-

¹⁰⁶ CNCiv, Sala F, Diciembre 28-988, Solanas C. Marengo, La Ley , 1990-C-126.

cuenta que no sólo fijaba término para la adecuación de la acción a dicho procedimiento, sino que además y como más adelante se dirá aquella podía modificar la demanda antes de que ésta sea notificada (Art. 331 Cód. Procesal...No obsta a tal conclusión la circunstancia de que la demandada hubiera contestado espontáneamente el traslado de la demanda, toda vez que la actuación del emplazado cuando todavía no es parte admitida, es decir, antes de la notificación cuya concreción integra la actividad del actor, no extingue la facultad de éste para modificar la demanda si correspondiere..”¹⁰⁷

Es decir, el tribunal de alzada contradictoriamente , luego de haberse admitido la contestación de la demanda, la calidad de parte y habiendo quedado firme el proveído, sostiene en su fallo que el actor puede modificar la demanda antes de su notificación. Va de suyo que si adquirió firmeza la contestación de la demanda por parte del demandado, con mayor razón y con antelación a tal acto procesal se notificó no ya tácitamente de la demanda, sino que incluso expresamente de la misma y la contestó.

Pues bien, si el Tribunal admitió la contestación de la demanda, quien la contestó indefectiblemente ostenta la calidad de parte , por lo tanto el argumento empleado por la Cámara roza el absurdo.

Entiendo que el único argumento válido para refutar el embate del demandado recurrente en este caso , es el supuesto que se le imprimió trámite de juicio sumario siendo que eventualmente el actor pudo entender que se trataba de otro trámite. Únicamente en este supuesto puede admitirse el argumento del tribunal de segunda instancia.

¹⁰⁷ Revista Jurídica La Ley, 1990-C-127

La norma que sustenta este argumento surge del artículo 319 del CPCN que dispone “Principio General: Todas las contiendas judiciales que no tuvieren señalada una tramitación especial, serán ventiladas en juicio ordinario , salvo cuando este código autoriza al juez a determinar la clase de proceso aplicable.

Cuando la controversia versare sobre derechos que no sean apreciables en dinero o existan dudas sobre el valor reclamado y no correspondiere juicio sumario o sumarísimo o un proceso especial, el juez determinará el tipo de proceso aplicable

En estos casos así como en todos aquellos en que este Código autoriza al juez a fijar la clase de juicio , la resolución será irrecurrible y dentro de los cinco días de notificada personalmente o por cédula la providencia que lo fije, el actor podrá ajustar la demanda a ese tipo de proceso”

Esta norma pudo ser la llave para permitir la ampliación de demanda, que eventualmente sería readecuación de la prueba , puesto que la diferencia entre juicio sumario y juicio ordinario yacía en que en el sumario, se debía ofrecer la prueba conjuntamente con la demanda , no ocurriendo lo mismo en el juicio ordinario..

Eisner comenta el fallo y luego de realizar un análisis sobre el caso, sorprende con algunas precisiones acerca de la conducta de la parte demandada. En un primer tramo de su artículo dice que el demandado para “Justificar su inusual comportamiento de apersonarse “espontáneamente” , explica que conoció la existencia de este juicio y su contenido a raíz que el propio actor se lo informó en el curso de una audiencia que se celebró en otro proceso que se ventilaba entre las mismas partes... “ Advertimos que el autor citado juzga con un cierto tinte de desleal la conducta del demandado, puesto que adjetiva su conducta con “inusual comportamiento”. No vemos lo inusual el comportamiento, sino que es apenas una muestra de lo que debería ser usual, importando

ni más ni menos que el correcto ejercicio del derecho de defensa. Que se aprovecha de las oportunidades que le brinda el proceso también es claro, pero no se lo debe tachar de desleal al litigante que pretende vencer en un proceso, sino que por el contrario es la conducta que se le debe exigir.

En el mismo artículo , Eisner dice que “Por nuestra parte pensamos que nada justificaba la sorpresiva presentación del accionado si no fuera su no piadosa inspiración de aprovechar la quietud del actor para abortarle su facultad de adecuar la demanda y ofrecer prueba. Se trataría de una iniciativa no plausible y fácilmente alcanzada por el reproche de abusiva y desleal”¹⁰⁸.

Sorprende la afirmación del autor de marras, puesto que el demandado con mayor o menor suerte lo único que intentó es ejercer su derecho de defensa, actuando conforme a derecho. El Juzgado resolvió la cuestión con un claro ejemplo de autoritarismo y parcialidad. . El Tribunal debió resolver de acuerdo a lo que indica la ley, no a la mayor o menor simpatía que provoca la celeridad del accionar del demandado.

Por último nos dice el autor invocado que “La presentación “espontánea” del demandado , contestando sorpresivamente la acción, justifica ampliamente la preocupación del tribunal por reestablecer el equilibrio del debate dejando a salvo la facultad del actor para ajustar su demanda- al tipo de juicio sumario – y ampliar el ofrecimiento de prueba”¹⁰⁹

El tribunal en este caso no sólo no restableció el equilibrio del debate, sino que simplemente desequilibró la bilateralidad del proceso y quebró el

¹⁰⁸ Eisner Isidoro. “Puede el actor adecuar (ampliando) su demanda después de contestada espontáneamente por el accionado” La Ley -1990-C- paginas 126 y siguientes.

¹⁰⁹ Eisner Isidoro: Obra citada. Pag. 134.-

principio de igualdad ante la ley, supliendo la negligencia del actor mediante una resolución piadosa –

De este apartado extraemos las siguientes conclusiones:

- a) La instancia comienza con la promoción de la demanda, se decrete o no. Entiendo que si el Tribunal decretó el traslado de la demanda, si el demandado contesta espontáneamente la misma, no se le puede reputar desleal y abusivo, puesto que esta ejerciendo regularmente un derecho.
- b) Si en el Código Procesal Civil de la Nación, se admitiese la modificación de demanda, se evitarían estas cuestiones y cualquier error material u omisión, eventualmente se podría rectificar.
- c) El juez no debe suplir las negligencias de las partes, puesto que debe situarse en su condición de tercero.

16.4. Sistema escogido por el CPCN: Va de suyo que el CPCN adopta un sistema rígido de modificación de demanda, y que desconocemos las razones de tal rigidez, puesto que la restricción es fácilmente eludible mediante la utilización de diversos institutos que dispone el propio Código Procesal, y que analizaremos en el presente trabajo.

La rigidez del CPCN no es posible fundarla en el debido proceso ni en la supuesta afectación del derecho de defensa, puesto que ambos argumentos son fácilmente refutables: Algunas modificaciones no sólo no alteran significativamente el proceso, sino que facilitan la defensa de las partes y la resolución del caso por el magistrado. Esto en modo alguno puede interpretarse como una violación al debido proceso y menos como una restricción al derecho de defensa para las partes. Incluso se entiende que las partes se encuentran favorecidas por esta cierta flexibilidad en la alteración de la demanda, máxime si de esta manera se evita la

proliferación de diversas pretensiones fundadas en un hecho similar, lo que tranquilamente puede ocurrir si se tiene en cuenta lo previsto en el propio CPCN.

Las partes tienen interés en que el conflicto se agote mediante la tramitación de un solo proceso, de esta manera , resuelto el caso, no se podrá tramitar otro proceso en virtud del efecto de la cosa juzgada.

Por esta razón y desde mi modesta opinión , entiendo que una cierta flexibilidad en la modificación de la demanda, debe resultar posible, a los fines de alcanzar la certeza en las relaciones negociales, evitando la multiplicidad de procesos judiciales, con mayor desgaste jurisdiccional y menor economía procesal.

También entendemos que esta flexibilidad debe resultar perfectamente regulada a los fines de evitar la indefensión de una de las partes.

16.5. Los Hechos Nuevos en el CPCN

Artículo 365 : Cuando con posterioridad a la contestación de la demanda o reconvencción , ocurriese o llegase a conocimiento de las partes algún hecho que tuviese relación con la cuestión que se ventila , podrán alegarlo hasta cinco días después de notificada la audiencia prevista en el artículo 360 del presente Código, acompañando la prueba documental y ofreciendo las demás de las que intente valerse.

Del escrito en que se alegue , si lo considerare pertinente , se dará traslado a la otra parte, quien , dentro del plazo para contestarlo, podrá también alegar otros hechos en contraposición a los nuevos alegados.

El juez decidirá en la audiencia del artículo 360 la admisión o el rechazo de los hechos nuevos”

16.6 . Incoherencia sistemática:

A lo largo del presente trabajo en cierta manera se descalificó la técnica empleada en el CPCN , y entendemos que este tratamiento brindado al código procesal de la nación, es justificado.

El Código Procesal de la nación, es el reducto donde la figura del juez director más cómodo se siente. Sus comentaristas , juristas de excepción, defienden el activismo judicial . Hacen suyo con absoluta autoridad lo resuelto en el caso “Colalillo”, en el cual se sostuvo que “El proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales. No se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva que es su norte. Que concordantemente con ello la ley procesal vigente dispone que los jueces, tendrán , en cualquier estado del juicio, la facultad de disponer medidas necesarias para establecer los hechos debatidos”¹¹⁰. Pese a enarbolar como propia la doctrina que emerge del fallo, a la hora de legislar lo referido a la modificación de la demanda, limita a las partes, y paradójicamente permite al juzgador ampliar la base fáctica o thema decidendum mediante lo previsto en el artículo 163 inc .. del CPCN.

Es por esta razón que en el presente trabajo se le achaca a la redacción del Código Procesal civil de la Nación una cierta incoherencia. Esta consiste en el impedimento que sufren las partes de modificar la demanda , aunque resulte claro que se trate de un mínimo error en la redacción de los hechos por una parte. Por otra parte, surgiría del propio texto de la ley procesal que el Juzgador se encuentra facultado para valorar hechos que no fueron alegados por las partes, pero que se produjeron durante el

¹¹⁰ Fallos 207:72.-

debate.

CAPITULO 17: ESTADO DE LA CUESTION EN ARGENTINA. LA OPINIÓN DE LA DOCTRINA:

En la doctrina argentina, la casi totalidad de la misma, tanto garantistas como activistas, sostienen la rigidez de la demanda. Aún así existen algunas voces solitarias que coinciden con lo que se propone en el presente trabajo. Si bien no se trató el mismo tema, Roberto O. Berizonce, en su trabajo “El objeto de la decisión y cuestiones que integraron la litis” (Flexibilización del principio de Preclusión”) asume en algún sentido una postura relativamente similar a la propuesta. Sostiene el referido autor que “Hemos ya referido la adscripción de nuestro ordenamiento al rígido sistema de preclusiones que encapsula herméticamente el *thema decidendi* en los márgenes estrictos del contenido de la *litiscontestatio*. Consecuentemente, deviene inconstitucional por arbitrario el pronunciamiento que decide con demasía sobre cuestiones no planteadas por las partes, aunque asiente en el principio *iura curia novit*, desde que menoscabe la garantía del debido proceso conforme conocida doctrina de la corte. Precisamente, el fundamento de la descalificación del pronunciamiento por demasía decisoria radica en la infracción del debido proceso, cuando se privó a la parte contraria del ejercicio efectivo del contradictorio, porque la cuestión se introdujo y decidió sin sustanciación alguna ni oportunidad de defensa. La garantía del contradictorio no es una simple instancia formal sino un postulado de esencia en la conformación del proceso jurisdiccional, configurativo no sólo de un medio de lucha entre las partes, sino tanto más de un instrumento operativo para el juez en la búsqueda de la verdad probable y en última instancia, del proceso justo. Empero salvada esa garantía cualquier técnica procedimental deviene admisible en tanto sea apta para el logro de su finalidad. Rigidez

o flexibilidad de las deducciones son sólo métodos que encarecen objetivos prioritarios que a menudo se muestran en el diseño del proceso como contrapuestos: Orden y celeridad versus justicia. El desafío reside siempre en compatibilizar las técnicas para el logro de los fines. Sin menoscabo del principio visceral del contradictorio , en definitiva, no cabe objetar la técnica de la deducción elástica, escalonada de las alegaciones que conforman la *litiscontestatio* y hemos de ver que en nuestro derecho, en el marco générico de un modelo de rigidez formal, se han ido colando entre sus intersticios numerosas excepciones que vienen consagradas por la ley o la interpretación jurisprudencial”¹¹¹ En estos párrafos el citado autor pareciera que amaga con sustentar una posición similar a la que venimos proponiendo, pero luego esa fuerza inicial se desvanece y termina reduciendo lo que parecía la proposición de un SMDF en un análisis de preclusión elástica de las deducciones en los procesos en que el interés general se encuentra comprometido. Va de suyo que en estos casos, tratándose de conflictos de familia y minoridad, derechos de incidencia colectiva el proceso se elastiza , incluso hasta el instituto de la cosa juzgada puede relativizarse. Nada dice de los procesos civiles y comerciales comunes y corrientes, donde esta preclusión escalonada puede practicarse sin resultar una violación a las formalidades del proceso.

En definitiva , curiosamente , tanto activistas como garantistas, omiten cualquier consideración a la modificación de demanda , lo que llama la atención dado la importancia que reviste la demanda en el proceso civil y dada las posiciones encontradas de estas dos corrientes en la mayoría de los temas que se proponen.

¹¹¹ Berizonce , Roberto: El objeto de la decisión y cuestiones que integraron la *litis* (Flexibilización del principio de preclusión) Revista de derecho Procesal Rubinzal- Culzoni, Año 2007-2 , pag. 90

Conclusión:

El CPCN en modo alguno justifica la rigidez del sistema de modificación de demanda. Congela la totalidad de la demanda al notificar la misma, e impide cualquier modificación de su contenido , todo en aras del debido proceso y derecho de defensa en juicio. Entendemos que esta postura rígida debe modificarse en el futuro , dado que esta postura no promueve la búsqueda de la verdad jurídica objetiva y la justicia material.

CAPITULO 18: SISTEMA ESCOGIDO POR EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE CÓRDOBA:

18.1. LA MODIFICACIÓN DE DEMANDA EN EL PROCESO CIVIL DE CÓRDOBA:

En un primer análisis del Código Procesal de la Provincia de Córdoba y sin emitir un juicio definitivo, me encuentro en condiciones de afirmar tentativamente que se trata de un sistema de transformación de demanda flexible, registrando diversas oportunidades para modificar la pretensión hecha valer en el proceso.

Seguidamente analizaremos las diferentes posibilidades de modificar la demanda en el proceso civil cordobés, la extensión de las mismas y los límites. Desde ya sostengo que las normas que regulan este modelo de transformación de demanda, son abiertas , y por lo tanto permiten diversas interpretaciones de los doctrinarios. En este trabajo , he decidido inclinarme por la postura más favorable a la flexibilidad de la alteración de la demanda, y lo decido en base a las necesidades de los abogados litigantes y de sus partes, quienes son en definitiva los que deben ejercer su señorío en el proceso , quienes se perjudican y quienes se benefician con resoluciones judiciales alejadas de la lógica. Va de suyo que estas

necesidades no son caprichosas sino que juegan armónicamente con las disposiciones de la constitución nacional.

18.2. Sistema cordobés: La modificación de la demanda (Se incluye, va de suyo, la transformación, modificación y ampliación de la misma) en el CPCC se encuentra regulada en el CPC en los artículos 179 y 180.

El primero de ellos dispone que “El demandante no podrá variar la acción entablada después de contestada la demanda, pero podrá ampliar o moderar la petición siempre que para ello se funde en hechos que no impliquen un cambio de la acción” . Asimismo el artículo 180 del CPC dispone que la ampliación autorizada precedentemente no será sustanciada especialmente y podrá hacerse en cualquier estado de la causa hasta la citación para la sentencia. Si se fundare en hechos no alegados en la demanda, sólo podrá formularse hasta tres días después de la apertura a prueba”.

El primero de los artículos citados regula distintas hipótesis, las que seguidamente se detallaran:

18.3. Transformación de demanda en el Código Procesal de Córdoba: A los fines de analizar la posibilidad de transformar la demanda en el CPCC , es necesario utilizar el argumento ad contrarium sensu y de esta manera se entiende que el actor puede transformar o modificar totalmente la acción hasta la contestación de la demanda. Obsérvese que en el primer renglón se observa nítidamente la diferencia con lo preceptuado en el artículo 331 del CPCN, mientras en este se permite todo tipo de alteración hasta la notificación de la demanda, en el CPCC se prorroga la posibilidad de transformar íntegramente la demanda hasta que

la parte demandada conteste la misma.

18.4 Efectos del SMD de Córdoba.:

Los efectos de este sistema de transformación de demanda son los siguientes:

18.4.1. Caso de incontestación de demanda: En caso de incontestación de demanda , puede modificarse íntegramente la pretensión: En caso de rebeldía del demandado o incontestación de demanda, el actor dispone de la oportunidad de modificar íntegramente la demanda, aún luego de vencido el término previsto para su contestación. Va de suyo que de esta transformación de la demanda, se le debe correr nuevo traslado al demandado a los fines que conteste la nueva pretensión ejercida por el actor. El interrogante es el siguiente: ¿Hasta cuando dispone de esta oportunidad de transformación de demanda en caso de rebeldía o incontestación de demanda?. Entendemos que en este supuesto, se dispone de esta posibilidad hasta que se disponga la apertura a prueba de la causa, puesto que ningún perjuicio se le causa al demandado que ni siquiera se esforzó en contestar la demanda.

18.4.2. Demanda transformada en el lapso que corre entre la notificación y la contestación de la misma:

Este es un supuesto que es factible que se plasme en la realidad dada la técnica empleada en la norma.

La norma prescribe que es factible transformar la demanda hasta su contestación. Pues bien, el interrogante a contestar es el siguiente: Que ocurre si en el ínterin que corre desde que se cursó la cédula de notificación hasta que el demandado presenta su escrito de opugnación, el actor decide transformar íntegramente la demanda.

El actor, en el lapso entre la notificación y el ejercicio del derecho de defensa por parte del demandado, advierte que cometió un grave u omitió un dato importante al redactar la demanda, razón por la cual, decide transformar totalmente la misma. Esta decisión la asume, en razón que el derecho, cuya tutela efectiva pretende, se encuentra en riesgo. Por esta razón, y atento a la permisión que surge de la norma , el mismo decide modificar totalmente la acción interpuesta.¹¹².

A guisa de ejemplo, si inició una acción confesoria en razón de haber interpretado equivocadamente escrituras y planos donde surge una servidumbre decide transformarla en una acción negatoria. Se trata lisa y llanamente de una transformación íntegra de la demanda , lo que se encuentra permitido expresamente en el Código Procesal de La Provincia de Córdoba, en la norma en análisis.

La respuesta que da la norma no admite equívocos: La parte se encuentra facultada para transformar la demanda y descuida la suerte de la parte demandada.

Nos preguntamos que ocurre con la parte demandada que contrató un abogado para que contestara una demanda y al presentar el escrito de contestación , se encuentra con la sorpresa que el traslado que le fuera corrido se encuentra suspendido y que se ha modificado la demanda en su totalidad.

¹¹² Venica , Oscar Hugo: Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, Comentado, anotado, Tomo II, Pag. 235, Editorial Marcos Lerner.-

En este caso , va de suyo que se le debe correr un nuevo traslado de la acción al demandado, pero el escrito de opugnación de la parte demandada, , ya no será admitido, dado que la demanda que se pretendió contestar ya fue transformada íntegramente.

Si se aplicará la solución prevista en el artículo 331 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, la ampliación se hubiese rechazado in limine, ya que precluye toda posibilidad de transformación con el envío de la correspondiente cédula de notificación.

En el Código Procesal de la Provincia de Córdoba, no existe sanción alguna para el litigante que notificó la demanda y que la modificó totalmente antes de su contestación.

En consecuencia de lege lata, podemos decir que ninguna sanción le cabe al actor y ningún derecho le asiste al demandado, más que esperar que se le corra traslado nuevamente de la acción ya transformada.

Estimo que si la litis no se encuentra trabada, no se le puede privar al actor que modifique su demanda en su totalidad, puesto que la ley procesal así lo dispone. También entiendo que si la parte demandada fue notificada de la demanda, tuvo que contratar un abogado que lo defienda de la acción e incluso acordar un precio por el trabajo del mismo, alguna sanción le corresponde al actor negligente. Por supuesto que la sanción no debe resultar la caducidad de su derecho, ya que dijimos que disentimos con el sistema rígido del Código Procesal de la Nación, pero al menos las costas generadas por su negligencia o desatención deberá soportarlas.

El beneficiario de estas costas será el abogado del demandado , que de esta manera ve satisfechas sus expectativas o chances que tuvo de repeler la acción interpuesta y que las costas debe abonarlas bajo apercibimiento del impedimento de continuar litigando hasta tanto no las satisfaga.

La solución sería justa, ya que el abogado del demandado tuvo que trabajar en su defensa y de una manera u otra , su trabajo se frustra por esta intempestiva modificación.

En este caso el actor o reconviniendo que modifica su demanda luego de notificada pero antes de ser contestada, debería ser sancionado mediante la imposición de costas por su modificación tardía. Las mismas deberían cuantificarse en un porcentaje del establecido en caso de desistimiento de demanda.

Esta solución que propugnamos de lege ferenda es similar a la prevista en el artículo 182 del Código Procesal de la Provincia de Córdoba, que dispone que “El actor deberá acompañar a la demanda los documentos de que haya de valerse. Si no los tuviese , los designará con la mayor precisión posible, expresando su contenido y el lugar en que se encuentren, bajo pena de abonar, si los presentara después , las costas causadas por la presentación tardía”. Entendemos que la solución debe ser similar puesto que la omisión en acompañar los documentos le genera perjuicio al demandante, quien se encuentra confiado en que la única documental que dispone el adversario es la presentada en el juicio y en base a la misma elabora su estrategia. Si luego aparece una documental con peso suficiente para desvirtuar la defensa interpuesta por el demandado, es lógico que quien incumplió la obligación prevista en el artículo 182 debe cargar con las costas causadas por la presentación tardía.

En el supuesto en examen, si el actor interpuso una demanda defectuosa, la notificó y en consecuencia la colocó en la obligación de contestar a la parte demandada, debe cargar con las costas por la modificación tardía de la demanda, ya que obligó al demandado a desplegar una estrategia defensiva que quedará seguramente en el arcón de los recuerdos, puesto que la demanda se transformó íntegramente.

Más allá de las sugerencias de lege ferenda, estimo acertada la solución del CPC que dota al justiciable de las herramientas necesarias para enderezar una demanda mal planteada.

Si se aplicará lo preceptuado por el CPCN , el actor no le quedará otro camino que desistir de la demanda interpuesta, e iniciar otra demanda. En este caso, es claro que deberá abonar las costas al patrocinante del demandado.

La solución del CPCC beneficia tanto a la parte como al propio abogado patrocinante, quien es el que redacta la demanda, y que por un error u omisión no sólo perjudica a su patrocinado o poderdante, sino que compromete su responsabilidad profesional.

Si se aplicara la solución del CPCN , es evidente que las consecuencias resultarían graves tanto para el actor como para su patrocinante. Si el error partió del actor, su derecho se vería perjudicado y su acción navegará hacia un seguro naufragio. Si el error partió del letrado, que prepare una buena defensa en el juicio de mala praxis que le iniciará su comitente.

Por esta razón entendemos que la solución prevista por el CPCC es sana, y beneficia tanto a actor como a su letrado. Ut infra observaremos que también se beneficia con esta solución el propio demandado.

En definitiva en el Código Procesal de Córdoba , es factible transformar la acción aún notificada la demanda y hasta que la contraria introduzca su escrito de responde.

18.5. Preclusión de la posibilidad de transformar la demanda:

Al contestar la demanda la parte contraria, precluye la posibilidad de transformar la demanda. A partir de la contestación cualquier intento de transformar la demanda deberá ser rechazado por el magistrado

interviniente. Subsisten de acuerdo a lo reglado en el CPCC la posibilidad de realizar modificaciones , y eventualmente enmendar errores materiales.¹¹³.

Respecto de los errores materiales, es posible formularse el siguiente interrogante: ¿ Que ocurre con los errores materiales deslizados en la demanda?. ¿Es posible hablar de la misma acción, cuando se reclaman los daños y perjuicios que sufrió el actor en un accidente ocurrido en el año 2008, siendo que en la demanda se consignó que el hecho dañoso ocurrió en el año 2005?

Supongamos que el demandado en su contestación argumenta que el automotor denunciado por el actor como de su propiedad y con el que protagonizara el accidente en el año 2005, recién lo adquirió en el año 2006. Por tal razón , niega haber protagonizado el hecho dañoso, niega haber sido propietario en la fecha indicada en la demanda, y por lo tanto opone excepción de falta de acción.

A este caso se le agrega un ingrediente más: Al interponer la correspondiente demanda, se acompañó como prueba documental , misivas dirigidas entre las partes, donde se consignaba la fecha correcta del siniestro, denuncia policial correspondiente donde también constaba la fecha real del siniestro.

Nos preguntamos: ¿Como se resuelve este caso?, ¿Es posible rectificar el hecho?.

¹¹³ “El actor no puede variar el fundamento de su pretensión después de contestada la demanda (C4CC, 30.3.79, Sent. Nro. 29) como cuando se introduce una nueva causal no invocada en la demanda en un juicio por nulidad de testamento, lo que debió ser motivo de una nueva demanda (C3CC, 4.6.82, BJCXXVI-517) pero si rectificar la fecha de un hecho relatado en la demanda (C4C, 18-6-79, A 105)

La respuesta no es clara: Si nos ajustamos a la norma, habrá que resolver en primer lugar si la rectificación de un error material importa la transformación de la demanda. A simple vista pareciera que se trata de un mero error material, pero el mismo consiste en un error en el relato de una parte esencial del hecho: la fecha.

No obstante esta acotación, entendemos que si de la propia documental surge con claridad a que fecha se refiere, el juzgador deberá admitir la enmienda y ordenar que se corra traslado nuevamente de la acción a la contraria .

Reitero que esta solución resultará procedente siempre y cuando el dato omitido surja de la documentación acompañada en autos, ya sea de los presupuestos , de las cartas documentos , denuncia o de cualquier otro elemento probatorio acompañado, Lo crucial es que de la documentación aportada se desprenda con claridad el hecho cuya rectificación se pretende.

En caso de omisión de estos elementos probatorios acompañados en la demanda, entiendo que si se admitiera la rectificación, se trataría de otro hecho, y de una manera u otra, se estaría violando el derecho de defensa de la contraria.

En definitiva , un error material rectificado luego de contestada la demanda, viola el derecho de defensa, pero si surgiera claramente de la documentación acompañada que se trató de un error, entiendo que la rectificación resultará procedente.

18.6. Conclusión : Por lo tanto hasta lo aquí expuesto y a los fines de ordenar el presente trabajo nos encontramos en condiciones de llegar a la primera conclusión: La acción puede transformarse íntegramente antes

que la contraria conteste la demanda, interpretando contrario sensu lo dispuesto por el artículo 179 del CPC.

Luego de contestada la demanda , la demanda no se podrá variar , pero será posible enmendar errores materiales, siempre que la rectificación no importe un cambio de acción.

18.7. Modificación de demanda: De acuerdo a lo que dispone la norma en análisis, es posible modificarse la demanda aún luego de contestada la misma, siempre que tal ampliación o moderación no se funde en hechos que impliquen un cambio en la acción entablada.

Este es el único requisito que exige la norma de marras, razón por la cual, no encontrándose prohibida la modificación, la misma se encuentra permitida en un todo conforme con lo que prescribe la Constitución Nacional.

Desde ya aclaramos que esta sistematización no resuelve el problema de la textura abierta de la norma.

En efecto, la formula “Podrá ampliar o moderar la petición siempre que para ello se funde en hechos que no impliquen un cambio de la acción”, puede ser la ventana que abre el proceso civil cordobés para transformar la demanda aún operada supuestamente la preclusión

Volviendo al ejemplo anterior de la demanda de daños y perjuicios relatada en el apartado anterior: Dijimos que el actor enmendó un error material y que el mismo fue admitido por el Juzgador que prestó especial atención a la documentación ofrecida y acompañada como prueba , de la cual se desprendía la fecha real del siniestro.

Pues bien, admitida esta rectificación, el proceso sigue su curso normal,

se reclaman los daños y perjuicios emergentes de un accidente de tránsito. Al detallar los daños , el actor reclama los daños materiales del automotor, omitiendo reclamar los daños físicos sufridos, la incapacidad, daño moral y perdida de chance.

Corrido el traslado de la demanda, la contraria contesta la demanda, niega el hecho y también los daños.

El actor asumiendo que omitió rubros en su demanda, decide ampliar la demanda, reclamando el pago de los daños físicos sufridos, incapacidad, daño moral y perdida de chance.

Volvemos a reiterar la pregunta anterior: Como se resuelve el presente caso?, ¿Es posible modificar la demanda en estos términos?

Desde ya adelantamos que si la norma permite ampliar o moderar la acción, siempre que no implique un cambio de la misma , no advertimos el impedimento para la modificación de la demanda en los términos indicados.

Se trata del mismo hecho: Accidente de tránsito. Se trata de la misma acción: Un reclamo de daños y perjuicios y por último se peticiona exactamente lo mismo , la reparación de los daños y perjuicios sufridos. La única modificación es la agregación de algún rubro aislado omitido en la presentación.

Es posible que algunos fundamentalistas de las formas se rasguen las vestiduras ante tamaño ataque al derecho de defensa en juicio. Es posible, pero en rigor de verdad, el derecho de defensa no se encuentra afectado por una mera agregación de un rubro aislado: Si el demandado negó el hecho y por lo tanto el daño, el actor deberá acreditar tanto el hecho como los daños. Si el demandado admitió el hecho y se allanó a la acción, se encuentra aún en condiciones de rechazar los rubros

reclamados en la modificación de demanda al evacuar el nuevo traslado que obligatoriamente se le debe correr.

No se advierte mella alguna en el derecho de defensa en juicio , como así tampoco violación alguna del debido proceso.

Por supuesto que este caso si se plasmara en el ámbito del CPCN sería de acuerdo a lo que dispone la norma, inadmisibile, , puesto que se violarían las formas rígidas del artículo 331, cuyo seguimiento a pie juntillas, obliga a tirar por la borda, tanto la verdad jurídica objetiva, como la justicia material del caso.

En el CPCC esta situación es posible dado que la norma lo admite expresamente.

Esta posición parece un tanto violenta incluso para quien sin incurrir en el extremo previsto por el CPCN , tiene respeto por el instituto de la preclusión y sus notables efectos en el sistema dispositivo. Pero , si la ley lo dice, y si el juez debe ser la boca de la ley, por que razón se debería desoír el mandato del legislador? .-

En este caso , vemos que el limite de la ampliación o moderación es nada más que la imposibilidad de cambiar la acción, por lo tanto se puede ampliar cualquier rubro omitido en la demanda, siempre que se persiga la misma acción proveniente de un mismo hecho.

En definitiva, si bien a los oídos de un jurista apegado a las formas, esta solución no es la ideal, sería un despropósito obligar a iniciar un nuevo proceso con fundamento en un mismo hecho por una cuestión meramente formal

Diferente sería el supuesto si en Argentina existiere una norma similar al artículo 400 de la LEC que proscribe todo ulterior reclamo con cuestiones vinculadas a una acción judicial que se tramite, así no hubiese sido

incluido este reclamo en la acción interpuesta.

Conclusión: En este caso es posible la ampliación de la demanda.

18.8.- Ampliación o modificación de demanda con fundamento en hechos no alegados en la demanda:

El artículo 180 dispone que la ampliación de demanda con fundamento en hechos no alegados en la demanda, sólo podrá formularse hasta tres días después de la apertura a prueba.

La cuestión es exclusivamente semántica: ¿ A que se refiere la norma con hechos no alegados ? , y cual es el parentesco o relación de estos hechos “No alegados” con los “hechos nuevos” del artículo 203 del CPC y con los “nuevos hechos” que surgen por ejemplo del artículo 510 del CPCC:

En mi opinión y en abierto disenso con la doctrina cordobesa, entiendo que hechos nuevos y hechos no alegados tratan sobre cuestiones diversas: Si el legislador en una norma sobre ampliación de demanda menciona y trata “hechos no alegados” y luego en otro capítulo, trata los “hechos nuevos” va de suyo que existe diferencia entre los mismos que excede la cuestión semántica.

Si a esto le sumamos que el artículo 203 del CPCC , posterior al artículo 180 define en su texto tanto los hechos nuevos como los de nuevo noticia, es una clara señal que hasta allí no se había hablado de hechos nuevos, ya que las definiciones normalmente se realizan al principio.

Si se definió hecho nuevo en el artículo 203 , mal puede haberse hablado de hechos nuevos en el artículo 180, ordenado anteriormente en el código procesal de Córdoba.

Pese a estos distingos que es posible realizar con sólo cotejar ambas normas, la doctrina cordobesa trata estos hechos de idéntica manera . Venica sostiene que “Se distinguen por los hechos que se alegan: Aludidos en la demanda (Art. 179 y 180 1ra. Parte) o hechos nuevos (Art. 180 2da parte). Ello es lo que se desprende de la doctrina elaborada en relación a los arts. 156 y 157 del Código de Santa Fe 1887, fuente de los arts. 159 y 160 CA y por ende de los actuales 179 y 180 y reproducidos casi a la letra por los arts. 135 y 136 del vigente Código de Santa Fe”¹¹⁴

Obsérvese que el tratadista citado equipara hechos no alegados y hechos nuevos con fundamento en las legislaciones santafesinas y cordobesas. Desde ya sostengo que se trata de un error, que analizaré más abajo. Sigue diciendo el citado autor “La segunda parte tiene estrecha correspondencia, con el art. 203 y con el art. 191, de suerte que por un lado , los hechos deben reunir los requisitos de dicha norma. Pueden ser posteriores a la demanda,. P. Ej. Daños y perjuicios que continuaron generándose, pero distintos de los señalados en aquella , pues para el agravamiento de los últimos basta el art. 179. O anteriores , ignorados, requiriendo juramento (art. 203) o promesa (Arg. Art. 218) de no haber conocido los hechos con anterioridad, lo que supone , en principios circunstancias fácticas en las que el actor no tuvo participación personal”¹¹⁵.

Entiendo que el citado autor en su interpretación excede lo que la norma dispone: La misma menciona hechos no alegados, sin ningún tipo de aditamento.

Debido a que los hechos posteriores son regulados en el capítulo referido

¹¹⁴ Venica Oscar Hugo: Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, Editorial Marcos Lerner Editora Córdoba, pag. 237.-

¹¹⁵ Venica , Oscar Hugo: Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba , Tomo II, Editorial Marcos Lerner, Editora Córdoba , pag. 239.

a los hechos nuevos, en este caso se trata de hechos anteriores a la demanda y que no fueron alegados por el actor, tal vez por una omisión involuntaria.

Venica , opina de modo diferente sosteniendo que “Si a pesar de ello surge de la exposición que el actor tenía o debió tener conocimiento anterior, no corresponde admitirlos . Y si ese dato se extrae de la prueba posterior, el tribunal debe desestimarlos en la sentencia , pues evidencia su alegación extemporánea”¹¹⁶

En este párrafo el autor aludido omite las diferencias que establece claramente la norma.

No habla ya de estrecha correspondencia sino que impone las mismas condiciones de admisibilidad a los hechos no alegados y que menciona el 180 del CPC que a los hechos nuevos del artículo 203.

La Excma Cámara 7ma. De Córdoba, en autos caratulados Echeverri Hernando c. Barrionuevo Juan y otros, dicto un fallo donde surge claramente la división de la doctrina : En dicho fallo se resolvió de la siguiente manera: “En ese orden conviene recordar que la doctrina de la substanciación , que impone una mención circunstanciada de los antecedentes fácticos que fundamentan la relación jurídica causal, requiere que en la demanda se formule una exposición circunstanciada del hecho constitutivo , que viene a dar sustento a la pretensión. ... la demanda debe individualizar la acción intentada , de modo tal que ella debe contener los elementos que la integran. Es por ello que en la demanda debe determinarse el origen naturaleza , objeto y condiciones de la pretensión, ya que no es posible la integración de los hechos con posterioridad a ella. Se trata de la explicación de la razón o fundamento de la pretensión, es decir , la causa petendi, y por lo tanto es menester

¹¹⁶ Venica , Oscar Hugo: Ob. Citada. Pag. 239.-

cumplir la carga de mencionar circunstanciadamente todos los antecedentes fácticos que sustentan la relación jurídica causal... Su alteración posterior a la traba de la litis , quiebra el orden preclusivo del proceso: No se trata –como se expone – de un simple ajuste de la demanda en función de las mismas bases ya sentadas al demandar, sino que se han variado las bases fácticas imprescindibles por la naturaleza de la acción y que le dan fundamento al derecho subjetivo material del reclamante... En realidad se ha operado la transformación de la demanda por cuanto , con ese acto unitario se procura cambiar los hechos condicionantes (presupuestos) para el ejercicio de la acción revocatoria: Los antecedentes que se traen a fs. 41 son diferentes y contestada la demanda no puede el actor válidamente modificarla. Es de toda prohibición que el actor no puede alterar- luego de la traba de la litis- el acto postulatorio básico haciendo sustituciones o cambios en los elementos objetivos de la pretensión – cosa u objeto de la vida que se recaba al órgano ¹¹⁷”

En este tramo del fallo el vocal asumió una postura que análoga los hechos “no alegados” a los hechos nuevos , en idéntica posición a la asumida por Hugo Venica y relatada ut supra.

El Vocal que votó en disidencia de la mayoría en el fallo citado, sigue diciendo que “Al alterarse uno de los elementos objetivos ,modificando- en este caso- la base fáctica que la sustenta, la pretensión se transforma. Esta transformación permitida con amplitud antes de la contestación encuentra relativa prohibición después de ese momento con el límite del artículo 160 en estrecha vinculación con el artículo 176 del Código de procedimiento Civil; pues como lo expone Ramacciotti ,” nuestro art. 160-

¹¹⁷ Voto del Dr. Jorge Flores, Vocal de la Excma. Cámara 7ma de Córdoba, en autos “Echeverri, Hernando F. C. Barrionuevo, Juan C. y otros”, marzo 1994, Citado en La Ley Córdoba, 1995, pag 205 y ss.

como el apart. 2do. Del artículo 331 del Código de Proced. Civil de la nación- Faculta implícitamente a formular la ampliación aún apoyándola en hechos nuevos, bien que restringiendo en tal caso la oportunidad de su articulación hasta tres días después de la apertura a prueba”¹¹⁸

Observamos que el Vocal persiste con la confusión entre hechos no alegados y hechos nuevos, pese a que ambos artículos son denominados de diferentes maneras en diferentes artículos¹¹⁹.

El fallo de la mayoría entiendo que dilucida la cuestión y que lo hace en apoyo de nuestra postura interpretativa

El fallecido Dr. Money en su voto entiende que el error del juez a quo como el del vocal preopinante, consiste en haber denominado erróneamente acción de nulidad, siendo que se trataba de una acción revocatoria y en segundo lugar, haber titulado el escrito “Ampliación de la demanda” en lugar de denominarla “Extensión fáctica del fundamento de la pretensión originaria”

Sostiene en apoyo de sus fundamentos que “Es una aplicación de la misión genérica de la judicatura , eso es adecuar, en la medida de lo posible , y sin sustituir las alegaciones de las partes , los planteamientos que se someten a decisión jurisdiccional, ya sea en el derecho iura novit curia, ya en los hechos como caracterización de la acción efectivamente ejercida.

¹¹⁸ Voto del Dr. Flores, referido en cita anterior.

¹¹⁹ En este mismo sentido opina Ramacciotti quien dice que “Nuestro art. 160- como el segundo apartado del art. 331 del C. Procesal- faculta implícitamente a formular la ampliación, aún apoyándola en hechos no aducidos en la demanda, es decir , en hechos nuevos, bien que restringiendo en tal caso la oportunidad de su articulación hasta tres días después de la apertura a prueba” Ramacciotti, Hugo, Ob. Citada, pag. 427.-

Luego ingresa de lleno en lo debatido en este punto, diciendo que “ .. El referido artículo 159 nos dice que el demandante no podrá variar la acción entablada , después de contestada la demanda “ y en la especie la acción se mantiene incólume, sigue siendo lo que fue originariamente ,una acción revocatoria o pauliana y luego continúa el artículo “pero podrá ampliar o moderar la petición siempre que para ello se funde en hechos que no impliquen un cambio de la acción “ Esto significa que puede “Ampliar o moderar “la pretensión, con la única limitación de que no involucre un cambio de la acción... Pese a la naturaleza dispositiva del Derecho Procesal Civil, los tribunales deben desentrañar , en la medida de lo posible, la realidad fáctica que subyace en los procesos, para acercarnos a la estimativa axiológica de la justicia, que en la practica se denomina verdad real, lo contrario , como ha dicho la Corte suprema de Justicia de la Nación , es caer en un exceso ritual manifiesto... El artículo 159 del Cod. de Proc. Civil no prohíbe la ampliación de la demanda, en cuanto no involucre un cambio de la acción (Que como ya señalamos no se da en la especie pues se mantiene incólume la pretensión revocatoria”

En este párrafo, el tribunal resuelve que se puede ampliar la demanda, extendiendo la base fáctica , siempre y cuando no se varíe la acción. De esta manera, el juzgador distingue entre hecho no alegado y hecho nuevo, como cuestiones diferentes.

Sigue rezando el fallo de marras que “Ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe “, de ello se sigue que si el art. 159 del Código de Proced. Civil no prohíbe concretamente invocar hechos omitidos en la demanda- que es otro concepto distinto al de hecho nuevos receptados por el art. 176 nada obsta a que sean oportunamente introducidos al campo fáctico del litigio, esto es, en ocasión procesal de que puedan ser adecuadamente controvertidos como ha ocurrido en la especie”

En este párrafo del fallo es claro que según el interprete, los hechos no alegados por omisión del actor, pueden ser invocados hasta tres días después de la apertura a prueba, a los fines de facilitar el contradictorio y evitar la indefensión de una de las partes.

Por último merece la pena otro fundamento del Dr. Money que dice “No habiendo previsión legislativa prohibitiva ni tampoco permisiva , corresponde acudir a la norma integradora del art. 1344 y aplicar analógicamente el referido art. 159 a la situación planteada, siempre que con ello se propenda a una adecuada traba de la litis y por sobre todo , al ejercicio del derecho de defensa , que no sólo está instituido a favor del demandado, sino de todas las partes del litigio: El actor defendiendo su pretensión y el demandado , ejerciendo el derecho de excepción, resistiéndose a aquella. Es que, como lo he dicho en otras oportunidades, las normas procedimentales son siempre instrumentales, vale decir , su objeto fundamental es servir al derecho de defensa y en la disyuntiva de cercernarlo o facilitarlo, ha de prevalecer la interpretación amplia , no restrictiva “

En consonancia con este fallo, y con idéntico fundamentos, entiendo que los hechos no alegados deben ser admitidos siempre que no importe una variación de la acción. Si se reclama daños y perjuicios, va de suyo que no se podrá ampliar por incumplimiento contractual, pero si por algún rubro que por descuido o incluso desconocimiento no se alegó al demandar y que no importa variación de la acción.

Por lo tanto desde mi opinión, los hechos no alegados , importan una categoría de hechos diferentes a los hechos nuevos y por lo tanto en este caso se debe permitir su alegación.

Conclusión: La extensión de la base fáctica es un modo de ampliación de demanda, y es posible realizarlo aún luego de contestada la demanda , atento a que la propia norma, permite la ampliación de la demanda fundada en hechos no alegados en la misma, los que deben diferenciarse de los hechos nuevos. Va de suyo que el límite de la ampliación basado en estos hechos es la imposibilidad de transformar la acción.

18.9. Ampliación cuantitativa de la demanda:

Sobre la ampliación cuantitativa de la demanda, no existe controversia alguna: La misma puede resultar modificada con fundamento en nuevos vencimientos hasta los alegatos. Igualmente es factible que se morigeren los efectos de la misma.

18.10. Modificación de demanda por hechos nuevos o de nueva noticia: El artículo 203 del CPC dispone “ Si después de los escritos de demanda y contestación ocurriese algún hecho de influencia notoria en la decisión del pleito , o hubiera llegado a noticia de las partes alguno anterior de análoga importancia y del cual juren no haber tenido antes conocimiento , las partes podrán alegarlo dentro de los tres primeros días de la apertura a prueba , articulándolo por escrito”

La norma es clara : A diferencia de los hechos alegados, sobre sus condiciones de admisibilidad no se expide, en este caso para que la demanda pueda ser modificada o ampliada, es menester que el hecho que se invoca reúna ciertas condiciones:

- a) El hecho debe estar referido a la cuestión ventilada en juicio y resultar conducente a la resolución de la causa .
- b) El hecho debe ser anterior o posterior a la contestación de demanda. Si el hecho es anterior , se trata de hechos de nueva noticia, el actor debe

manifestar bajo juramento que no tuvo conocimiento de su acaecimiento y debe tener influencia notoria en el resultado del proceso. Si el hecho es posterior (hecho nuevo) basta que tenga influencia notoria en la resolución de la controversia.

c) El hecho nuevo debe ser alegado hasta los tres primeros días de la apertura a prueba , oportunidad en que precluye la oportunidad para alegarlo.

9.- Conclusión.

En el Código procesal de la Provincia de Córdoba, la demanda se puede modificar de la siguiente manera y en las siguientes oportunidades:

1) Transformación de la demanda:

a) La demanda puede variarse completamente antes de notificar la demanda.

b) la demanda puede variarse completamente antes que el demandado conteste demanda, siendo irrelevante la notificación o no de la misma.

2) Ampliación de la demanda:

a) La demanda puede ampliarse o morigerarse cuantitativamente sin restricción alguna luego de contestada la demanda, siempre que no importe un cambio de acción. Esta ampliación o morigeración puede realizarse hasta el llamamiento de autos.

b) La demanda puede ampliarse mediante la alegación de hechos no alegados hasta tres días después de abierta la causa a prueba. Entiendo que dentro de este concepto de ampliación , se comprende la rectificación de errores materiales.-

3) Modificación de la demanda por invocación de hechos nuevos: La demanda puede modificarse mediante la alegación de hechos nuevos.

CAPITULO 19: AMPLIACIÓN DE DEMANDA Y SU INCIDENCIA EN LOS EFECTOS PROCESALES Y SUSTANCIALES.-

19.1. Efectos procesales:

19.1.1. Acto de impulso procesal: Es sabido que el impulso procesal corresponde exclusivamente a las partes , dado que el sistema dispositivo es el que debe regir las relaciones entre los justiciables. Dado que se trata de derechos disponibles, las partes pueden impulsar o no el proceso. La única sanción en caso de omisión de impulso es la caducidad de la instancia. Si la parte realiza cualquier modificación de la demanda impulsa el proceso, interrumpiendo de esta manera la perención de instancia.

19.1.2. Vista y Traslado de la ampliación: De la modificación de demanda se le debe correr traslado a la contraria, por imperio de la garantía constitucional de defensa en juicio. El artículo 180 del CPCC dispone que la “Ampliación autorizada precedentemente no será sustanciada especialmente ...”. Entendemos que de toda ampliación se le debe correr traslado a la parte contraria, incluso si se tratara de meras ampliaciones cuantitativas. Sin embargo la norma es clara en cuanto dispone que la ampliación no se sustanciará especialmente y así lo ha receptado algunos decisorios de los tribunales de segunda instancia de la

provincia de Córdoba.¹²⁰. Entendemos que la norma es confusa y peligrosa, y que la ampliación debe ser sustanciada cualquiera sea la alteración realizada por la parte actora.

Entendemos que se debe notificar la modificación de la demanda, puesto que este escrito en apariencia inofensivo, puede contener una verdadera transformación de demanda, que provoque la indefensión de la parte demandada.

Incluso puede tratarse de alguna ampliación inadmisibles que únicamente será detectada por una intervención oportuna del demandado¹²¹.

Vista de la modificación: A los fines de evitar la indefensión del demandado el trámite de la modificación de la demanda deberá ser el siguiente: Una vez que la modificación de demanda se introduce en el proceso, se le debe correr vista de la misma al demandado a los fines que controle que la misma se ajusta a las formalidades legales pertinentes. El demandado se encuentra facultado para oponerse o para reconocer la validez formal de la modificación introducida.

¹²⁰ “Admisibilidad: Procesalmente es admisible la ampliación de la petición en cualquier estado de la causa y hasta la citación para la sentencia siempre y cuando no se varié la acción entablada. Para la ampliación referida no es necesaria sustanciación especial. Respondiendo a la misma causa las ampliaciones posteriores de demanda, no resultan suficientes las objeciones respecto a la falta de notificación de alguna de ellas o que no se decretó por parte del tribunal otra” (C4CC, 22-6-76, Sent. Nro. 57). Fallo citado en Mario Martínez Crespo, Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Córdoba, ley 8465, Editorial Advocatus, pag. 221.-

¹²¹ Si al interponer la demanda se mencionó un determinado porcentaje de incapacidad laboral, no puede ser ampliado por alegatos, (C. Trab. S. Fco. 21.10.80, JA 1981-II-846, Nro. 16).

Traslado de la modificación: Una vez firme el decreto que proveyó la ampliación de demanda, corresponde correrle traslado de la demanda a la contraria a los fines que se expida sobre el fondo de la modificación introducida.

Alternativa: Vista de la ampliación para se oponga o conteste la ampliación formulada: Otra alternativa a los fines de no dilatar el proceso con notificaciones innecesarias es el siguiente: Se le debe correr vista de la ampliación a la contraria. En este caso, al demandado debe seguir la siguiente conducta: Oponerse en caso de improcedencia, articulando el correspondiente recurso de reposición, o en caso que entienda que la ampliación procede, contestar la ampliación de demanda formulada. Lo plausible de esta solución es la celeridad, lo reprochable es la desigualdad ante la ley, puesto que mientras el actor o reconviniente que amplía su pretensión, goza de un buen tiempo para rectificar o ampliarla, al demandado, que gozó de un plazo de 10 días (CPCC) o 15 días (CPCN) para contestar demanda, ahora para contestar la ampliación, su plazo se acota a tres días. En este caso puede entenderse que se trata de una violación al derecho de defensa del demandado que se lo obliga a ejercer su derecho de defensa en un plazo limitado.-

19.1.3. Modifica el objeto del proceso fijando el nuevo thema decidendum: Una vez admitida y producida la modificación de demanda, el objeto litigioso se modifica y de esta manera se fija el nuevo tema de decisión. Cualquier modificación de la demanda debe ser tenida en cuenta por el juzgador por imperio del principio de congruencia.

19.1.4. Ofrecimiento de prueba: Si el hecho nuevo produce la modificación de demanda, aunque más no fuere la denominada extensión de la base fáctica, obviamente que se deberá permitir el ofrecimiento de prueba que permita acreditar lo modificado. En este caso,

se deberá permitir una ampliación del ofrecimiento probatorio con el único límite temporal del tercer día de apertura a prueba en el Código Procesal Cordobés. Una vez que transcurrió el tercer día de la apertura a prueba, no se podrá modificar la demanda ni ofrecer prueba¹²².

A los fines de evitar la alteración del fair play que debe regir entre las partes, en caso de proceso abreviado en el Código Procesal de Córdoba o Sumario en el Código Procesal de la Nación, la ampliación del ofrecimiento probatorio se deberá circunscribir a las cuestiones modificadas en el exordio de ampliación, puesto que de lo contrario se violaría incluso el principio de buena fe que debe regir las relaciones entre las partes.

La modificación de la demanda, si bien debe ser permitida en algunas oportunidades, no debe convertirse en una fuente de trampas tendidas por las partes para tratar de mejorar su posición probatoria, sino que debe ceñirse al espíritu de su permisión: Ejercer ampliamente el derecho de defensa.

19.2. Efectos sustanciales:

19.2.1. Interrupción de la prescripción: Respecto de la interrupción de la prescripción la modificación de demanda puede acarrear las siguientes consecuencias:

¹²² “Inadmisibilidad: La ampliación fundada en hechos no alegados en la demanda después de producida la prueba resulta improcedente, aunque formalmente haya sido admitida en el proceso su procedencia sustancial, es aspecto que debe ser considerado y decidido en la sentencia (C1CC, 13.3.79, Sent. Nro. 4, C3CC, 23-10.79, Sent. Nro. 102), citado en Martínez Crespo, Mario “Código Procesal Civil y Comercial” anotado, comentado, y concordado, Editorial Advocatus, pag. 220.-

1) En primer lugar, si se trata de transformación de demanda, el efecto interruptivo de la demanda que menciona el artículo 3986 del C.C. pierde todo su efecto , por lo tanto , la demanda transformada no se aprovecha de la interrupción provocada con la demanda anterior. En este aspecto el demandado debe estar atento al evacuar el traslado de la ampliación, oponiendo la correspondiente excepción de fondo de prescripción si correspondiere, dado que es la oportunidad procesal idónea.

2) Si se trata de una ampliación de la base fáctica, entendemos que si amplía un rubro no reclamado antes que venza el término de la prescripción, la modificación de la demanda no tendrá efecto interruptivo , y procederá la excepción de prescripción. Esto puede generar cierta perplejidad, pero lo cierto es que la acción debe interponerse antes que corra totalmente el curso de la prescripción. Si se interpone una acción luego de transcurrido el plazo de prescripción, resultará procedente la excepción de prescripción. A guisa de ejemplo, si al ampliar la demanda de un cobro de alquileres, se introduce un período locativo que no fue reclamado oportunamente, y que luego de la demanda, corrió íntegramente el plazo de prescripción en este caso , resultará procedente la excepción de prescripción. La modificación de demanda no debe ser un instrumento utilizado por el actor para introducir cuestiones prescriptas en el proceso civil, por lo tanto , compete al demandado el contralor de las cuestiones ampliadas a los efectos de impedir el ingreso al proceso de cuestiones prescriptas. En este caso, al evacuar el traslado que le fuere corrido, el demandado debe oponerse a la ampliación interponiendo la correspondiente excepción de prescripción.

CAPITULO 20: HECHOS NUEVOS O DE NUEVA NOTICIA EN EL PROCESO CIVIL Y SU RELACIÓN CON LA TRANSFORMACIÓN, MODIFICACION O AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA:

20.1. Hechos nuevos y su influencia en la litis: Luego de analizar la procedencia e improcedencia de la transformación , modificación o ampliación de demanda, resta aún el análisis de los hechos nuevos en el proceso civil y su incidencia en la variación de la litis.

Entendemos que “El hecho nuevo es un acontecimiento que llega a conocimiento de las partes después de trabada la relación procesal y que debe hallarse encuadrado en los términos de la “causa” y “objeto” de la pretensión deducida en el proceso – para el actor luego de la presentación o notificación de la demanda, para el demandado luego de su contestación-, sea aquel posterior o anterior pero de conocimiento posterior a las oportunidades indicadas”¹²³.

Siguiendo a pie juntillas a Alsina , seguidamente se precisa el hecho nuevo asignándole los siguientes caracteres: 1) “Hecho” es todo acontecimiento , dato o circunstancia que tenga trascendencia jurídica y en consecuencia , comprende no sólo lo que se designan con el nombre específico de “hechos jurídicos”(constitutivos , impeditivos, modificativos o transformativos y extintivos) sino también los hechos simples o “motivos” que sirven para demostrar la existencia de aquellos. 2) Deben tener relación con la cuestión que se ventila. Desde luego no basta una relación remota , sino que puedan influir en la decisión, porque los hechos intrascendentes introducirían una perturbación inútil en el procedimiento. Pero es suficiente una influencia , aunque sea accidental, ya que su importancia será apreciada recién en la sentencia, pues el Juez no estará en condiciones de establecerla a esa altura de la instancia. 3) No deben importar una variación de la litis por la alteración de alguno de sus elementos (sujetos, objeto y causa) no varía la litis por la invocación de

¹²³ Kielmanovich, Jorge L. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Editorial Lexis Nexis, Tomo II, pag. 365.-

un hecho que consolide , modifique o extinga el derecho que fundamente la pretensión o la excepción. Tampoco varía por la deducción de un hecho tendiente a aclarar, confirmar, complementar o desvirtuar los que se hubieren expuesto en la demanda, y en la contestación; de ahí que el hecho no deje ser admisible porque sea análogo o tenga como antecedente otro hecho invocado en esas oportunidades , si ofrecen una variación de tiempo o lugar, pues la novedad no consiste en la independencia del hecho, desde que se requiere que tenga relación con la cuestión que se ventila, ni en el momento de su acaecimiento, sino en la oportunidad en que se alegue, es decir que no hubieran podido ser invocados en la demanda o en la contestación. Asimismo , no hay variación de la litis tratándose de un hecho comprendido en una causa invocada in genus, porque se trata de un motivo que integra su fundamentación. 4) Debe haber ocurrido con posterioridad a la contestación o siendo anterior, haber llegado recién entonces a conocimiento de la parte que lo invoca.”¹²⁴

Es dable destacar que el hecho nuevo es regulado de similar manera en los códigos procesales civiles de Córdoba y de la Nación. El artículo 203 del CPCC dispone: “ Si después de los escritos de demanda y contestación ocurriese algún hecho de influencia notoria en la decisión del pleito , o hubiera llegado a noticia de las partes alguno anterior de análoga importancia y del cual juren no haber tenido antes conocimiento , las partes podrán alegarlo dentro de los tres primeros días de la apertura a prueba , articulándolo por escrito”¹²⁵ mientras que el artículo 365 del

¹²⁴ Alsina Hugo: “Alegación de hechos nuevos en el proceso civil “ Revista de Derecho Procesal....

¹²⁵ “Se entiende por hecho nuevo toda acontecimiento que hubiere sucedido con posterioridad a la traba de la litis y que tena vinculación directa con la pretensión deducida. Vale decir debe constituir un fundamento más de la cuestión jurídica esgrimida y por ende debe contribuir a fortalecer la plataforma fáctica de la

CPCN dispone que “Cuando con posterioridad a la contestación de demanda o reconvención , ocurriese o llegase a conocimiento de las partes algún hecho que tuviese relación con la cuestión que se ventila, podrán alegarlo hasta cinco días después de notificada la notificada la audiencia prevista en el art 360 del presente Código, acompañando la prueba documental y ofreciendo las demás de las que intenten valerse

Del escrito en que se alegue , si lo considerare pertinente, se dará traslado a la otra parte, quien dentro del plazo para contestarlo, podrá también alegar otros hechos en contraposición a los nuevos alegados.

El juez decidirá en la audiencia del art. 360 la admisión o el rechazo de los hechos nuevos”

El hecho nuevo es parte integrante de la demanda, razón por la cual se ha señalado que “La alegación del hecho nuevo debe revestir las mismas características de claridad exigidas para la demanda, por ser parte integrativa de ella”¹²⁶. Por lo tanto el hecho debe ser expuesto claramente, conjuntamente con el derecho invocado (sin perjuicio de la aplicación por parte del magistrado del principio *lura novit curiae*) y la petición realizada en términos claros y precisos.

Ferreira de De La Rúa y Gonzalez de La Vega Opl se preguntan lo siguiente “Que sucedería si el hecho nuevo se esboza confusamente?, ¿Será posible argüir en su planteamiento? Estimamos que en este supuesto dada la oportunidad en que se formaliza no puede asignarse el trámite especial conferido por la ley para el defecto legal ; por lo tanto

pretensión.” Angelina Ferreira de De la Rúa- Cristina Gonzalez de la Vega de OPL, Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, Ley 8465. Tomo II, Editorial LA LEY, Pag. 383.-

¹²⁶ Angelina Ferreira de De la Rúa- Cristina Gonzalez de la Vega de OPL, Ob. Citada, pag. 383.-

deberá resolverse en la sentencia como una cuestión previa ¹²⁷

Entendemos que el trámite es el siguiente: Articulado el hecho nuevo o hechos nuevos conjunta o en diferentes oportunidades pero siempre antes de los tres días de apertura a prueba ¹²⁸, el primer efecto que trae aparejado la invocación del hecho nuevo es la suspensión del plazo probatorio ¹²⁹. Luego de esta suspensión, deberá correrse traslado a la contraria por el término de ley, quien deberá contestarlo, bajo apercibimiento ¹³⁰.

¹²⁷ Ferreyra de La Rúa- Gonzalez de la Vega de Opl, Ob. Citada , pag. 383.-

¹²⁸ “Tampoco exige el artículo que, de ser varios los hechos, su alegación se haga a un mismo tiempo, y en un solo escrito, como lo establece el art. 87 para las excepciones dilatorias, de modo que podrán ser deducidas en escritos sucesivos , pero siempre dentro del mismo término de tres días “ Alsina Hugo, “Alegación de hechos nuevos” , Revista de Derecho Procesal,..... pag. 43.-

¹²⁹ “La suspensión del plazo de prueba que el 2do. Párr. del art. 365 del Código Procesal (Adla, XXVII-C-2649) establece “Tiene lugar desde la alegación del hecho nuevo, aunque no se contrapongan otros” Y el fundamento de la norma es evidente; concentrar en un mismo ofrecimiento todas las pruebas, las principales y las nuevas “ (CNCIV. Sala B, Noviembre 17-980, J. A. R. c. N.R. B. , ED, 90-206)

¹³⁰ “El traslado tiene por objeto , en primer término , que la parte contraria confiese o niegue el hecho invocado, debiendo hacerlo categóricamente , porque su silencio o respuestas evasivas podrán estimarse como un reconocimiento de la verdad del hecho invocado, conforme con lo dispuesto en el artículo 100 del Código de Procedimientos desde que el hecho nuevo es una afirmación que se hace con los mismos efectos que los aducidos en la demanda. El reconocimiento evitará la prueba del hecho, así como la negativa impondrá la necesidad de justificarlo” Alsina, Hugo: “Alegación de hechos nuevos,” Revista de Derecho Procesal, pag. 43 .-

Si la alegación del hecho, importa un libelo oscuro, al demandado se le debe permitir una suerte de excepción de defecto legal, puesto que afecta su derecho de defensa en juicio. Si esto no se le permitiese al demandado, el traslado corrido en aras de asegurar el derecho de defensa será una suerte de parodia de dicha garantía constitucional. Sostengo que deberá oponer el demandado una suerte de excepción de defecto legal, razón por la cual, deberá resolverlo el Tribunal antes de continuar con la apertura a prueba, puesto que es factible que este hecho nuevo resulte en definitiva una ampliación o modificación de demanda.

Va de suyo que “Alegar un hecho nuevo significa incorporar al proceso nuevos datos fácticos que , sin alterar ninguno de los elementos constitutivos de la pretensión, tienden a confirmar , complementar o desvirtuar su causa..... “¹³¹ .

Por lo tanto “No corresponde hacer lugar al hecho nuevo denunciado si el mismo no guarda con el objeto de la litis el grado de relación requerido, siendo por lo demás su admisión una medida de excepción. Por otra parte en el caso los hechos denunciados como nuevos aparecen referidos a documentación cuya existencia no ha podido ser desconocida por la demandada al contestar la demanda y respecto de la cual no se ha dado cumplimiento con lo que dispone el art. 333, 2do. Apart. Del Código de Rito (ADLA, XXVIII- C- 2649)¹³²

En definitiva en ambos códigos procesales no es factible alegar hechos nuevos luego de transcurridos un determinado lapso desde la apertura a prueba.

¹³¹ CNCIV, Sala E. Junio 19-984, “G. A C. G. D. “ LL 1984- D, 649, DT, 984-4-108.-

¹³² CNCom. Sala A, Diciembre 9-980, “Saicha Jose D. C. Acería Bragado, S.A: “ L.L. 1981-B-421.-

20.2. Hechos nuevos e impugnación del demandado: El demandado puede asumir las siguientes conductas:

Oponerse a la admisión del hecho nuevo, con fundamento en la extemporaneidad de la presentación del mismo, o por su desvinculación total con la litis, lo que lo convierte en impertinente. También puede oponerse en caso que el demandado haya omitido manifestar si el hecho alegado es posterior a la contestación o en el supuesto que fuera anterior, no ha manifestado que no lo conocía. Es dable destacar que si el hecho nuevo no reúne los requisitos que exige la norma, el propio juzgador debería declarar su inadmisibilidad, encontrándose facultado el que alega los hechos a oponer el correspondiente remedio procesal.

Si el hecho nuevo se encuentra desvinculado de la litis, o si vinculado, no fue alegado en tiempo y forma por el demandado o no es en realidad un hecho nuevo, el demandado puede oponerse , ofreciendo la prueba relativa a tales circunstancias.

Si el hecho ingresó al proceso, y resultó impugnado por la contraria, el Juez no resolverá la impugnación hasta la sentencia, puesto que en la acreditación del mismo, puede surgir que se trata de un hecho que difiere del anterior o surgir que el aportante del hecho nuevo, debió conocer su existencia. En este caso, el juzgador deberá declararlo inadmisibile.-

Nos preguntamos que ocurriría con un hecho, alegado como nuevo en su introducción, se acreditara que el que lo introdujo debió conocer su existencia. A esta hipótesis le agregamos que se trata de un hecho de vital importancia en la resolución del pleito. En este caso, entendemos que el Tribunal deberá rechazar la solicitud de admisión del hecho nuevo , puesto que deberá respetar la legislación vigente. De lo contrario volvería a incurrir en la modificación de las reglas de juego.

20.3. Alegación de hechos nuevos por la contraria.

Al evacuar el traslado de los hechos nuevos alegados por una de las partes, la contraria se encuentra facultada para alegar otros hechos, siempre y cuando tengan como único objeto , desvirtuar los aducidos por su contraria. La oportunidad de alegar otros hechos al evacuar el traslado, se reduce a hechos que confronten con los hechos nuevos alegados por el contradictor, puesto que de lo contrario se convertiría en una suerte de etapa de aportación de hechos por las partes, inadmisibles con el esquema preclusivo que debe reinar en el sistema procesal dispositivo , con respeto por el derecho de defensa de las partes.

En caso que la contraria alegare otros hechos, que no resultaren nuevos ni enderezados a desvirtuar los alegados por la parte, el Juez deberá declararlo inadmisibles

La norma indica que el Juez deberá no tenerlo en cuenta en la sentencia, pero insistimos que en este caso, se le dificultará al magistrado rechazar el hecho alegado , pronunciándose por la introducción del hecho alegado.

El término probatorio se suspende al introducir el hecho nuevo , y su procedencia o improcedencia en caso de controversia queda enlazado con lo confirmado en la etapa probatoria.

4.- Clasificación de los hechos nuevos:

Los hechos nuevos son susceptibles de ser clasificados de la siguiente manera:

a) Hechos nuevos: Son aquellos hechos que revistan notoria trascendencia en la resolución del pleito y que hubiesen acaecido con

posterioridad a la interposición y notificación de la demanda y contestación de la misma y reconvención. Si bien estos hechos nacen con posterioridad a la delimitación del objeto del proceso, deben ser admitidos dada su notoria y decisiva relevancia en la dilucidación de la causa que se ventila en el Tribunal.

20.4. Hechos de nueva noticia: Los hechos de nueva noticia son aquellos hechos relacionado con la cuestión que se dilucida en el tribunal, que habiendo ocurrido con anterioridad a la presentación de demanda y contestación, llegan a conocimiento de cualquiera de las partes con posterioridad a la interposición de demanda o de su contestación.

5.- Requisitos de los hechos nuevos o de nueva noticia:

Tanto en los hechos nuevos o de nueva noticia, es condición de admisibilidad de los mismos, su novedad y relevancia.

Respecto de su novedad, el hecho nuevo va de suyo que es novedoso, en el hecho de nueva noticia lo novedoso es el conocimiento de las partes. Respecto del conocimiento de las partes se debe destacar que en todos los códigos procesales quienes introducen los hechos nuevos deben declarar bajo juramento que no fueron conocidos con anterioridad.

Respecto de su relevancia, se trata de hechos nuevos que tienen notoria influencia en el resultado del proceso. Entendemos que la circunstancia que estos hechos nuevos tengan notoria influencia en el resultado del proceso no los equipara en absoluto a los “hechos notorios” . Raquel Castillejo Manzanares pareciera que equipara la notoria influencia con el hecho notorio puesto que al comentar la LEC dice que a “A diferencia de la LEC de 1881, en su artículo 563 , en la que se exigía que la influencia

fuera “notoria” , la nueva ley no incluye este adjetivo, por lo que parece que no es necesario que la relevancia o importancia del hecho tenga que resultar directamente del propio hecho, siendo suficiente con que la parte que lo aporte lo reseñe a través de sus argumentaciones “¹³³. Decimos que la referida autora exige que el hecho nuevo, sea notorio y no de influencia notoria, dado que cita a STEINF ” quien define los hechos notorios como aquellos tan generalizadamente percibidos o divulgados sin refutación con una generalidad tal que un hombre razonable y con experiencia de la vida pueda declararse tan convencido de ello como el juez en el proceso en base a la práctica de la prueba. .. Sigue diciendo la referida autora “También se refiere a ellos Chiovenda , J. principios de Derecho Procesal Cit. Pag. 195, diciendo que el concepto de notoriedad es muy indeterminado, pero puede limitarse así, estimándose ante todo hecho notorio los que son considerados como ciertos e indiscutibles por el conocimiento humano general, ya pertenezcan a la historia, ya a las leyes naturales, ya los hechos sociales y políticos que interesen la vida pública actual; se habla también de notoriedad más restringida, esto es, de los hechos que son comúnmente conocidos en un determinado lugar, de modo que cualquier persona que resida en él se halla en condición de saberlos”¹³⁴

Entiendo que la ley no se refiere a los hechos notorios en sí, sino aquellos que tienen notoria influencia en el resultado del proceso, que es algo totalmente diferente. En un proceso judicial en el cual se discuta la simulación de un acto jurídico, el documento que acredite la existencia de la misma, no es en absoluto un hecho notorio, sino un hecho de notoria influencia en el proceso, pero no tratándose de hecho notorio, requiere ser confirmado en la etapa procesal respectiva.

¹³³ Raquel Castillejo Manzanares, Ob. Citada: Pag. 68.

¹³⁴ Raquel Castillejo Manzanares, Ob. Citada , pag. 68.

20.5. Alegación de hechos nuevos en segunda instancia . Alegación de hechos nuevos en el Código Procesal de Córdoba:

El artículo 375 regula lo relativo a la introducción de hechos nuevos en segunda instancia. El dispositivo legal citado dispone : “Prueba en la alzada: La prueba en la alzada se regirá por las siguientes reglas:

Oportunidad: las partes podrán ofrecer prueba en los escritos de expresión y contestación de agravios, sin perjuicio de lo dispuesto para las prueba confesional y documental.

Procedencia: Tal ofrecimiento será procedente en los siguientes casos:

Si por motivos no imputables al oferente no se hubiese practicado en primera instancia la prueba por el ofrecida.

Si se alegare algún hecho nuevo conducente al pleito, ignorado antes o posterior al plazo de prueba en primera instancia

Cuando en juicio abreviado o ejecutivo se hubiere denegado indebidamente la apertura a prueba o alguna medida de prueba , sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores para el primero..

Procedimiento:

Si el oferente fuere el apelante, el apelado podrá expedirse sobre el pedido y ofrecer prueba en la contestación de agravios. En el caso inverso , se correrá traslado por seis días al apelante a los mismo fines.

Cumplidos los trámites anteriores, se admitirá o rechazará la prueba.

No será admitida cuando los hechos o la clase de prueba de que se trate , fueren notoriamente impertinentes o inconducentes.

Si la prueba se admite, el plazo para su producción será de veinte días, salvo en el caso del inc. 2 c) que será el correspondiente a ese juicio.....”

Pues bien, en primer lugar obsérvese que la formula relativa al hecho nuevo es diferente a la prevista en el artículo 203 del CPCC. En este caso se trata de “hecho conducente al pleito” y no de hechos que tuvieren una notoria influencia en el proceso. En este sentido “No debe creerse sin embargo que hubiere habido la intención de variar en la segunda instancia los caracteres que identifican el hecho nuevo en la primera , como lo demuestra la circunstancia de que las mismas expresiones se usan en la ley de enjuiciamiento civil española de 1855 (Arts. 260 y 869) , sin que sus comentadores le atribuyeran ninguna trascendencia , lo que por otra parte no se justificaría”¹³⁵ .

Coincidimos plenamente con el razonamiento de Hugo Alsina y pareciera que se trata de la copia de la formula de la ley de enjuiciamiento civil española de 1855, copia que se consume en primer lugar en el CPCN y luego se repite en el código procesal de Córdoba.

Obsérvese que esta norma permite la introducción de hechos nuevos incluso vencido el término previsto por el artículo 203 del CPCC y de esta manera pareciera que el proceso puede sufrir modificaciones de la base fáctica hasta después de vencido el término probatorio e incluso luego de dictada la sentencia de primera instancia¹³⁶ .

¹³⁵ Alsina Hugo: Alegación de hechos nuevos, Revista de Derecho procesal, pag. 46.-

¹³⁶ En la LEC sucede algo similar, “Así pues, se podrán alegar hechos nuevos o de nueva noticia en la apelación cuando no se hubieran podido hacer en la

Del hecho nuevo se le corre traslado a la contraria, la que deberá oponerse en el término de diez días si se la introduce al expresar agravios. Es cierto que la norma dispone que el hecho nuevo se debe introducir en la alzada ¹³⁷, pero veremos ut infra, que el hecho nuevo puede interponerse hasta que quede firme el llamamiento de autos para definitiva.

Al hecho nuevo introducido en la alzada le resultan aplicables las reglas previstas al hecho nuevo tratado en el artículo 203 del CPCC, ya que tal como dijimos más arriba, la diferente redacción de los supuestos no

instancia por haber dado comienzo el plazo para dictar sentencia , precluyendo en ese momento la posibilidad de introducir esos hechos si no es a través del recurso de apelación.Por tanto ocurridos estos durante la sustanciación de la primera instancia, terminado el juicio pero sin haber dictado sentencia o tras la sentencia, cabe la alegación de los hechos nuevos o de nueva noticia en sede de apelación, a través del escrito de interposición del recursos, en cuanto el artículo 458.1 impone al apelante que en el escrito de interposición exponga las alegaciones en que base la impugnación y por su parte, el 460.2.3. designa dicho escrito como el adecuado para poder pedir la práctica de las pruebas que se refieran a hechos ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la primera instancia o antes de dicho término siempre que, en este último caso, la parte justifique que ha tenido conocimiento de ellos con posterioridad” Raquel Castillejo Manzanares, “Hechos nuevos o de nueva noticia en le proceso en el proceso civil de la IEC , Editorial Tirant Monografías, pag. 136. año 2006.

¹³⁷ “A título excepcional , se admite en la alzada la posibilidad de alegar hechos nuevos ocurridos o conocidos con posterioridad a los cinco días de notificada la providencia de apertura a prueba (CN CIVL, Sala A , Octubre 4-991) ED 145-241.-

importa por consiguiente un tratamiento diferente de ambos supuestos¹³⁸.

La norma de marras también supone la apertura a prueba acerca de los hechos nuevos alegados, la que tramitará en un término de 20 días

CAPITULO 21: IDENTIFICACION DE PRETENSIONES Y MODIFICACIÓN DE DEMANDA:

21.1. Concepto y relación:

A lo largo de este trabajo, hemos sostenido que se debe admitir la modificación de demanda en las condiciones descriptas en cada caso particular.

En relación a la modificación de demanda realizada luego de contestada la misma por la demandada, las facultades de enmienda o modificación se aminoran, hasta casi desaparecer con posterioridad a la apertura a prueba de la causa.

El requisito común a cualquier modificación posterior a la contestación de demanda es el que surge del artículo 179 del Código Procesal Civil de la Provincia de Córdoba, en la cual se admite ampliación o moderación de la demanda, siempre que no importe una variación de la acción.

¹³⁸ “ El acogimiento del hecho nuevo es de carácter restrictivo y para su procedencia es necesaria una relación directa con las cuestiones planteadas en autos, en los términos del art. 365 del Cód. Procesal. Pero el plazo fijado en el párr. 1 de este artículo es autónomo con relación al fijado para la expresión de agravios, corriendo ambos simultáneamente , de modo que la petición del replanteo debe formularse dentro del quinto día de notificada la providencia que ordena sea puesto en la oficina el expediente que llega a la Cámara (CNCOM. Sala B, Abril 22-9991) ED. 147-482.-

A los fines de evitar que mediante una modificación de demanda, se varíe la acción describiremos seguidamente la teoría de la identificación de las pretensiones que permite comprobar si la modificación articulada importó una variación inadmisibles de la acción.

El concepto de la teoría de la identificación de las pretensiones es el siguiente: “..Es un principio derivado del derecho romano que toda acción se extingue con su ejercicio , del que se deducen estas reglas fundamentales: 1ª) Que no pueden existir simultáneamente dos procesos fundados en una misma acción 2da) Que no pueden tener dos lugar dos decisiones distintas respecto de una misma acción. Para hacerlo efectivo , se autoriza en el primer caso la excepción de litis pendencia , en razón de que la acción propuesta está ya juzgándose en otro proceso; en el segundo procede la excepción de cosa juzgada, porque la acción que se intenta ha sido materia de un pronunciamiento judicial en un proceso anterior....Por consiguiente interesa determinar cuando la acción deducida en una demanda ha sido anteriormente objeto de una sentencia o está en trance de serlo, ello se obtiene mediante la identificación de la acción, que es el procedimiento por el cual, confrontada una acción con otra resultan iguales o diferentes. Pero no es sólo con relación a la cosa juzgada y a la litis pendencia que la identificación tiene importancia, sino también con otras instituciones del proceso: Así , el actor no puede variar su demanda ni el demandada sus defensas después de trabada la relación procesal...”¹³⁹.

Es sabido que dos pretensiones se consideran idénticas cuando coinciden sus tres elementos , el elemento subjetivo (Eadem personae), el objeto (Eadem res) y por último la causa (Eadem causa petendi). En el tema que nos ocupa, nos interesa determinar en que supuestos la modificación de

¹³⁹ Alsina Hugo : Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, Editorial Ediar Soc. Anon. Editores, 1956, Tomo 1, pag. 374.-

demanda, importa adquirir el status de nueva demanda. En caso de nueva demanda o variación la acción, se debe confrontar la acción inicial con la modificación. Si de dicho contraste surge que se trata de una variación de la acción, a cualquier modificación posterior a la contestación de la demanda, debe ser rechazada mediante la inadmisión del juzgador, o en su caso mediante la oposición del demandado, vía impugnación. Seguidamente veremos si esta teoría nos brinda ayuda y se puede detectar la demanda modificada o si la misma nos brinda una ayuda sólo relativa.

Identidad de sujetos: En este trabajo nos hemos concentrado exclusivamente en la modificación del elemento objetivo de la demanda, haciendo caso omiso de la ampliación o modificación del elemento subjetivo, que será objeto de un ulterior trabajo.

Identidad de objeto: A los fines de analizar la identidad del objeto, es menester contrastar el bien que se pretende tanto en la demanda como en la modificación.

A guisa de ejemplo, en las acciones de condena si lo que se reclama es una obligación de dar sumas de dinero, la circunstancia que este varíe no alcanza a modificar la acción puesto que se trata de la misma, variando exclusivamente la cantidad.

A los fines de identificar el objeto en la demanda, bastará con indagar el contenido de la misma. Si lo que se demanda son los daños sufridos en un accidente de tránsito, la circunstancia que en la modificación de la demanda, se reclame un rubro no exigido del mismo daño, o los intereses que deben devengarse, no importa en absoluto la variación del objeto de la demanda.

Sostiene Alsina que "la dificultad se presenta cuando se trata de saber si una cosa que se pide está implícitamente comprendida en otra que ha

sido ya negada. Un bien puede estar , respecto de otro, en una situación de más o de menos y como regla general, para apreciar la situación de hecho se dice que : “La parte esta comprendida en el todo y que el todo no esta comprendido en la parte”. Ciertamente si se ha rechazado la demanda de reivindicación de una casa, no puede luego reivindicarse el terreno o los materiales...”¹⁴⁰

Recordemos que Hugo Alsina centra su estudio en la cosa juzgada o la litis pendencia, y que nuestro trabajo versa sobre la modificación de la demanda. En el caso de cosa juzgada o litis pendencia, va de suyo que cualquier identidad entre ambas acciones , hará procedentes sendas excepciones. En el tema que nos ocupa, lo esencial es que exista identidad entre lo demandado y la modificación introducida. Sin esta identidad de objeto , la modificación de demanda no prosperará y será rechazada por decisión del propio juzgador o por impugnación del demandado sorprendido con una nueva acción.

El ejemplo de Alsina es válido para nuestro tema: Si se reclama la demolición de una tapia y por ejemplo un aljibe construida en un terreno propio, con fundamento en lo normado por el Código Civil, se puede ampliar demanda solicitando que se demuela un galpón construído en el mismo terreno. La acción prevista en el Código Civil no se modifica, simplemente se amplía el petitum.

Sostiene Alsina que “Ello demuestra la imposibilidad de establecer reglas precisas para determinar la identidad del objeto en estos casos, y que la solución habrá que buscarla con criterio lógico: No habrá identidad si el objeto de una acción puede concebirse independientemente del objeto de

¹⁴⁰ Alsina Hugo: Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, Editorial Ediar, Soc. Anon. Editores, 1956, Tomo 1 pag. 379.-

otra”¹⁴¹

El razonamiento del autor citado pareciera que es el siguiente: Si se interpone la demanda, una vez contestada la misma no puedo ampliarla si la acción puede concebirse independiente del objeto inicialmente demandado, puesto que en este caso se lo puede perseguir mediante otro proceso judicial.

Esta teoría es una herramienta que cuentan los sujetos procesales, para evitar modificaciones indebidas de la demanda, lo que se logra mediante la confrontación de las pretensiones: Si la pretensión inicial como la modificación suponen diferentes acciones, va de suyo que la modificación será rechazada, si esta se intentará luego de contestada la demanda.

CAPITULO 22: JUSTIFICACIÓN DEL SISTEMA FLEXIBLE DE MODIFICACION DE DEMANDA: SOLUCIÓN ALTERNATIVA EN CASO DE RIGIDEZ DEL SISTEMA.

22.1. Solución alternativa en supuesto de rigidez sistémica:

En el presente trabajo se sostiene que el sistema flexible de modificación de demanda es un modo económico de conducir el proceso hacia una solución justa, respetando el contradictorio, y la garantía constitucional de igualdad ante la ley. No se nos oculta que la doctrina mayoritaria entiende que la flexibilidad del sistema conspira contra la celeridad y economía del proceso, constituyendo un severo escollo contra la seguridad jurídica.

En este apartado , trataremos de comprobar que en la legislación procesal argentina que sigue en su mayoría el SRMD, es posible neutralizar sus efectos mediante la utilización de otras normas del propio cuerpo legal.

¹⁴¹ Alsina Hugo: Ob. Citada, tomo I pag, 380.-

Lo que se sostiene es lo siguiente:

Supongamos que se adhiere un SRMD, y que por lo tanto una vez notificada la demanda se entienda precluída toda posibilidad de transformar e incluso de modificar la demanda.

De acuerdo a lo analizado en el presente trabajo, en el Código procesal civil y comercial de la Nación, la modificación de demanda es virtualmente imposible. También concluimos que el sistema del Código Procesal de la Provincia de Córdoba, es sustancialmente más flexible.

A los fines de justificar la procedencia de este SFMD, acudiremos a los siguientes casos, cuya respuesta trataremos de dilucidar:

Los casos son los siguientes:

a) Se demandaron los daños sufridos en un accidente de tránsito y no se reclamó entre otros daños, el daño moral. ¿Si la actora intentó la modificación de demanda y se la inadmitió con base en que se trata de la modificación del objeto litigioso, puede interponer una acción independiente reclamando el rubro omitido ?.

En este caso se deben tener en cuenta las siguientes circunstancias: Si se permite la modificación, no existe inconveniente alguno.

Si se rechazó la modificación por entender el juzgador que se trataba de una modificación inadmisibles del objeto litigioso que viola el derecho de defensa del demandado, va de suyo que no existirá inconveniente en interponer otra demanda con los mismos sujetos, la misma causa y diferente objeto según el juzgador y el demandado. El objeto litigioso no puede ser diferente para su ampliación e idéntico para la interposición de una nueva demanda. Si se realiza un razonamiento coherente, si se rechazó la ampliación de demanda, en virtud que se entiende que se transformó la demanda, no se puede rechazar la interposición de la

demanda independiente , aduciéndose que se trata de un objeto idéntico al ya reclamado.

Por lo tanto concluyo lo siguiente: En el ejemplo propuesto, en el que se reclaman los daños sufridos por un accidente de tránsito, se omite demandar algún daño sufrido, la parte se encuentra en condiciones de reclamar el daño sufrido en un proceso independiente.

Una vez que la demanda se interpone con fundamento en los mismos hechos y la misma causa, pero en principio con diferente objeto, la parte actora, solicitará que se acumulen los autos al proceso donde se tramitó el proceso anterior.

Si la legislación argentina tuviera un precepto como el art. 400 de la LEC, que fuera analizado ut supra, se llegaría a la conclusión que efectivamente caducó su derecho, puesto que el reclamo hecho valer en un proceso judicial cierra toda posibilidad de efectuar un reclamo relacionado con el objeto del proceso cuya ampliación de demanda precluyó. (Arg. Art. 400 LEC) .

En la LEC, si el actor pretendiera idéntica conducta, el demandado se encontraría en condiciones de oponer al progreso de la acción la excepción de litis pendencia.

Entendemos que en la legislación procesal argentina, el tratamiento es diferente . En primer lugar no existe una norma similar al artículo 400 de la LEC y por lo tanto, en caso que no se admitiere la modificación de demanda, las partes podrían acudir a diversos mecanismos que permiten el reclamo de estos rubros sin desnaturalizar de ningún modo la legislación procesal vigente .

No se nos oculta que la utilización de estos mecanismos importan forzar

de alguna manera la ley procesal , pero teniendo en cuenta que no se encuentra prohibido, se encuentra permitido.

Retornemos al ejemplo que se utilizó a lo largo del presente trabajo: En una demanda de daños proveniente de un accidente de tránsito , el actor omitió reclamar diversos rubros. Si esta demanda se interpusiera en la ciudad autónoma de Buenos Aires donde rige el CPCN , es claro que al actor no se le admitirá modificación de demanda alguna fundado en estos rubros omitidos.

Nos preguntamos nuevamente: ¿En este caso puede intentar alguna solución el actor o habrá perdido irremediamente su derecho?.

La solución que propiciamos ante la rigidez del sistema no es la más ortodoxa pero entiendo que si bien a simple vista puede parecer hasta desopilante, veremos que no por heterodoxa , deja de resultar efectiva.

En el ejemplo traído a colación, a los fines de evitar la pérdida del derecho, se interpone una demanda con fundamento en la misma causa, los mismos sujetos, pero con alguna modificación en cuanto al objeto: Se reclamará lo residual que no se reclamó en el proceso anterior, y en el cual no se pudo ampliar demanda, por la rigidez del sistema del CPCN.

Va de suyo que esta solución procede en caso que no se hubiere dictado sentencia en el juicio en el cual se impidió la modificación de demanda. De esta manera, se podría acumular el proceso sin mayores inconvenientes.

Si por el contrario, se hubiese dictado sentencia, lo que quedó resuelto en la misma , hace efecto de cosa juzgada en este proceso judicial. Claro que aún así, si el actor venció en el proceso judicial, se acreditó el hecho y quedaron algunos rubros sin reclamar, podrá iniciar juicio nuevamente por el rubro no reclamado, siempre que no hubiese operado la

prescripción.

Es dable destacar que estas situaciones también pueden ocurrir en el ámbito del Código procesal Cordobés, pero de acuerdo a la interpretación que propiciamos en el presente trabajo, entendemos que los artículos 179 y 180 admiten la corrección de la demanda en estos supuestos, al menos hasta el tercer día de apertura a prueba. Luego de ello procede la interposición de otra demanda, con la consiguiente acumulación de autos.

Como corolario de lo dicho podemos concluir lo siguiente: Si ante la prohibición de alteración del objeto litigioso, las partes se encuentran facultadas para acudir a otra herramienta procesal y lograr impropiamente la alteración, evidentemente que la prohibición deja de tener sentido alguno. Si esta herramienta obliga a mayor desgaste jurisdiccional, con el consiguiente dispendio de tiempo y recursos, va de suyo que se deberá admitir un sistema flexible de modificación de demanda. De lo contrario se está impidiendo el ingreso de la modificación de la demanda por la puerta, pero logra colarse por la ventana, trayendo aparejado un cúmulo de actuaciones procesales inútiles.

Por tal razón, entendemos que si mediante el instituto de acumulación de acciones, se logra suplir la ausencia de permisión para modificar demanda luego de su notificación, la prohibición de modificación de demanda, propio de un sistema rígido deberá modificarse.

Seguidamente analizaremos el instituto de la acumulación de acciones como alternativa a un sistema rígido de modificación de demanda, convirtiéndose en definitiva en una suerte de modificación de demanda impropia.

2.- La acumulación de acciones como solución alternativa al sistema rígido: El Código procesal de la provincia de Córdoba dispone en su artículo 178 del CPCC lo siguiente: "Acumulación de acciones: El actor

podrá antes de ser contestada la demanda, acumular todas las acciones que tuviere contra el demandado, con tal que no se excluyan entre sí, que pertenezcan a una misma competencia y que deban sustanciarse por los mismos trámites”. Entendemos que esta norma establece una facultad del demandante: Acumular todas las acciones que tuviese contra el demandado. Obsérvese que la norma indica “Podrá” como una facultad del demandado y no una obligación como lo dispone la LEC, que es coherente con la solución prevista en su artículo 400.

Pues bien, si en la legislación vigente no surge la imposición de una sanción para el supuesto caso que no se acumulen todas las acciones en un proceso y dado que todo lo que no está prohibido está permitido (Argumento artículo 19 de la constitución nacional), el actor que omitió acumular todas las acciones que tuviere contra el demandado, puede introducirla sin ningún inconveniente en otro proceso judicial.

Seguidamente analizaremos la acumulación de acciones y su importancia como solución alternativa al sistema rígido:

Proceso acumulativo: El proceso civil puede iniciarse y constituirse por una pretensión o por más de una pretensión. Se los denomina proceso acumulativo o por acumulación de acciones.

El proceso acumulativo es utilizado para satisfacer dos o más pretensiones, y justifica el mismo dos fundamentos : “Uno atiende a la reducción de tiempo, esfuerzo y dinero que comporta el tratamiento conjunto de dos o más pretensiones , que de otro modo, darían lugar a diferentes procesos; el otro tiene en mira la necesidad de evitar la posibilidad de pronunciamientos contradictorios a que puede conducir a la

sustanciación de pretensiones conexas en procesos distintos “¹⁴²

La acumulación originaria se produce cuando el actor en su demanda originariamente introduce todas las acciones que respeten los requisitos establecidos en la norma citada y de allí su denominación.

La acumulación sucesiva, se produce cuando las pretensiones son introducidas con posterioridad a la interposición de la demanda, debiendo distinguirse al acumulación por inserción de la acumulación por inserción¹⁴³.

Acumulación Originaria:

Acumulación sucesiva por inserción de pretensiones: Dentro de esta clase de acumulación de pretensiones, se encuentra la ampliación de demanda, que tratamos en el presente trabajo.

La acumulación por inserción puede ser introducida de parte del actor, del demandado o incluso de un tercero.

Cuando la pretensión es introducida por el actor, se trata de ampliación de demanda.

Cuando la pretensión es deducida por el demandado se trata de reconvencción, y por ultimo cuando es deducida por un tercero hablamos de intervención excluyente y tercería.

¹⁴² Palacio , Lino Enrique, ob. Cit. Pag. Tomo 1, pag. 445

¹⁴³ “La primera de dichas modalidades se opera cuando una nueva pretensión se incorpora , ex novo, dentro de un proceso ya pendiente para la satisfacción de otra. La segunda tiene lugar cuando, existiendo diversas pretensiones que se han hecho valer en otros tantos procesos , estos se funden en uno solo” Palacio , Lino

La doctrina reitera que esta acumulación por inserción de pretensiones realizada por el actor, precluye con la notificación de la demanda¹⁴⁴. En el supuesto de acumulación por inserción de pretensiones realizadas por el demandado, precluye con la contestación de la demanda, que es el límite que tiene el actor para introducir la reconvención y hacer valer su pretensión.

Pues bien, en ambos casos observemos que en modo alguno los litigantes pierden sus derechos: El actor, pareciera que puede hacer valer su pretensión en otro proceso, al igual que el demandado, tal como surge del propio artículo 357 del CPCN que dispone que “No haciéndolo entonces no podrá el demandado deducirla después, salvo su derecho para hacer valer su pretensión en otro juicio”.

Lo que tratamos de dilucidar en el presente apartado son las siguientes cuestiones:

Redefinir pretensión: Nos preguntamos si cuando se habla de acción se refiere a diferentes acciones, o se refiere a diferentes aristas de una misma acción. Es decir, se puede acumular una acción de incumplimiento contractual con la correspondiente acción de daños y perjuicios. En este caso, va de suyo que si se omite interponer ambas acciones, si la omitida no se encuentra prescripta, obviamente se puede interponer otra acción en otro proceso judicial. Sobre esa cuestión no existen mayores perplejidades.

Enrique, Ob. Citada. Tomo I ,Pag. 444.

¹⁴⁴ “Esta hipótesis se configura cuando el actor , en lugar de acumular todas las pretensiones que tiene frente al demandado en la demanda inicial, lo hace en un momento procesal posterior. El límite para ello está dado , sin embargo por la notificación de la demanda (Art. 87 del CPN) cumplido este acto, el demandante pierde la facultad de proponer nuevas pretensiones dentro del mismo proceso”

La duda es la siguiente: Si en una demanda , por ejemplo, un accidente de tránsito, se omite reclamar el rubro pérdida de chance, y precluyó la oportunidad para ampliar demanda, nos preguntamos si ese derecho se perdió o aún queda la posibilidad de interponer otra demanda basada en el mismo hecho pero con otra causa de pedir.

Para ello será menester analizar la acumulación de procesos por reunión de pretensiones:

“Este tipo de acumulación se verifica a través de la unión material de dos o más procesos que , en razón de tener por objeto pretensiones conexos , no pueden ser sustanciados separadamente sin riesgo de conducir el pronunciamiento de decisiones contradictorias , e incluso de cumplimiento imposible por efecto de la cosa juzgada alcanzada por la sentencia dictada en cualquiera de ellos.... Aunque en estos casos se habla de acumulación de procesos debe tenerse en cuenta que en la base de ellos existe , en rigor , una pluralidad de pretensiones, las cuales al acumularse, determinan la unión material de los distintos procesos en los que aquéllas se hicieron valer” ¹⁴⁵;

El artículo 449 del CPCC dispone que “La acumulación es procedente :

- 1) Cuando la sentencia que haya de dictarse en el juicio pudiese producir efectos de cosa juzgada en otros.
- 2) Cuando hubiera sido posible la acumulación de acciones de los artículos 178 y 181.
- 3) Cuando por ser conexos los juicios, por el objeto o la causa de pedir o

Palacio, Lino Enrique, Ob. Citada, Tomo I, pag. 456.-

¹⁴⁵ Palacio Lino Enrique, Ob. Citada, Tomo I, pag. 459.

por ambos, pudieren dictarse sentencia contradictorias”¹⁴⁶

De la norma citada no surge claramente la solución: En una primera lectura del artículo 178 se intuye que el legislador trató sobre diferentes acciones. Entendemos que en ausencia de una norma similar al artículo 400 de la LEC , la parte se encuentra facultada para interponer una demanda fundada en los mismos hechos, entre las mismas partes , con un objeto distinto. De esta manera no quedaría atrapada en la red de la litispendencia. Se puede criticar esta solución aduciendo que interponer otra demanda, con fundamento en el mismo hecho , puede tratarse de un supuesto de litispendencia, o de un abuso del proceso. Entiendo que si la norma no lo prohíbe, implícitamente lo permite.

Una demanda planteada en estos términos se debe radicar ante el juzgado conexo donde se tramita el proceso, siempre que hubiera sido posible la acumulación de acciones en los términos de los artículos 178 y 181.

Cosa juzgada y acumulación de acciones: El artículo 448 del CPCC dispone que a los fines que resulte procedente la acumulación de autos es menester que en ninguna de las causas se haya dictado sentencia de primera instancia. Va de suyo que lo resuelto en dicho proceso no puede

¹⁴⁶ “La acumulación de autos supone la existencia de varios procesos originados en momentos distintos , que se tramitan independientemente, pero que por razones de vinculación jurídica , se reúnen para que sean decididos por un solo juez, con un mismo criterio , por la necesidad de evitar resoluciones contradictorias respecto de un mismo hecho o de una misma cuestión jurídica (C4CC, 15-8-80, Se, Jur. 22-12-80; C1C. 16-12-92, Sem. Jur. 1993-110) “El fundamento de estas disposiciones no está en el principio de la economía procesal, sino en la necesidad de evitar sentencias contradictorias sobre las mismas cuestiones de derecho articuladas por cada parte en ambos procesos (C8CC, 26.9.88, Sem. Jur. 17-11-88).-

discutirse en un proceso ulterior. Ahora bien, que sucede si en un proceso judicial se tuvo por acreditado el hecho y la procedencia de los rubros reclamados. Pero en dicha demanda, se omitió consignar un rubro , por ejemplo ,en caso de tratarse de un accidente de tránsito, el rubro perdida de chance.

En este caso, entiendo que sería una acción autónoma, y que no existe impedimento alguno para su admisión.

Es dable destacar que en todos estos supuestos nuestra posición es que los mismos, deberían introducirse mediante la vía de la modificación de la demanda.

Lo que se pretende demostrar es que cualquier rigidez sistemática puede ser evitada mediante la utilización de resortes previstos en nuestra propia ley procesal.

Ampliación impropia y excepción de litis pendencia:

“Mientras un proceso se encuentre en sustanciación , sin que exista sentencia irrecurrible e imperativa, se dice que se halla en estado de litispendencia, al cual se define como la “situación jurídica en que se encuentra una causa al estar sometida al juicio y resolución de los tribunales “ (Golschmidt, Derecho Procesal Civil, . 331, Prieto Castro , Derecho Procesal Civil , T. I, pag. 517) circunstancia que origina el impedimento procesal de litispendencia, mediante el cual se impide que se sustancie , simultánea o separadamente, otro proceso que se identifique o se vincule con el anterior pendiente”¹⁴⁷

Requisitos de la excepción de litis pendencia: Existiendo dos tipos de litispendencia, por identidad o por conexidad , los requisitos para que se configure la litis pendencia por una u otra razón son diferentes:

Litispendencia por identidad :

Sujetos: A los fines que resulte procedente la excepción de litispendencia los sujetos deben ser los mismos e intervenir en la misma calidad.

Objeto: La cosa demandada debe ser idéntica.

Identidad de causa: Las acciones se deben fundar en la misma e idéntica causa.

Litispendencia por conexidad: En este caso , la regla de las tres identidades puede no plasmarse en su totalidad.

Ampliación impropia y litispendencia: Entendemos que en el caso que analizamos en el presente, no resultaría procedente la excepción de litispendencia, puesto que el objeto y eventualmente la causa pueden resultar diferentes, ya que se reclama algún rubro que no se reclamó en el juicio inicial.

Si se admitiese la litispendencia por identidad, esta ampliación impropia, no habrá resultado exitosa, por cuanto el efecto de la excepción de la litispendencia es el archivo del iniciado con posterioridad.

Si se admitiese la excepción de litispendencia por conexidad, pese a la imposición de costas de la excepción el demandante habrá ampliado su demandad, puesto que se remite la causa al tribunal donde tramita el anterior proceso.

Conclusión de los “medios alternativos de modificación de demanda” Lo analizado pone de relieve que aún si aplicáramos estrictamente a rajatabla un sistema rígido de modificación de demanda, el obstáculo sería fácilmente sorteado mediante otros institutos del Código Procesal Civil, razón por la cual, entendemos que es más económico y más

¹⁴⁷ Carlo Carli: Ob. Citada pag. 188.-

eficiente permitir la modificación de la demanda en un solo proceso, que obligar a la parte a interponer otra demanda a los mismos fines.

CAPITULO 23: BILATERALIDAD Y EQUILIBRIO ENTRE LAS PARTES PROCESALES: ¿AMPLIACION DE CONTESTACIÓN POR PARTE DEL DEMANDADO?.

23.1. Concepto:

Esta claro que en el presente trabajo se proponen diversas oportunidades para que la parte actora rectifique su pretensión. También se sostuvo reiterativamente que no se debe quebrar la bilateralidad en el proceso, que se debe respetar el derecho de defensa de actor y demandado y que no debe infringirse la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

Pues bien, hasta aquí estos principios y garantías se han respetado tanto para el actor como para el demandado-reconviniendo. Nos hemos olvidado del demandado, quien luego de contestar la correspondiente demanda , queda sujeto a los hechos invocados en el escrito de responde. La pregunta es la siguiente: Se encuentra facultado el demandado para ampliar su escrito de opugnación luego de haber contestado la demanda, y si se encuentra facultado , en que términos?.

Adelantamos que tanto en el Código Procesal de Córdoba, como en el Código Procesal de la Nación, tal ampliación es inadmisibile, a tenor de lo que disponen sus normas de rito.

En la legislación argentina , encontramos una posible respuesta al interrogante planteado en el artículo 171 del Código Procesal de Mendoza que prescribe: “Modificaciones de la demanda y del responde. Mientras no se haya notificada al traslado de la demanda o de la reconvención, el actor o reconviniendo, según el caso, podrán modificarla o ampliarla...”

Hasta aquí no se observa ninguna diferencia con el CPCN , en cuanto a que adopta un SRMD. La sorpresa se advierte en lo que sigue del artículo que textualmente reza “ El demandado o reconvenido podrán modificar sus respuestas mientras no se haya dictado el acto de apertura a prueba o declaración de puro derecho o de fijación de audiencia de sustanciación, o se notifique la contestación a los efectos de la contraprueba si correspondiere”.

Este artículo encierra alguna contradicción en la doctrina procesal mendocina. En efecto esta norma fue modificada por la ley 2637 . La redacción anterior de la norma indicaba que la demanda podía ser modificada mientras no se haya “decretado el traslado de la demanda” . Va de suyo que era un criterio extremadamente rígido a la hora de modificar la demanda, que incluso superaba en rigidez al sistema del CPCN. Esta reforma ha sido criticada por algunos autores de esta provincia cuyana. Así se ha dicho que “Si la idea de agilizar el proceso , resulta valiosa la redacción original de Podetti , en la que solo había plazo para ampliar la demanda y la reconvención mientras no se haya decretado el traslado. Esto no es casual ni es que el codificador haya sido menos práctico que los autores de la reforma de la ley 2637, sino que responde a la concepción ius filosófica del maestro siempre presente , de instrumentar en el Código los mecanismos idóneos para agilizar el proceso.... Para graficar el efecto paralizante del proceso que produjo la reforma de la ley 2637 al artículo 171 con el cambio de la palabra “decretado” por “notificado” el traslado, veamos en un ejemplo práctico como puede llegar a demorarse el proceso con el actual sistema reformado del art. 171 , donde le actor puede interponer la demanda hoy, luego se decreta el traslado, no lo notifica, y puede esperar once meses- especulando que no se cumpla el plazo de un año de la caducidad de la instancia- después puede ampliar la demanda y finalmente notificar el traslado antes del año de decretado el traslado de la demanda. O sea, el

actor puede tener paralizado el proceso casi un año en el fuero civil ordinario...”¹⁴⁸ . Es decir, se critica la reforma en cuanto flexibiliza el sistema de modificación de demanda . La razón es que la demanda se encuentra paralizada por el término de casi un año. Pues bien, estimamos que la crítica no debe resultar procedente, por cuanto en el proceso civil, por imperio del principio dispositivo, las partes son quienes impulsan el proceso y por lo tanto , mientras no perima la instancia , es factible paralizar el proceso sin sanción alguna. Esto es reconocido por el autor antes citado ya que sostiene que “Sin embargo debemos reconocer que la escuela garantista del derecho procesal, que propugna el sistema dispositivo puro para el proceso civil, no estará de acuerdo con la concepción de Podetti y dirá que son las partes litigantes las que regularán la velocidad de los procedimientos conforme a sus intereses particulares” ¹⁴⁹ .

Pues bien, luego de criticar la flexibilización del sistema de modificación de demanda prevista por la ley 2637, la propia norma flexibiliza la modificación o ampliación del responde, sin que los mismos doctrinarios reprochen dilación alguna del trámite impreso en la legislación procesal.

De acuerdo a la letra de la ley, una vez contestada la demanda, no precluye la oportunidad para modificar su responde . En efecto, no precluye la oportunidad para modificar la contestación hasta que no se dicte el auto de apertura a prueba , o declaración de puro derecho o de fijación de audiencia de sustanciación o se notifique la contestación a los

¹⁴⁸ Código Procesal Civil de la Provincia de Mendoza, Comentado, anotado, y concordado con los Códigos procesales de la Nación, San Juan y San Luis. Horacio C. Gianella. Coordinador. Editorial La Ley, Tomo I, pag. 90.-

¹⁴⁹ Código Procesal Civil de la Provincia de Mendoza, comentado, anotado y concordada con los Códigos procesales de la Nación, San Juan y San Luis. Horacio C. Gianella. Coordinador. Editorial La Ley, Tomo I. pag. 90.-

efectos de la contraprueba si correspondiere. Pues bien, un demandado puede contestar de una manera antes del vencimiento del plazo para contestar, modificando totalmente su responde o ampliándolo hasta que se produzcan alguno de los citados actos procesales .

Entiendo que esta permisión debe tener sus límites y que los mismos lógicamente deberán ser similares a los fijados para la ampliación de demanda. Entiendo que si se admitió la comisión del hecho al contestar la demanda, luego al modificarla no puedo negar el mismo hecho, ya que por la teoría de los actos propios esta modificación no correspondería.

Claro que si bien la norma no lo dispone esta limitación surge de la aplicación del principio procesal de buena fe.

Más allá de algún ejemplo absurdo, compartimos la solución propiciada por este segmento de la norma procesal mendocina. Con el mismo fundamento empleado a los fines de rectificar la demanda, admitimos como probable la modificación y ampliación de la contestación, siempre que la contraria no pida el decaimiento o que no se plasmen los actos procesales aludidos ut supra.

En consecuencia propiciamos lo siguiente: Que el demandado luego de contestar demanda, pueda enmendar, ampliar o modificar su contestación siempre que no varié el espíritu de lo ya contestado. Deberá respetar al ampliar su responde el sentido impreso a la contestación inicial. Podrá alegar hechos no alegados en la contestación, siempre que se encuentren lógicamente vinculado con la contestación de la demanda.

Es dable destacar que resulta curioso que este tramo de la norma no haya sido criticada por la doctrina mendocina, que se aferra a la letra impresa en la legislación por el maestro Podetti a la hora de sostener un rígido sistema de modificación de demanda, mientras sostienen en su legislación un sistema flexible de modificación de “responde”.

Entendemos que si se propuso un SRMD, se debe mantener la misma rigidez a la hora de evaluar el responde. En este mismo sentido si se propone en este trabajo un sistema rígido de modificación de demanda, no es posible oponerse a la modificación del responde.

Concluyendo, en aras del equilibrio de las partes, proponemos que se admita modificación en la contestación, siempre que no importe un cambio en el espíritu de la misma, y con el limite temporal del tercer día de apertura a prueba.

También aclaramos que si la modificación del responde, importa la admisión de los hechos , se debe tener en cuenta como una especie de allanamiento a la pretensión y por lo tanto resultará válido.

Es cierto que esta flexibilidad que se propone puede llegar a dilatar el proceso. La cuestión es que dicha dilación puede ser enervada por la contraria si se encuentra atenta al proceso, solicitando inmediatamente después del vencimiento del plazo para contestar la demanda, la apertura a prueba, que es la preclusión para la modificación del responde.

Entendemos que más allá de la contradicción que surge de la norma mendocina, la segunda parte es compatible con un SFMD.

También sostengo que si bien nos parece una solución justa para el demandado , puesto que garantiza la igualdad ante la ley y no genera perjuicio en el actor, esta solución debe encontrarse legislada para que resulte procedente.

También entendemos que esta solución podría resultar aplicable en el proceso ordinario, pero podría ser reprochada su inclusión en el proceso abreviado dado el tramite del mismo . Se podría sostener que en este último proceso, el actor dentro del plazo de tres días de notificado de la contestación de demanda por parte del demandado, podrá ofrecer prueba

si el demandado invocó hechos nuevos. Si se admitiera esta suerte de ampliación de contestación , el actor se verá en la obligación de ofrecer nueva prueba, las veces que el demandado amplíe su responde, conspirando contra la celeridad procesal y la seguridad jurídica.

Esta crítica podría ser refutada con los siguientes argumentos: El demandado se encontraría facultado para ampliar su responde hasta que se plasmen alguno de los actos procesales aludidos ut supra. Una vez que se abrió a prueba la causa, terminaron las chances de ampliación de responde.

En los trabajos de doctrina mendocina no se advierten mayores comentarios sobre este tramo de la norma. Entendemos que es una cuestión que sería debatida en doctrina y estamos de acuerdo que la mayoría se opondría con argumentos similares a los de la prohibición de ampliación de demanda.

Esta ampliación de responde debería encontrarse legislado claramente y admitirse restrictivamente , enumerando taxativamente los supuestos de procedencia de esta ampliación de responde.

CAPITULO 24: EL JUEZ, LA MODIFICACIÓN DE DEMANDA Y EL IURA NOVIT CURIA:

El iura novit curia¹⁵⁰, como decíamos ut supra es la obligación que pesa

¹⁵⁰ Sostiene Gozaini que la traducción no es correcta, sino que “El juicio de la oración es curia (Tribunal, Corte, Juez) que es la forma de nominativo singular, femenino, primera declinación de curia , curiae. El verbo novit , que es la tercera personal del singular, del preterito perfecto (Con valor de presente, porque el verbo es incoativo) de nosco, noscis, noscere, novi, notum. La otra palabra es el complemento directo, acusativo del neutro ius, iuris, que en su forma ius es singular , y significa derecho y en su forma iura es plural y significa derechos (

sobre el juzgador de calificar la relación jurídica establecida entre las partes, aún en ausencia de invocación del derecho por las partes y también en caso de invocación errónea del derecho por las partes. Al parecer , su origen auténtico nace del fastidio de un Juez, quien cansado de la argumentación de uno de los abogados de las partes, interrumpió su exposición con la siguiente frase: “Venite ad factum, curia novit ius”, que significa que el abogado se circunscriba a los hechos, ya que la Corte conoce el derecho.

Claro que este principio se encuentra limitado por el principio o regla de congruencia y no puede modificar la pretensión esgrimida por las partes. En este sentido Gozaini afirma que “Se da así la vinculación entre la pretensión material y la procesal o dicho en otros términos , los hechos alegados y el derecho afirmado no pueden verse afectados por la aplicación del precepto iura novit curia, pues la facultad no puede ejercerse prescindiendo de los hechos procesales que determinan y fijan el estado y progreso del juicio ,que a la vez, consolidan los principios estructurales invocados.

De este modo , si con el discurrir de la prueba queda en evidencia una situación diferente de la que fuera alegada en la demanda y el derecho quedase fuera de foco de acuerdo con dicha alteración, corresponderá rechazar la demanda aplicando el derecho estricto que la causa merece. La contingencia se plantea cuando una persona motiva su demanda argumentando y fundando en los límites precisos que una determinada disposición legal le permite. Posteriormente la prueba se dirige a demostrar la relación causa –efecto entre los hechos sostenidos y el derecho afirmado. Finalmente lo que la sentencia no puede hacer es

Cfr. Sentís Melendo , Santiago, Iura Novit Curia , en Revista de derecho procesal 2da parte, Ediar, Buenos Aires , 1947,p. 209) “ Gozaini, Osvaldo Alfredo, Tratado de Derecho Procesal Civil Tomo IV, pag. 696, Editorial La Ley, año 2009.

escapar del encuadre predispuesto que, bajo la consigna de subsanar el error de iure , en realidad modifica el objeto natural de la demanda ¹⁵¹.

El limite del iura novit curia es el principio de congruencia . En el penúltimo Congreso Nacional de Derecho Procesal, realizado en la ciudad de Mar del Plata en Noviembre de 2007, uno de los temas que se trató fue justamente la flexibilización del principio de congruencia. Es decir, la flexibilización del limite del iura novit curia, lo que provocará más temprano que tarde el arbitrio judicial.

24.1. iura novit curia y flexibilización del principio de congruencia: Un ejemplo del iura novit curia ilimitado lo brinda el siguiente ejemplo: Se inicia una demanda de desalojo por falta de pago. Se contesta la demanda y se opone excepción de falta de acción puesto que jamás se suscribió un contrato. Se diligencia la prueba y el Juzgador advierte que el actor es el propietario del inmueble, y por lo tanto hace lugar al desalojo pero con fundamento en la precariedad de la tenencia. Este ejemplo, se ha plasmado reiteradamente en los Tribunales Cordobeses y se ha hecho lugar a la restitución del inmueble. Entiendo que es una aplicación abusiva del iura novit curia y que esta aplicación viola la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

A los fines de ilustrar otra patología del iura novit curia, traemos a colación un fallo dictado en el año 2006 por el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba: El motivo de la casación interpuesta fue relatado por el TSJ de la siguiente manera: La casacionsita esgrime que el decisorio atacado carece de fundamentación lógica y legal, orientando sus reproches-primordialmente – al rechazo de la excepción de prescripción dispuesta por el tribunal del grado. Al respecto , cuestiona la recalificación formulada por el Mérito por aplicación del principio iura novit curia, en función de la

¹⁵¹ Gozaini, Osvaldo Alfredo, Tratado de Derecho Procesal Civil , Tomo IV, Pag. 702, Editorial La Ley, año 2009.

cual, considerando a los pagarés en ejecución como simples documentos privados reconocidos (A rt. 517 CPCC) Aplicó el plazo decenal de prescripción previsto por los arts. 4023 del C. Civil y 846 del Código de Comercio, dejando de lado el trienal contemplado por el Decreto Ley 5965- 63. Por otro lado manifiesta que si bien el actor preparó la vía ejecutiva aludiendo a pagarés que estaban perjudicados para la procedencia de la acción cambiaria, cuando inició la demanda expresó que promovía la ejecución persiguiendo el cobro de dos pagarés librados a favor de DINA SRL y endosados por esta a su favor, basándose en el decreto ley 5965-63. De ello colige que el actor se ha sometido voluntaria y expresamente a una acción cambiaria, de donde- prosigue, citando jurisprudencia favorable- no cabe la utilización del brocardo iura novit curia , pues si bien está permitido al Juez en función del mismo modificar el nomen juris de la situación de hecho planteada en la demanda, le resulta absolutamente vedado alterar la situación de la misma, modificando sus elementos constitutivos al extremo de dar ingreso a una acción o excepción distinta. Destaca que en la primera oportunidad su parte opuso la excepción de prescripción. Afirma que, si la parte actora en su demanda expresó que venía a ejecutar dos pagarés, la doctrina de los actos propios impedía al Tribunal transformarlos en documentos quirografos. Además – continúa exponiendo- al estar prescripto el pagaré pierde su carácter cambiario y con ello todos los caracteres que son propios a su naturaleza jurídica. Eso hace – a su juicio- imposible que un pagaré prescripto pueda ser ejecutado por el sólo hecho de haber, el endosatario, preparado la vía ejecutiva. Sostiene que al dejar de ser título de crédito y transformarse en título común, la transición del mismo no pudo ser por endoso ni el ejecutante ha adquirido el derecho por la literalidad del documento, por lo tanto- esgrime – el actor endosatario no tiene legitimación para ejecutarlo en contra del librador. Adita que , si el reconocimiento de la firma significa reconocer la existencia de la promesa de pago , lo es sólo al beneficiario directo y nunca al endosatario , porque

el pagaré al prescribir pierde el carácter circulatorio que tiene mediante el cual se transmite por simple endoso. Concluye que, hacer renacer una obligación prescripta, por aplicación del principio iura novit curia, torna arbitrario al fallo por resultar violatorio de derechos y garantías constitucionales tales como el derecho de defensa y el de propiedad...”

Pues bien, el relato de los hechos es claro: El actor endosatario del beneficiario quebrado, prepara vía ejecutiva con pagarés prescriptos. El demandado opone excepción de prescripción, dado que el pagaré pierde su fuerza ejecutiva a los tres años. El juez hace lugar a la demanda, fundando su fallo en la recalificación de la relación jurídica, dejando de lado los hechos invocados por el actor, y modificando la pretensión: De una acción cambiaria con prescripción trienal, y regulada por el decreto ley 5965 /63, varió hacia una acción ordinaria común con prescripción decenal. La Cámara rechazó la excepción de prescripción, considerando que “La acción intentada debía encuadrarse en la ejecutiva común del inciso 1ro. Del art. 518 del CPCC brindando dos razones en respaldo de su temperamento: 1) Se sostuvo – citando los precedentes de esta Sala “Canalis” “Winner” y “Miatello”- que el tribunal oficiosamente podía recalificar iura novit curia la naturaleza de la acción ejercitada sin violar la congruencia, motivo por el cual aún cuando el actor haya promovido acción cambiaria (Inc. 3ro. Del art. 518 del CPC) El juzgador podía hacer lugar a la demanda calificando la acción como juicio ejecutivo común (Inc. 1ro. Art. 518) y 2d) Se añadió que más allá que en la demanda se haya reclamado el “Cobro de dos pagarés “ y se hayan invocado las normas de la “Ley cambiaria”, lo cierto es que previamente se había preparado la vía ejecutiva para habilitar la ejecución contemplada en el inciso 1ro. Art. 518 citado, es decir, como documento privado reconocido que contiene la existencia de una deuda dineraria líquida y exigible... Por tales razones el Mérito estimó que la prescripción, en este caso, no debía regirse por las disposiciones de la ley cambiaria, sino por el art. 846 del Código de Comercio (plazo ordinario de 10 años) o el art. 4023 del Código Civil (

También 10 años) , lo que derivó en el rechazo de la defensa opuesta..” Hasta aquí entendemos que se plasma un exceso en la aplicación del iura novit curia que ocurre por imperio de la flexibilización del principio de congruencia. Si este principio hubiese funcionado correctamente , se hubiera rechazado la demanda dado que el juez debe fallar de acuerdo a lo pretendido por las partes: Una interpuso una acción cambiaria y la otra interpuso prescripción . en este caso, la resolución del tribunal debió orientarse en uno y otro de lo pretendido por las partes, pero la Cámara , haciendo un inapropiado uso del iura novit curia, hizo lugar a la demanda como si se tratara de un juicio común. Modificó el elemento objetivo de la demanda y el petitum con su objeto mediato e inmediato.

La solución del TSJ puso las cosas en su lugar, extrayéndose del texto de la resolución lo siguiente: “Es el juez quien aplica el derecho que cree justo, sin estar atado por los errores de planteo o alegación jurídica de los litigantes. Así , aunque las partes no invoque preceptos en sustento de su reclamo o lo hagan de manera equivocada al juez incumbe calificar jurídicamente el conflicto de intereses llevado a juicio y determinar la norma que rige en la emergencia; regla que se enuncia con el aforismo iura novit curia. Ahora bien, aún cuando- a diferencia de lo que ocurría en otros tiempos- en esta fajina el magistrado se presenta soberano en tanto no se encuentra vinculado al derecho invocado por las partes, no ocurre lo mismo en materia de hechos, desde que el principio dispositivo- cartabón fundamental sobre el que se edifica el proceso civil local- le impone límites que no puede soslayar. En efecto uno de las consecuencias del aludido principio radica en que el ámbito de juzgamiento de los Tribunales se halla acotado al material de hecho suministrado por las partes en la demanda y la contestación; es decir el ejercicio de la función jurisdiccional sólo alcanza a los hechos que constituyen la litis contestatio. Este valladar ha sido consagrado en el artículo 330 del Código de Procedimientos local , al establecer que “Los

Tribunales deben tomar por base en la sentencia la exposición de los hechos contenidos en los escritos de demanda y contestación o de ampliación en su caso “ disposición que recepta el denominado principio de congruencia. De lo hasta aquí expuesto se sigue el poder-deber conferido a los jueces de asignar la calificación jurídica que corresponda frente a un caso concreto, no puede- en modo alguno- modificar o alterar la plataforma fáctica en litigio, tal como ha quedado constituida en la primera fase del proceso. En otros términos, la máxima iura novit curia no puede ser entendida como una herramienta que habilite a los jueces a soslayar el relato de los hechos vertidos por cada una de las partes en sus respectivos escritos. Una hermenéutica diversa a la propuesta pondría en grave riesgo el respeto a la congruencia , con la consiguiente afectación al derecho de defensa en juicio , de raigambre constitucional, desde que las partes no sabrían de que defenderse . Sobre el punto, este Alto Cuerpo ha sostenido que “... Las limitaciones que en orden a la aplicación del mencionado brocardo (iura novit curia) impone el respeto al principio de congruencia , no se relacionan con el cambio de la acción entablada , si por tal actividad se entiende la variación del rótulo jurídico utilizado por el demandado, por el que realmente se adecua a los hechos invocados. Por el contrario , la cortapisa a la que alude el principio de congruencia, impide que bajo la presunta reformulación jurídica del caso se produzca una modificación de oficio de la base fáctica que conforma la causa de pedir, supliendo la carga que compete al justiciable de relatar los hechos o causa remota que han dado origen a la demanda impetrada...del mismo modo , doctrina especializada acertadamente ha interpretado que “En la identificación de la acción deberá el juez tener en cuenta los elementos de la misma (Sujetos, causa y objeto) y que la aplicación del derecho no autoriza (aún respecto de los mismos sujetos) a variar la causa o el objeto , porque ello importaría una modificación de la demanda, que si no está permitida a las partes con mayor razón esta vedado al juez. El principio iura novit curia se refiere a la facultad del juez

para suplir las fallas de derecho cometidas por los litigantes , pero no puede alterar los fundamentos de la legitimatio ad causam (Confr. Alsina H, Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Bs. As, Ediar , 1957, 2da Edición, T. II, pags. 249 y 252) La aplicación de las pautas aludidas al caso sub-examen evidencian el yerro procesal en que ha incurrido el a quo al recalificar la acción entablada, en tanto en dicho proceder la Cámara ha alterado los términos originarios de la litis , en desmedro del derecho de defensa del accionado... El análisis que antecede trasluce que la variación del rótulo jurídico propiciado por el Tribunal a quo . como acción ejecutiva común, nacida de un documento privado con firma reconocida- importa una modificación de la base fáctica sometida a juzgamiento. Ello así porque en la demanda, el actor no introdujo a debate la circunstancia que los títulos de crédito cuyo cobro perseguía se encontraban prescriptos y que su reclamo se fundaba en la existencia de meros documentos privados con firmas reconocidas... de esta manera la recalificación ensayada ha lesionado su derecho de defensa pues, al haberse dispuesto la mutación de la acción recién en la sentencia, se ha desechado la defensa sustancial planteada que resultaba idónea para enervar la ejecución cambiaria promovida (prescripción) la que fue articulada en el momento oportuno a tenor de lo normado pro el artículo 3962 del CPCC (Contestación de la demanda) y asimismo se le ha impedido oponer la excepción que – a criterio del recurrente- le hubiere asistido en derecho para contrarrestar la ejecución...El vicio procesal en que ha incurrido el Mérito consiste en haber modificado “ex officio “ la causa de pedir que emana del relato de los hechos contenidos en la demanda y en haber varidado la calificación jurídica propuesta por el actor – por aplicación del principio irua novit curia- en un caos en que respeto al principio de congruencia y el derecho de defensa en juicio lo impedían . Huelga acaso reiterar , que el respeto por los hechos y a los cuales, los jueces están inequívocamente obligados a seguir; en realidad no s{ol que otorga el debido respeto al principio de

congruencia al pronunciamiento y por lo tanto ,involucra directamente a los colitigantes sino que además esta reflejándose con ello, el cumplimiento del fin social para el cual el proceso está dispuesto, como es , la misma decisión justa. La Cámara debió abordar derechamente el estudio de la acción cambiaria articulada resolviendo la procedencia o no de las excepciones de pago y prescripción tempestivamente articuladas, ajustando su decisión a los escritos que conforman la litis contestatio y los agravios llevados en apelación...”¹⁵²

Pues bien, luego de transcribir parte de este fallo, se siente una bocanada de aire fresco: El Superior Tribunal limita el iura novit curia, mediante la aplicación del principio de congruencia. Claro que la preocupación subsiste ya que un juez de primera instancia y una Cámara ya flexibilizaron este principio de congruencia, lo que puede preanunciar lo que viene, que al parecer no es nada bueno.

Pues bien, el fallo transcripto, es una clase magistral de los límites del iura novit curia, razón por la cual , huelgan los comentarios.

24.2. Alvarado Velloso y su visión de la causa de la pretensión:

Entiendo que aquí cobra sentido la concepción que esgrime Alvarado Velloso de la causa de la pretensión, la que “Se descompone en dos sub-elementos cuando se la analiza respecto de la pretensión procesal: El primero de ellos está constituido por el hecho invocado en la demanda y al que el actor asigna trascendencia jurídica , razón por la cual se convierte en la base o fuente del derecho pretendido. El segundo, es la imputación jurídica que el actor efectúa al demandado con motivo de aquel hecho.. la distinción que propicio conduce a soluciones diversas de las que adopta autorizada doctrina que sostiene que la causa es sólo el

¹⁵² Autos “Renovell Franciso Fernando c. Araus Hnos S.A.I.C.F.A.I, ejecutivo- apelación recurso directo ; Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, 28 de Marzo de 2006.-

hecho y no la imputación jurídica (Argumentos de imputación o remisión a normas legales que contemplan distintos supuestos de responsabilidad)

»¹⁵³
..

Decimos que cobra sentido dado que Alvarado Velloso advierte el riesgo de la concepción unitaria de la causa petendi compuesta únicamente por el hecho, dado que si así fuera, correría riesgo el derecho de defensa de las partes. Si bien el maestro rosarino no lo dice expresamente, entendemos que nos advierte sobre la gravedad del iura novit curia ilimitado que vulnera el principio de congruencia.

De lo que venimos diciendo se extrae lo siguiente: El objeto se compone de la causa petendi, compuesta asimismo del hecho y de la imputación jurídica pretendida, además del petitum. El juez no puede modificar la imputación jurídica efectuada vía iura novit curia y de este modo se encuentra vedado cualquier intento de modificación de demanda.

CAPITULO 25: RECEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL SISTEMA FLEXIBLE DE MODIFICACIÓN DE DEMANDA:

A los fines de analizar la recepción jurisprudencial de la posición que sustentamos, se solicitó antecedentes jurisprudenciales sobre la cuestión a la casi totalidad de los tribunales de Córdoba tanto de primera instancia como de seg y de segunda instancia, y salvo la Cámara de apelaciones de Séptima nominación, ningún otro tribunal nos entregó decisorios sobre modificación de demanda. Todos los fallos que se acompañan al presente, son expedientes en los cuales tuve la oportunidad de patrocinar al actor , quien solicitó la modificación de la demanda. En estos decisorios se encuentran ejemplos de la posición que sostenemos, la cual fue

¹⁵³ Alvarado Velloso Adolfo: Introducción al Estudio del derecho procesal , Primera parte, pag. 103 y ss. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe , Septiembre de 2003.-

acogida favorablemente. Es una lastima que los Tribunales de primera y segunda instancia, no hayan colaborado con la remisión de fallos, seguramente deberá ser por la congestión de trabajo que tienen, que les impidió buscar antecedentes. Sostengo esta hipótesis, dado que de lo contrario, sería un afortunado en protagonizar todos y cada uno de los fallos que se dictaron en mi provincia. De todos modos , en estos fallos, se plasmaron la totalidad de los supuestos que venimos analizando .

25.1. Rectificación de errores materiales o lapsus calami:

Autos “Garis Lucas matías c. Alfinet S.R.L. Expte Nro. 116244-36”

Juzgado de 1ra. Instancia y 15 Nominación en lo civil y Comercial de los tribunales ordinarios de la ciudad de Córdoba.

El Caso:

Demanda: En dicha demanda se alteró involuntariamente la fecha de entrega de una determinada maquinaria que jamás fue devuelta.

Contestación de demanda: La demandada contestó la demanda y manifestó que “Del propio relato de la parte actora surge que, luego la supuesta entrega con fecha anterior al trámite administrativo (remito) tuvo nuevamente en su poder la computadora para entregarla al service con posterioridad a la denuncia administrativa y luego de hipotéticas “multiples promesas de la firma demandada”. De no ser así , no se explica como hizo el actor para entregar supuestamente el equipo a reparación “luego” de la denuncia si en teoría estaba en poder de Alfinet desde el 11-11-05, lo que denota a las claras que la computadora estuvo en su poder con posterioridad al 11-11-05 , y que después del 14-11-05 habría efectuado una supuesta nueva entrega a mi representado, de lo que no existe constancia ninguna que lo avale, ni documental ni de acuerdo a los libros

de la empresa. En conclusión surgiendo de los propios dichos de la contraria y de la documental acompañada que no existiría documentación ni constancia alguna que acredite la entrega a mi representado del equipo referido a los fines de su reparación con posterioridad a la fecha del inicio de las actuaciones administrativas, y teniendo en cuenta que llama poderosamente la atención que el accionante reclame la restitución del bien luego de más de un año de la supuesta entrega en abierta contradicción al sentido común a la lógica normal y ordinaria de las cosas, debemos concluir que estaríamos ante una mera aventura comercial, por lo que la acción no puede prosperar”

Modificación de demanda por parte del actor: Que con posterioridad a la contestación de la demanda, donde se advierte el error material, la parte actora mediante un escrito titulado “Amplia demanda-rectifica error material” modifica la demanda en los siguientes términos: Que venía por el presente en los términos del artículo 179 del CPC a ampliar demanda, rectificando un posible error material involuntario ocasionado por su defectuosa redacción, con los siguientes fundamentos de hecho: “Que dicho error consiste en lo siguiente: Que en la demanda se consignó lo siguiente: “Que luego de la compra del bien mueble en cuestión y pese a extender un certificado de garantía la firma referida, la computadora tuvo diversos inconvenientes que hicieron imposible su normal funcionamiento. Por tal razón se formuló denuncia a la dirección de defensa del consumidor y comercio interior el que se tramitó mediante expediente Nro. 0069-03096-2005. Luego de ello y de múltiples promesas de la firma demandada se logró que la misma revisara nuevamente la computadora de marras. Pues bien, aquí yace el posible error de redacción y que puede inducir a error a V.S. puesto que pareciera que luego de la denuncia al centro de defensa del consumidor se hizo una entrega de la maquina a la empresa, cuando tal como surge del relato y de la documentación, la última entrega de la maquina a la firma demandada

fue con fecha 11-11-05, tal como surge de remito acompañado y de carta documento cursada a la contraria. Luego de ello, mientras la máquina aún se encontraba en poder de la demandada, se formalizó la correspondiente denuncia al centro de defensa del consumidor.

Lo que arroja luz sobre el posible error es que cuando mencionamos que “por dicha razón se hizo entrega a la firma de la computadora..” seguimos diciendo “Que al entregar estos implementos , se me extendió remito número 0000-00012002, DE FECHA 11-11-05”. Luego se le emplaza mediante carta documento haciendo alusión a la entrega de la maquinaria con fecha 11-11-05. Queda claro que nos referimos a la retención efectuada con dicha fecha y no con una entrega posterior a la denuncia a defensa del consumidor”

Decreto del Tribunal: El tribunal resolvió mediante el siguiente decreto: “Por rectificadas los términos de la demanda. Notifíquese”

Recurso de reposición con apelación en subsidio:

El demandado, inmediatamente interpuso recurso de reposición y apelación en subsidio. Los fundamentos del recurso de reposición de la demanda son similares a los expresados por los doctrinarios y referentes de la legislación procesal argentina. En primer lugar funda su recurso en que la ampliación “No se encuentra fundada en norma legal alguna... Respecto de la previsión contenida en el art. 179 del CPCC – que se cita en el escrito de s. 33-34, se advierte sin mayor esfuerzo que no es de aplicación al caso que nos ocupa, porque sólo contempla la “ampliación” o “moderación” de la petición, no así la rectificación de la demanda y menos el cambio de los hechos en que se funda la demanda o pretensión. En tal orden nuestra legislación foral , ha previsto la ampliación o moderación “cuantitativa” de la demanda, antes o aún después de contestada , mientras que los supuestos de “rectificación “ de demanda quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma, no encontrándose regulación

procesal al respecto..”. El actor sigue fundando su recurso en la circunstancia que “...la rectificación ha implicado un cambio de la acción... En efecto el principio general en la materia establece que el actor podría rectificar la demanda siempre que se funde en hechos que no impliquen un cambio de la pretensión. Lo permitido sería la simple corrección de errores materiales u omisiones involuntarios, como por ej. La corrección de alguna letra del apellido, denunciar otro nombre o bien completar algún dato , etc.

Sin embargo la pretendida rectificación o ampliación como lo titula la actora no es tal, sino que se trata de una nueva acción o la sustitución de la anterior, fundada en una causa de pedir diferente o bien en hechos que difieren notoriamente de los expresados al tiempo de demandar. Basta contemplar el acto de rectificación para advertir que se intenta alterar la cadena de sucesos contenida en la demanda sustituyendo la acción, planteando una nueva versión- falsa también- de cómo habrían ocurrido los acontecimientos.

Porque la rectificación se ha efectuado luego de contestado la demanda: Afirma que la rectificación o sustitución no puede efectuarse luego de contestada la demanda. Seguidamente cita a Morello Berizonce , Sosa indicando que “EL esquema preclusivo receptado por nuestro sistema procesal impone que una vez fijado el debate integrado por la demanda y contestación no puede admitirse la posibilidad que se continúe introduciendo nuevos embates, de tal manera que el agotamiento de esta fase conduce directamente a la siguiente. Por ello se afirma que de admitirse una nueva afirmación de fondo del actor se violaría los principios de eventualidad, preclusión y el de irreiterabilidad del proceso..” Por último se refiere a la violación de la teoría de los actos propios.

Pues bien, en este caso se enfrentan los dos sistemas. Por una parte el sistema flexible de modificación de la demanda y por la otra parte quienes

sustentan un sistema rígido de modificación de demanda.

El Tribunal resolvió la cuestión de la siguiente manera.

”Por interpuesto en tiempo y forma el recurso de reposición. Siendo que con la rectificación introducida no se ha variado el fundamento de la pretensión por cuanto se mantiene la causa de pedir, contra la sociedad demandada y por el objeto expresado en demanda, esto es la devolución de la cosa mueble que se afirma entregada con fecha 11-11-05 para diagnóstico de reparación o en su defecto el importe equivalente al valor de dicho mueble y que la variación respecto si fue con antelación o con posterioridad al reclamo administrativo no equivale a una nueva pretensión, pudiéndose rectificar incluso en los términos del art. 179 del CPCC la fecha de un hecho relatado en la demanda (Cfrm. C4 CC, 18.6.79 A nor. 105 citado Mario Martinez Crespo, Código Procesal Civil y Comercial de al Pcia. De Cba. Ley 8465, Edit. Advocatus, pag. 266) . Al recurso de reposición no ha lugar por manifiestamente improcedente (Art. 358 del CPCC) Costas por su orden”

En definitiva, el Tribunal acogió la tesis que sustentamos , admitiendo la posibilidad de modificar la demanda luego de contestada la misma. Obsérvese que la modificación no fue menor. No se trató ni siquiera de hechos no alegados, sino de la rectificación de la cronología de los hechos , que dejaba virtualmente indefenso al actor, atento la contestación sagaz de la parte demandada. También debe tenerse en cuenta que el actor invocó la documental acompañada en autos, donde era posible advertir el error material del actor.

De todos modos, esta resolución muestra las dos posiciones que se sustentan en sendos sistemas de modificación de demanda y la resolución del tribunal que acoge la tesis de la flexibilidad de la modificación de la demanda.

25.2.- Ampliación de demanda luego de su contestación.

Caso: Ferreyra Alia Diva C. Demarchi Nestor Adolfo y otro-Ordinario
Expte Nro. 1268631.

Juzgado 1ra. Instancia y 41 Nominación en lo civil y comercial.

El caso:

Demanda: La actora inicia juicio de simulación a los fines de obtener la nulidad de la venta de un automotor con fundamento en que el negocio jurídico atacado era simulado. Con posterioridad a la interposición de la demanda y previa a su notificación, cambia de patrocinio letrado.

La contraria contesta la demanda y niega la procedencia de la simulación.

Luego de contestada la demanda, la actora decide reclamar subsidiariamente la acción revocatoria o pauliana. Atento a que la demanda se había contestado, el actor inicia un nuevo proceso con fundamento en los mismos hechos, entre las mismas partes, ampliando la petición , solicitando que en subsidio de la acción de simulación intentada, se haga lugar a la acción revocatoria. Estos son los fundamentos:

Los hechos en la acción pauliana intentada: Los hechos son similares a la relatada en el juicio de simulación , ampliando lo reclamado, que es la acción pauliano en subsidio.

La solicitud de acumulación de autos: La parte actora solicita la acumulación de autos con fundamento en el artículo 448 del CPCC , fundando su petición en el entendimiento "Que ambos procesos deben acumularse ya que la acumulación de autos importa la unión material de dos o más expedientes, lo que denota una pluralidad de pretensiones , hasta ese momento tramitados por separado ante varios tribunales o uno sólo (art. 453) para ser resueltos en una misma sentencia y de ese modo

evitar fallos contradictorios en causas conexas¹⁵⁴”

La contestación del traslado de la acumulación de autos: La parte demanda, contesta el traslado de la siguiente manera: “Al respecto manifiesto que la parte que represento , en aras del principio de economía y celeridad procesal, acepta la acumulación de acciones de simulación y revocatoria en subsidio incoadas en su contra, a través de los autos nro 1268631 y 1430450 respectivamente, a pesar de considerar que la etapa procesal oportuna para dicha solicitud precluyó , así como también la posibilidad de presentar ampliación de demanda , puesto que con fecha 30 de Noviembre de 2007 a fs. 52-55 vta, ha constado la demanda”

Lo que se discute en el caso: En este caso, se discute la modificación de demanda. Si bien el actor interpuso otra demanda en subsidio de la primera y solicitó la acumulación. Lo que pretendió fue ampliar la demanda, al advertir el riesgo de la preclusión , intentó la ampliación impropia que detallamos en el presente trabajo, interponiendo la acción ordinaria, dado que no la acumuló originariamente , y solicitó la acumulación.

Es dable destacar que la demandada se allanó a la acumulación de autos, razón por la cual , el Tribunal simplemente debía admitirla. No obstante ello, el Tribunal en su resolución hizo pública su posición respecto de la admisibilidad de la modificación de demanda.

La resolución del Tribunal:

Mediante auto número trescientos ochenta y cuatro de fecha 14 de mayo de 2008, el tribunal resolvió el incidente de acumulación de autos

¹⁵⁴ El actor cita a Vénica, Hugo: “Codigo procesal civil y comercial de Córdoba Tomo IV , pag. 287.-

planteado.

Fundamentos : Los fundamentos son los siguientes: Que en rigor, el actor podrá acumular objetivamente las acciones que tuviere en contra del demandado, "... con tal que las acciones no se excluyan entre si (Ramaciotti Hugo, Tratado de derecho procesal civil y Comercial de Córdoba- Tomo I – pag. 249- Depalma- Buenos Aires 1986) A los fines de establecer esta situación corresponde recordar que respecto de la simulación se ha dicho " La acción puede ser directa y única, lo cual es excepcional o también acumulada con otras, bien interpuesta junta con la revocatoria, por ésta sólo como subsidiaria (Santos cifuentes- Negocio Jurídico- Pag. 642- Astrea- Ciudad de Buenos Aires – 2004):

Que según lo expuesto , la simulación y la acción revocatoria o pauliana no pueden tener carácter de pretensión principal por cuanto resultan excluyentes. Ahora bien se advierte en esto que existen algunas particularidades, puesto tal como reconoce la apoderada de los demandados, la acción revocatoria ha sido interpuesta en forma subsidiaria de esta demanda de simulación, lo que resulta demostrativo que en rigor es una ampliación de la demanda y no dos acciones independientes cuya acumulación se persigue. Es que al ser una demanda subsidiaria de la acción de simulación y en base a la representación acreditada en esta última, resulta evidente que no se trata de una acción diferente sino de la misma, al punto que no se corre el riesgo de sentencias contradictorias , sino que la resolución debe ser la misma.

Que sin embargo , la apoderada de los demandados, advertida esta situación ha aceptado esta acumulación, aún advertida del alcance que ella tiene, pues así lo ha dejado saber. De tal manera no corresponde efectuar objeción alguna a la posición de las partes en este aspecto. Sin embargo debido a las particularidades antes apuntadas, corresponde que

sea la acción subsidiaria la que se acumule a la presente, debiendo permitirse a la parte contestar los términos de tal ampliación..”

Conclusión del fallo: Atento el allanamiento de la demandada, el fallo no es todo lo rico que pareciera desprenderse de su fundamento. Entiendo que el Juez tuvo la intención de ser exponer su argumento, tan es así, que pese al allanamiento algo dejó entrever en su fallo. En efecto, en primer lugar argumenta que no se trata de dos acciones independiente y por lo tanto se trata de una ampliación de demanda. Pareciera dada el tenor de los dichos del Juez, que si hubiera existido oposición por parte de la contraria , tal vez el tribunal hubiera acogido tal posición.

Esta son conjeturas, puesto que existió allanamiento , pero pareciera desprenderse del fallo del tribunal, que no admitiría la “Ampliación impropia” en demandas subsidiarias y por otro lado, que habría precluído la ampliación de demanda.-

Asimismo el Tribunal , ya sea ampliación de demanda,ya acumulación ordena el traslado de la ampliación o de la demanda acumulada.

En este fallo también se plasman los dos sistemas, por imperio de las circunstancias del fallo no alcanzamos a vislumbrar lo que hubiera sido la decisión del tribunal , pero podemos especular con una oposición si se tratara de ampliación de demanda.

25.3.Trámite previsto para la ampliación de demanda:

Autos “Acosta Lola c. Río Compañía de seguros S.A. ordinario, Expte. EXPTE NRO. 811591-36. Juzgado 1ra. Instancia y 8va. Nominación. Córdoba.

En este caso sucedió lo siguiente: Luego de contestada la demanda, la actora advierte que “Por un error involuntario, atento a que existen dos denuncias realizadas con motivo del robo perpetrado en el inmueble de mi

parte, se omitió detallar parte de los bienes sustraídos en el siniestro, los que se detallan en el presente escrito. Por tal razón, los bienes muebles relatados en la demanda se corresponde con la denuncia formulada con fecha 30 de Agosto de 2003 y por una omisión involuntaria no se consignaron los bienes muebles denunciados con fecha 28 de Agosto de 2003 cuyo robo fue denunciado mediante denuncia formulada en las actuaciones sumariales nro. 2511 caratulados ROBO CALIFICADO DOMICILIARIO....- En el “Derecho”, la actora consignó que “Fundo mi derecho en lo previsto en los artículos 179 y 180 del CPCC que disponen.... Tal como surge de lo relatado la ampliación de marras consiste únicamente en una ampliación de los bienes robados el día del siniestro , no modifica ni la causa, solo ilustra al Tribunal respecto de otros elementos robados que integraban la obligación contractual de la demandada...

Decreto del Tribunal: Cba. 31 de Julio de 2007. Por ampliada la demanda en los términos que se expresa. Notifíquese (Art. 145 inc. 14 del CPCC) “ Posteriormente, la contraria solicita que se le corra traslado de la demanda y el Tribunal decreta “Córdoba, 21 de Septiembre de 2007. De la ampliación de demanda, traslado a la contraria”.

En este caso se advierte claramente que aún luego de contestada la demanda, la demanda se puede ampliar en su base fáctica, y que a la contraria no se le afecta el derecho de defensa puesto que luego de quedar firme el decreto de ampliación de demanda, se le corre traslado de la misma.

25.4. Ampliación de demanda con base en hechos conocidos pero no alegados por la parte actora:

Peralta de Teumaco Olga Apolonia y otros c. Paustasso Ricardo Juan y Otros Expte. Nro. 01315645-36. En estos autos , en el marco de una acción negatoria la parte actora introduce un escrito titulado “Amplia

petición sin importar cambio de acción”. En dicho libelo, la actora sostiene que amplía demanda , pretendiendo insertar otro dato involuntariamente omitido, agregando otros elementos que fueron construídos por la demandada en el fondo sirviente. . La contraria se opone mediante recurso de reposición y apelación en subsidio con el siguiente fundamento: La parte actora, a pesar que nominativamente indica que amplía la petición , no sólo esta ampliando ello, sino que también esta ampliando la base fáctica del presente juicio, invocando nuevos hechos no descriptos en la demanda”. El tribunal de primera instancia resuelve de la siguiente manera: “De los propios términos del escrito presentado por el accionante a fs. 63 , surge que el mismo expresa haber omitido involuntariamente denunciar datos; por lo cual no corresponde encuadrar tal presentación en el supuesto previsto por el artículo 203 del CPC (Hechos de influencia notoria ocurridos o conocidos después de los escritos de demanda y contestación). Por ello resulta aplicable a la petición de fs. 63 lo dispuesto por los arts. 179 y 180 del CPCC . En tales términos se proveyó mediante decreto de fecha 3 -3-08 (fs. 66) notificando a la contraria de la ampliación. En consecuencia , siendo ajustado a derecho el proveído recurrido, a la reposición interpuesta no ha lugar (art. 359 del CPCC9...” El tribunal de apelación confirmó lo resuelto en primera instancia con estos fundamentos: “ El principio general es que el actor podrá ampliar o moderar la demanda, con la sola limitación que debe fundarse en hechos que no impliquen un cambio en la “acción” (Debe entenderse cambio de la “pretensión”) Por lo cual , el accionante podrá modificarla cuantitativamente ampliando o morigerando su petición (art. 179 CPCC) . Esta ampliación no tiene sustanciación especial: Así lo establece el artículo 180 del CPCC.....Literalmetne la ampliación puede provenir de hechos que no impliquen un cambio de la acción (Art. 179) o de “Hechos no alegados en la demanda” (Art. 180 segunda parte). De suerte que en ambos supuestos, cada condición sería suficiente variando los momentos. Pero partiendo de que el cambio de pretensión no es

admisible luego de la contestación de la demanda. V. Que no configurando la ampliación formulada a fs. 63-65 un cambio de acción , sino de la ampliación del Quantum litigioso encerrado en la acción real y no provocar dicha ampliación una transformación o cambio de la demanda en ninguno de sus aspectos, estimo que el primer agravio debe ser desestimado.»¹⁵⁵ .

Pues bien en este fallo surge claramente que la interpretación que realiza el juzgador respecto de los artículos 179 y 180 del CPCC la hace en la dirección que proponemos: Admite la extensión de la base fáctica mediante la introducción de hechos conocidos por la parte pero no alegados.

CAPITULO 26: OPINIÓN DEL AUTOR (PRIMERA PARTE) : ASPECTOS IDEOLÓGICOS

26.1. Aspectos ideológicos:

Entiendo que el sistema o modelo propiciado por el Código Procesal de la Provincia de Córdoba en sus artículos 179 y 180 , con la interpretación asignada en el presente trabajo es el que se acerca al ideal que proponemos.

En el mismo el justiciable dispone de diversas oportunidades para modificar la demanda , y entendemos que las mismas, en modo alguno conspiran contra la celeridad del proceso, ni vulneran el derecho de defensa en juicio. Permitir estas modificaciones introducidas por las partes es de vital importancia para que el debido proceso sea también justo.

¹⁵⁵ Cámara primera de apelaciones en lo civil y comercial de Córdoba, Protocolo de autos interlocutorios. Tomo 416. Folio setecientos dieciséis , auto interlocutorio número cuatrocientos dieciséis de fecha primero de septiembre de dos mil ocho.

Es dable destacar que el proceso civil debe garantizar el derecho de defensa, tanto de actor como demandado, razón por lo cual no nos resulta irrita la posibilidad que el demandado amplíe su escrito de opugnación hasta la apertura a prueba. De esta manera se respetaría la igualdad ante la ley, la bilateralidad en el proceso y la garantía constitucional de la defensa en juicio.

Abogamos por un modelo que permita la convivencia normal de conceptos que parecieran antagónicos como “Respeto por las formas” y “Verdad jurídica Objetiva o justicia material del caso”. Lo que debería ser parte de lo habitual, por imperio de posturas caprichosas se convierte en algo excéntrico.

26.2. El Sistema procesal que elegimos:

Para ordenar nuestra opinión, comenzaremos por el principio: Cual es el sistema procesal con el cual nos sentimos cómodos y el que respeta en mayor medida el derecho de defensa en juicio y la igualdad ante la ley. De la lectura del presente trabajo se desprende con claridad que la elección efectuada es el sistema dispositivo, y entendemos que se encuentra justificado plenamente.

Este sistema que otros autores denominan principio, es el que pone en cabeza de las partes el dominio de sus derechos sustanciales y procesales, que en razón de corresponderles , son las mismas las que deciden perseguir o no sus derechos: *nemo invitus agere cogatur*.

Como consecuencia del sistema escogido cobra vigencia la formula del derecho romano “*Ne procedat iudex ex officio, nemo iudex sine actore*”, que significa que el juez se encuentra impedido de proceder de oficio en una contienda judicial, y que no puede existir proceso judicial sin un demandante. Guillermo Enderle nos recuerda que “Chiovenda enseña que la regla *Nemo iudex sine actore* significa : a) No poder el juez fallar a

favor o en contra de personas que no son sujetos de la demanda. b) No poder el juez otorgar o negar cosas distintas de la demandada. c) No poder el juez modificar la causa petendi. Respecto de esta última regla y recordando cuanto dijimos sobre los hechos jurídicos, hemos visto que la teoría de la identificación de las acciones nos ofrece este criterio general y absoluto de limitación del Poder Judicial: El juez no puede nunca sustituir el hecho constitutivo hecho valer por la parte por un hecho constitutivo diferente tal que modifique la demanda. En cambio deberá apreciar de oficio la falta de afirmación (o la falta de prueba) de un hecho constitutivo o uno de los hechos constitutivos del derecho”¹⁵⁶. De esta manera dejamos claro que disentimos con la doctrina que permita la intromisión del juzgador en cuestiones de competencia exclusiva de las partes, como la interposición de la demanda y con mayor razón en la modificación de la demanda.

El Juzgador no puede ni iniciar el juicio ni entender por una valoración subjetiva que la demanda ha resultado modificada por un hecho que surge claramente de la demanda. Si el juzgador, estima que del plexo probatorio de la demanda o de los propios dichos de las partes en la demanda y contestación o reconvención, surge un hecho que modifica la demanda y así lo valora en su resolución, habrá incurrido en el vicio de incongruencia que deberá atacarse mediante la vía recursiva pertinente el damnificado.

Va de suyo, que atento al señorío que las partes ejercen en el proceso, son estas quienes deben atacar mediante los remedios legales pertinentes cualquier intromisión del juzgador en la esfera fáctica del proceso. Si el juzgador viola la regla “nemo iudex ex actor..” y la parte lo

¹⁵⁶ Enderle Guillermo Jorge: La congruencia procesal, Rubinzal-Culzoni Editores, pag.28, citando a Chiovenda Giuseppe, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Revista de derecho Privado, Madrid, p. 60.-

admite, por el principio de relatividad de las nulidades, el acto habrá quedado firme.

Son las partes quienes deben velar por la salud del proceso, que se vería intoxicado por la presencia de actos officiosos realizados por el juzgador.

26.3. Impulso procesal: El impulso procesal es facultad exclusiva de las partes, quedando vedado al juzgador impulsar el proceso. Pues bien, más allá de lo dispuesto por el CPCN, seguimos sosteniendo que el impulso procesal corresponde a las partes.

Enderle opina que “Lo que el impulso de oficio propende , al decir de Monroy Galvez , es que el juez no vuelva a ser un simple espectador de las motivaciones periódicas o repentinas de las partes; es decir , que ya no vuelva a estar a merced del ánimo o disposición de ellas, sino que pueda, durante todo el recorrido del proceso intervenir en su desarrollo , conduciéndolo a su fin.

Como conclusión razonada y razonable podemos señalar que la publicización de la reforma al ordenamiento procesal nacional implica , correlativamente, una sensible morigeración al principio , correspondiendo una interpretación estrictísima para viabilizar a supuestos muy puntuales, la caducidad de la instancia y si bien el impulso también le corresponderá también al juez, ello no implica el soslayo de tal carga por las partes, dado que el principio dispositivo se lo direcciona hacia ellas, esencialmente, al ser uno de sus elementos fundantes”¹⁵⁷

Sin salir del tema, entendemos que esta comunidad de obligaciones entre juzgador y partes no sólo es confusa sino que es factible que implique la constante violación del principio constitucional de la igualdad ante la ley.

Concluimos que el único que puede iniciar el proceso judicial es el

¹⁵⁷ Enderle, Guillermo Jorge, Ob. citada. Pag. 30

justiciable y por tal razón los únicos facultados para modificar la demanda son las propias partes, sin intromisión alguna del juzgador, ni directa, mediante la asunción de actos de partes, ni indirecta, mediante la valoración de alguna prueba que importe la modificación de la pretensión de las partes o mediante la aplicación del iura novit curia.

26.4. Aportación del material fáctico: Thema decidendum:

Pues bien, en una línea coherente a lo largo del presente trabajo, reiteramos que el sistema dispositivo es el que debe regir el proceso civil .

El sistema de modificación de demanda, relativamente flexible que propugnamos no irrita en absoluto al sistema dispositivo o acusatorio, por cuanto deja en manos de las partes lo relativo al impulso procesal, aportación del material fáctico y delimitación del tema de decisión.

26.5. Preclusión: Respecto del instituto de la preclusión entendemos que el sistema propuesto al ampliar las oportunidades para modificar demanda, de una manera u otra repercute directamente en el instituto de la preclusión. Sin llegar a la unidad de vista , entendemos que esto tampoco conspira contra la identidad del sistema dispositivo, del cual este instituto es uno de sus pilares. Las fases para modificar la demanda precluyen de igual modo que en el CPCN , simplemente que las fases son más extensas y la preclusión opera de modo gradual: Hasta contestar la demanda se puede transformar la demanda, luego de ello , se veda tal posibilidad. Luego de contestada la demanda y hasta el tercer día de la apertura a prueba la demanda puede sufrir modificaciones, tanto en su extensión de la base fáctica como en la acumulación de alguna acción relacionada directamente con el objeto litigioso. Luego del tercer día de la apertura a prueba, únicamente se puede ampliar cuantitativamente la demanda, todo esto sin perjuicio de la relevancia de los hechos nuevos y

de nueva noticia, ya analizados en el presente trabajo.

26.6. Principio de congruencia: El principio de congruencia no resulta afectado por un sistema flexible de modificación de demanda, puesto que los hechos han sido invocados por las partes, quienes han dispuesto de la oportunidad de evacuar el traslado que obligatoriamente se les ha corrido. Por lo tanto el sistema flexible de modificación de demanda es absolutamente compatible con el respeto al principio de congruencia, que es una consecuencia del sistema dispositivo. La aportación la realizan las partes, y el juez debe expedirse exclusivamente sobre lo alegado por las mismas. No existe vicio de incongruencia alguna, si las reglas del juego no se han alterado.

26.7. Flexibilidad del modelo de modificación de demanda:

Un SRMD no beneficia a las partes del proceso , ni quita trabajo al juzgador , quien podría ampararse en la falta de diligencia de las partes para rechazar demandas .

Decimos que no beneficia a las partes puesto que si las mismas disponen de ciertos derechos, es menester que los mismos puedan ejercerse a fondo por el justiciable. Ambas partes se encuentran facultadas para ejercer su derecho de defensa, el actor interponiendo la correspondiente acción y el demandado resistiendo y eventualmente reconviniendo.

Apostar la justicia a la buena o mala suerte que tuvo el abogado del actor el día que relató la demanda, es un juego tan azaroso como peligroso.

Una cierta flexibilidad en la modificación de la demanda, es esencial para

que el proceso civil resista el embate de aquellos que consideran que no hay proceso sin juez director, sin juez tutor.

Hemos dicho que las formas son respetadas en este sistema de modificación de la demanda. Es cierto que los límites formales se estiran, pero en modo alguno importa la transgresión del derecho procesal que descansa en las formas.

CAPITULO 27: OPINIÓN DEL AUTOR (SEGUNDA PARTE) LINEAMIENTOS DE UN SFMD

27.1. Lineamientos de un SMFD: El sistema que entendemos que es el que más se ajusta al ideal de un proceso justo y ágil, consiste en lo siguiente:

La demanda debe respetar los lineamientos previstos en el artículo 175 del CPCC que dispone “La demanda se deducirá por escrito y expresará:

- 1) El nombre , domicilio real, edad y estado civil del demandante ; tipo y número de documento de identidad.
- 2) El nombre y domicilio del demandado.
- 3) La cosa que se demande designada con exactitud. Si se reclamase el pago de una suma de dinero, deberá establecerse el importe pretendido, cuando ello fuese posible, inclusive respecto de aquellas obligaciones cuyo monto depende del prudente arbitrio judicial.
- 4) Los hechos y el derecho en que se funde la acción.
- 5) La petición en términos claros y precisos.

En caso que la demanda no se ajuste a los requisitos establecidos en el artículo 175 del CPCC , corresponde aplicar lo preceptuado en el artículo

176 del CPCC que bajo el título de “Demanda defectuosa” dispone “Los tribunales deben rechazar de oficio las demandas que no se dedujeren de acuerdo con las prescripciones establecidos, expresando el defecto que contengan o podrán ordenar que el actor aclare cualquier punto para hacer posible su admisión.

No subsanados los defectos o no hechas las aclaraciones en el plazo de treinta días, se operará el desistimiento de pleno derecho”

Hasta aquí no existe disenso alguno con los Códigos procesales civiles de Córdoba y de la Nación.

Respecto de la modificación de demanda , el CPCC interpretado de la manera que lo hacemos en el presente trabajo admite las siguientes modificaciones:

27.2. Transformación total de la demanda:

27.2.1. Hasta la notificación de la demanda: Hasta el acaecimiento de este acto procesal, el actor se encuentra en condiciones de modificar íntegramente la demanda, con los efectos ya analizados en el apartado pertinente, sin imposición de costas . Esta solución se impone dado que no habiendo existido contradictorio , no se deberían aplicar costas. Diferente sería el supuesto si la norma indicara que se debe aplicar una multa a la parte actora que modifica la demanda, que aproveche a la demandada. Claro que si la demandada no sufrió perjuicio alguno, dado que no fue notificada de la fallida demanda, beneficiarla con una multa importaría un enriquecimiento sin causa inadmisibles.

Sanción : En principio la conducta de la parte actora no se sanciona con costas , puesto que no existió contradictorio ni controversia.

27.1.2. Hasta la contestación de la demanda: La posibilidad de transformar la demanda se debe admitir hasta el instante en que la contraria evacúa el traslado de la demanda.

Sanción : En caso de modificar la demanda , luego de notificada la misma, pero antes que fuera contestada, se le deben aplicar las costas al litigante que transformó la demanda tardíamente. El argumento para la aplicación de las costas es diferente al previsto en el artículo 182 del CPCC. En el caso del referido artículo “Un supuesto determina el inmediato allanamiento del demandado (art. 131,2) pues esa actitud es demostrativa de que, de habérselo acompañado en su oportunidad, el proceso hubiera culminado en ese momento. Luego el actor cargaría con las costas correspondientes a todo el trámite ulterior a la demanda” ¹⁵⁸. En este caso, las costas cumplirían una doble función: Por una parte , tendría un efecto disuasorio al litigante remiso o negligente , que no sólo interpuso una demanda defectuosa o equivocada, sino que incluso la notificó. Por otra parte, el demandado incurrió en gastos, contrató abogados, elaboró estrategias que deben ser recompensadas. Esta situación es pasible de algunas críticas. Es posible que se esgrima el siguiente argumento: Si no se contestó la demanda, porque razón se le cargan costas al litigante que modificó la misma?. Cual es la prueba que se dispone que permita acreditar que el demandado contrató abogados, elaboró estrategias e incurrió en gastos?. Entendemos que el argumento empleado puede resultar plausible y que podría importar un

¹⁵⁸ Venica Hugo, Ob. Citada, Tomo II pag. 248.-

empobrecimiento sin causa del actor. Pero también entendemos que en este caso, ante la notificación de la demanda y posterior transformación antes de la contestación, se deben aplicar las costas objetivamente ante el comparendo en el proceso del demandado con patrocinio letrado. Es dable destacar que esta solución es posible ya que comparendo y contestación de demanda en el CPCC son dos actos procesales diferentes e interrumpidos. En primer lugar el demandado dispone de tres días para comparecer y luego se le corre traslado para que conteste la demanda. Por lo tanto a la hora de aplicar o no las costas por la transformación se debe tener en cuenta las siguientes situaciones: a) Si la parte demandada compareció en el juicio con asistencia letrada, se entiende que contrató abogado y que incurrió en gastos. En este caso, se deben abonar las costas causadas por la transformación de demanda. b) Si la demandada no compareció en el proceso y fue declarada rebelde, y luego se le corrió traslado a la oficina, no deben aplicarse costas en caso de transformación de demanda, salvo que la demandada acredite haber contratado abogado para contestar la misma.

27.3. Modificación de demanda posterior a la contestación de demanda:

Respecto de la modificación de demanda posterior a la contestación del demandado, las modificaciones admisibles son las siguientes:

27.3.1. Corrección de errores materiales o lapsus calami: Se debe permitir todo error material que surja de la documentación acompañada o que se trate de un hecho notorio, sobre el cual no existen dudas: Por ejemplo si reclamo daños sufridos en el accidente de la empresa de líneas aéreas "Lapa" o la tragedia de Cromagnon. Si en estos casos por un error involuntario se consigno erróneamente el año y día de producción de siniestro, la parte debe encontrarse facultada para rectificar estos errores

materiales . Esta facultad subsiste aún cuando la parte demandada opusiera excepción de acción .

Es dable destacar que ninguna de las posiciones asumidas en el presente trabajo son mayoritarias en doctrina, aunque tengo la convicción que en el futuro es factible que estas opiniones logren conmovir la rigidez sistémica que sostiene la doctrina. En este mismo sentido, debo reconocer que la doctrina se ha inclinado por la improcedencia de estas ampliaciones. Osvaldo Gozáni expresa que “Otros supuestos de modificación se dan en la corrección de errores materiales, sin que tenga para ello obstáculos el actor que aún no notificó su demanda. El podrá introducir enmiendas o aclaraciones en el error incurrido en esas condiciones. Se agrega que esta modalidad no resulta posible una vez comunicada la acción , pero ello debe entenderse como aplicable cuando lo alterado en la demanda incoada pueda resentir las posibilidades de defensa y contestación a la demanda, no, en tanto se indique su disposición para resguardar un aspecto formal o un probable perjuicio, cuando del análisis del caso no resulte derecho que se resienta ni lesión que se produzca”¹⁵⁹

Sorprende tal vez esta rigidez del Dr. Gozáni que sostiene la inadmisión de la rectificación o modificación de demanda por una parte, pero permite la flexibilización del principio de congruencia por otra parte. No obstante ello, el mismo autor sostiene que “Asimismo, no obstante que una buena técnica en la redacción del escrito de demanda conduce a que se de cumplimiento a la teoría de la sustanciación al exponer los hechos, si de la prueba documental acompañada surge una serie de datos que se interrelacionan con los que fueran vertidos en el capítulo pertinente- en el caso, la factura incorporada contenía el detalle de todos los daños

¹⁵⁹ Gozáni Osvaldo Alfredo: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación , comentado y anotado , Editorial La Ley, Tomo II , pag. 231.-

sufridos y que hacían a la pretensión deducida – se consideró que hace a la carga procesal que pesa sobre la demandada expedirse respecto de los documentos agregados en la demanda” ¹⁶⁰. De esta manera el autor citado se contradice con la posición rígida, puesto que si bien expresamente no admite la rectificación de errores materiales, implícitamente la admite, ya que impone al demandado la obligación de expedirse acerca de los hechos que surgen de las facturas.

Más allá de esta última posición , lo cierto es que los juristas que integran la corriente denominada activista o decisionista de una manera u otra incurrir sistemáticamente en una contradicción: Son rígidos para las partes, flexibles para el juez.

27.3.2. Modificación de demanda fundada en hechos conocidos pero no alegados en la demanda: Debe admitirse la modificación de demanda en hechos conocidos pero no alegados en la demanda. Esto supone un quiebre notable con la legislación procesal de la Nación. Admitirse modificación con base en este tipo de hechos, supone la mayor diferencia no sólo con el CPCN sino que irritará seguramente a cualquier doctrinario o que se encuentre formado en alguna legislación procesal extranjera .¹⁶¹

¹⁶⁰ Gozaini Osvaldo Alfredo: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Tomo II, Pag. 271 2da edición actualizada y ampliada, editorial La Ley. Buenos Aires, año 2006.-

¹⁶¹ “Adición de hechos esenciales no nuevos : Como acabamos de indicar , la preclusión supone la extinción de las posibilidades de alegar hechos esenciales que sean anteriores a la demanda. Por hechos esenciales deben entenderse aquellos susceptibles de configurar una petición propia, ya sea la realmente ejercitada u otra nueva; Así, por ejemplo, en un juicio arrendaticio de resolución

Sin embargo este posible rechazo no alcanza a hacer mella en la postura que se persigue en el presente trabajo: Permitir que las partes tengan la mayor libertad para hacer valer sus derechos sin injerencia autoritaria alguna del juzgador.

Ya se analizó y concluyó que impedir que se modifique la demanda fundada en estos hechos no alegados y que fueran definidos ut supra, sería abrir la puerta para que las partes inicien diversos procesos fundados en estos hechos ante el mismo tribunal. Luego de ello se acumularían los autos y por lo tanto sería antieconómico procesalmente.

La extensión de la base fáctica entendemos que debe ser admitida y por lo tanto se debe admitir la mutatio libelli con fundamento en estos hechos.

Sanción: Imposición de las costas al actor que modifica la demanda.-

27.3.3. Modificación de demanda por rubro vinculado con la acción pero no reclamado en la demanda: Se debe admitir el reclamo de un rubro no reclamado en la demanda interpuesta, dado que no importa la modificación de la acción , sino simplemente la ampliación de lo reclamado. El objeto litigioso es el mismo, únicamente se modifica el quantum , por imperio de la anexión de un rubro .

27.3.4. Modificación de demanda cuantitativa: La ampliación de demanda ampliación cuantitativa es factible introducirla hasta los alegatos, y es la única que subsiste con posterioridad a la apertura a prueba.

de contratos por obras inconsetidas, no pueden alegarse en juicio obras anteriores a las que se recogen en la demanda” Joan Pico I . Junoy, Ob. Citada. Pag. 114.-

27.4. Conclusión:

Sostengo en definitiva que el sistema flexible de modificación de demanda es el adecuado para hacer valer los derechos de las partes. También sostengo que los sistemas procesales civiles deben encontrarse atentos a los requerimientos de las partes. Si se impide a las partes, mediante el establecimiento de cláusulas rígidas, hacer valer sus derechos, cualquier esfuerzo activista del juez resultará una parodia de justicia, una parodia de proceso. Un sistema procesal que no brinde adecuadas garantías a las partes, no es un sistema procesal justo.

Entendemos que las garantías que reclamamos como mínimas consisten en un proceso judicial que tenga en cuenta el interés superior de las partes por sobre las formas judiciales.

Este interés superior no se prioriza mediante un juez salvador, mediante un juez todopoderoso. Este interés superior se atiende mediante una interpretación de las normas legales que favorezca la discusión exhaustiva de la causa llevada al proceso, evitando la frustración de los derechos de las partes, respetando la igualdad ante la ley.

Esto tampoco se consigue mediante la aparición mágica de un juez que resucite pruebas caducas, o interprete lo que las partes quisieron decir en sus escritos o que modifique la imputación jurídica. Se consigue brindándole a las partes las oportunidades para que concreten sus pretensiones adecuadamente. Si luego no lo hacen y en ejercicio de sus derechos disponibles, dejan caducar sus derechos, nada debe hacer el magistrado, quien en este sentido es un mero espectador del proceso.

El SFMD en modo alguno importa un proceso civil informal sujeto a la voluntad del juzgador. Importa en todo caso, un refuerzo ostensible del señorío de las partes en el proceso. No debe esperar la asistencia de un juez "director o tutor", la parte misma tiene el poder de modificar su

pretensión, lo que ensancha su margen de maniobra sin violación alguna del derecho de defensa de la contraria.-

En definitiva, entendemos que el proceso judicial debe ser flexible a la hora de permitir la modificación de la demanda, siempre respetando el derecho de defensa del contradictor.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

Aguilera de Paz y Rives y Martí: “El Derecho Judicial Español”, T. II, Edit. REUS, Madrid, 1923.-

Almagro Nosete, J.: Comentario al art. 693, en “Comentarios a la Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, coord. V. Cortés, Edit. Tecnos, Madrid, 1985.-

Alonso –Cuevillas Sayrol, J.: “La audiencia previa al juicio, en “Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/200”, vol. II, coord. J. Alonso-Cuevillas, Edit. Difusión Jurídica, Barcelona, 2001.-

Alonso-Cuevillas Sayrol, J.: “La comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía”, J. M. Bosh editor, Barcelona, 1992.-

Alsina Hugo: “Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial”. Bs. As. Cía Arg. De Editores Tomo I 1941, T. II 1942, T. III 1943.-

Asina Hugo: “Alegación de hechos nuevos en el proceso civil” Revista de derecho procesal. Pág, 43 y ss.

Alvarado Velloso, Adolfo: “Estudio Jurisprudencial del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Sta. Fe”. Rubinzal-Culzoni.-

Alvarado Velloso, Adolfo: “La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento” en “Proceso Civil e Ideología”, Edit. Tirant Lo Blanch, Valencia 2006, pag. 233 y ss.-

Alvarado Velloso Adolfo: “El debido proceso de la Garantía Constitucional”, pág. 35 y ss., Edit. Zeus SRL, Rosario, año 2003.-

Alvarado Velloso Adolfo: “Introducción al estudio del Derecho Procesal”, pág. 97 y ss. Reimpresión. Rubinzal Culzoni Editores, 11 de setiembre de 2003.-

Berizonce, Roberto O.: “Derecho Procesal Civil Actual”.- Librería Editora Platense- Abeledo Perrot, 4 de agosto de 1999, pág. 364.-

Berizonce Roberto: “El objeto de la decisión y cuestiones que integraron la litis (Flexibilización del principio de preclusión)” Revista de derecho Procesal Rubinzal- Culzoni, Año 2007-2, pág. 90.-

Calamandrei Piero: “Elogio de los Jueces, Colección Clásicos del Derecho”, librería “El Foro Buenos Aires”, pág. 236, Edición de Octubre de 2008, s/l.-

Capuano Tomey Carola, Revista de Derecho Procesal, Año 2004, Tomo I, pág. 88

Carlo Carli: “La Demanda Civil”, Edit. LEX, La Plata, Pág. 104, año 2003.

Castillejo Manzanares, Raquel, “Hechos nuevos o de nueva noticia en el proceso civil de la LEC, Edit. Tirant, Monografías 408, pág. 64, año 2006.-

Código Procesal Civil de la Provincia de Mendoza, Comentado, anotado y concordado con los Códigos procesales de la Nación, San Juan y San Luis.- Horacio C. Gianella. Coordinador. Edit. La Ley, Tomo I pág 90 y ss.

Colombo, Carlos J.: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación,

anotado, y comentado. Bs. As. Editorial Abeledo Perrot.-

Copan Juan c: "Momentos de la potestad dispositiva, Flexibilización y adecuada traba de la litis". Libro de ponencias del XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal Mar del Plata 2007, pág. 129 y ss.

Cortés Domínguez, V.: Derecho Procesal Civil. Parte general, con Moreno Catena, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.-

Couture Eduardo J.: Fundamentos del derecho procesal civil, 3ra. Edición, Bs. As. Desalma 1958.-

Cucarella Galiana, L. A.: El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje), Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2004.-

De La Oliva Santos, A.: Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil, Edit. Civitas, Madrid, 2005.-

De La Oliva Santos (con Díez-Picazo Giménez): Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000.-

De La Oliva Santos, A.: Límites temporales de la cosa juzgada civil, en "Efectos jurídicos del proceso. Cuadernos de Derecho Judicial", CGPJ, Madrid, 1995.-

De La Plaza, M.: Derecho procesal civil español, Edit. EDERSA, Madrid, 1942.-

De Los Santos, M.: Condiciones para la admisibilidad del hecho sobreviviente en el proceso civil, en "La Ley" (Argentina), 2003.-

De Los Santos M.: Los valores en el proceso civil actual y la consecuente necesidad de reformular los principios procesales, en "Jurisprudencia

Argentina”, 2000, T. I.-

De los Santos M.: “Tipos de Incongruencia.- Límites a las potestades judiciales.- Flexibilización y distintos supuestos.- Vinculación con las garantías constitucionales y la arbitrariedad de la sentencia” XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal, libro de ponencias, pág. 9

Devis Echandía Hernando: Teoría General del Proceso, Bs. As. Editorial Universidad, Tomo II, pág. 533, año 1985.-

Díaz Clemente: Instituciones de derecho Procesal Civil Bs. As. Editorial Abeledo Perrot 1968.-

Díez-Picazo Jiménez, I.: Comentarios al art. 412. Prohibición de cambio de demanda y modificaciones admisibles, en “Comentarios a la LEC”, AAVV, Edit. Civitas, Madrid, 2001.-

Eisner Isidoro: ¿Puede el actor adecuar (ampliando) su demanda después de contestada “espontáneamente” por el accionado?, LL 1990-C 126.-

Eisner Isidoro: Planteos Procesales. Ensayos y notas sobre el proceso Civil. La ley 1984.-

Eisner Isidoro: “Puede el actor adecuar (ampliando) su demanda después de contestada espontáneamente por el accionado” La Ley- 1990- C páginas 126 y ss.

Enderle Guillermo Jorge: La congruencia procesal, Rubinzal- Culzoni Editores, pág 28, citando a Chiovenda Giuseppe, instituciones de Derecho Procesal Civil, Revista de Derecho Privado, Madrid, Pág. 60.-

Fairen Guillén, V.: La demanda en el proceso civil español, en “Estudios de Derecho Procesal”, Edit. EDERSA, Madrid, 1995.-

Fairén Guillén, V.: La audiencia previa. Consideraciones teórico-prácticas

(Comentarios a los arts. 414 a 430 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero del año 2000), Edit. Civitas, Madrid, 2000.-

Fiaren Guillén Víctor: “La transformación de la demanda en el proceso civil”, pág. 19.-

Falcón Enrique M. Código Procesal: Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, anotado, concordado, comentado. Bs. As. Editorial Abeledo Perrot.-

Falcón Enrique M., Tratado de Derecho Procesal, Tomo I, pág. 1090.-

Farajoli Luigi: “Derecho y Razón. Teoría del Galantismo”, Edit. Trotta, Edic. 1998.-

Fernández Seijo, L. M.: Comentario al art. 412. prohibición de cambio de demanda y modificaciones admisibles, en “El proceso civil”, vol. IV, AAVV, coord. Escribano Mora, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.-

Fernández Raymundo L.: Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Capital de la Nación Argentina concordado y comentado: 2da. Edición. Bs. As. Sociedad Bibliográfica arg. 1944.-

Ferreyra de De La Rua, Angelina- Gonzalez de la Vega de Opl, Cristina: Código Procesal Civil y Comercial, pág. 279, Edit. La Ley, Buenos Aires, Julio de 2002.-

Ferri: Struttura del proceso e modificazione della domanda, pp 17 a 70, citado por Juan Pico I. Junio.-

Flores Máximo: “Flexibilización del Principio de Congruencia: La tentación autoritaria”.- XXIV Congreso Nacional de Derecho Procesal.- “Por un sistema judicial eficaz en el marco constitucional”.- Libro de “Ponencias generales, relatos generales, trabajos seleccionados” Pag. 145 y ss.

Garnica Martín, j.: El principio iura no it curia y la determinación del objeto del proceso en el proyecto de reforma de la LEC, en "La Ley", 1999, T. I.-

Gascón Inchausti, F.: La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés, Edit. Civitas, Madrid, 2003.-

Gimeno Sendra, V.: Derecho Procesal Civil, T. I, Edit. Colex, Madrid 2004.-

Gimeno Sendra, V.: Derecho Procesal Civil, con Cortés Domínguez y Moreno Catena, 5ª edic., Edit. Colex, Madrid, 2003.-

Gimeno Sendra, V.: Comentario a los arts. 410 a 413. De los efectos de la pendencia del proceso, en "Proceso Civil Práctico", vol. V, AAVV, coord. Gimeno Sendra, Edit. La Ley, Madrid, 2001.-

Goldschmidt, J.: Derecho procesal civil, traducción de L. Prieto Castro, Edit. Labor, Barcelona, 1936.-

Gozaini Osvaldo Alfredo: Introducción al Nuevo Derecho Procesal. Bs. Aires. Editorial Desalma. 1989.-

Gozaini Osvaldo: "Tratado de derecho procesal Civil" Tomo II, Edit. La Ley,s/l, pág. 449 y ss., año 2009.-

Gozaini Osvaldo Alfredo: "Código Procesal de la Nación Comentado y Anotado", Pág. 261, Segunda Edición.- Editorial La Ley, Buenos Aires 2006.-

Guasp Delgado, J.: La pretensión procesal, en "Anuario de Derecho Civil", 1952, enero-marzo.-

Guasp Delgado, J.: Los límites temporales de la cosa juzgada, en "ADC", 1943.-

Hitters Juan Manuel, "Hechos nuevos, sobrevivientes, nuevos hechos y

nuevos documentos”.- La Ley, 2008- B- 998.-

Kielmanovich Jorge L. “Hechos Nuevos (A propósito del art. 365 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).- Revista Jurídica Argentina La Ley, 1987 D, pág. 871.-

Kielmanovich Jorge L. Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Editorial Lexis Nexos, Tomo II, pág. 365.-

Ley 1/2000, de 7 de Enero de Enjuiciamiento Civil, apartado XII.-

Lopez Carusillo Alberto I: Código Procesal Civil y Comercial de Córdoba.-

Loutayf Ranea Roberto: Oportunidad para solicitar la desvalorización monetaria; aspectos procesales, JA 1976-IV-649.-

Málaga Diéguez, F.: La litispendencia, Edit. J. M. Bosch editor, Barcelona, 1999.-

Manresa Navarro, J. M.: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, T. II, Edit. REUS, Madrid, 1887.-

Martínez Crespo Mario, “Código Procesal Civil y Comercial, anotado, comentado y concordado, Edit. Advocatus, pág. 220.-

Meroi Andrea A: “Iuria Novit Curia y Decisión Imparcial”, Ponencia presentada al XIX encuentro Panamericano de Derecho Procesal, Asunción del Paraguay, 16 y 17 de Noviembre de 2006.-

Monteleone, G.: Compendio di diritto processuale civile, Edit. CEDAM, Padova, 2001.-

Montero Aroca, J.: Derecho Jurisdiccional, vol. II, AAVV, 14ª edic., Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.-

Montero Aroca, Juan: Los principios políticos de la nueva ley de

enjuiciamiento civil : Los poderes del Juez y la oralidad ,Edit. Tirant Lo Blanch.-

Montero Aroca , Juan (Coordinador) : Proceso Civil e Ideología. Editorial Tirant Lo Blanch.-

Morello Augusto M. Passi Lanza, Miguel A; Sosa, Gualberto L, Berizonce Roberto: Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, Editorial Platense Abeledo Perrot 1970.-

Morello Augusto Mario: La inflación. Oportunidad de su alegación por las partes en el proceso civil, JA 1964-III-615.-

Morello Augusto: “ Del proceso que se va, al que viene” en Acceso al Derecho Procesal Civil, Tomo II, Editorial Lajouane,s/l, Librería Editora Platense, 1ra. Edic., Año 2007, pág. 1529 y ss.

Ortells Ramos, M.: Derecho Procesal Civil, AAVV, 6ª edic., Edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2005.-

Palacio Lino Enrique: Derecho Procesal Civil Bs. As. Edit. Abeledo Perrot s/l, Tomo I, II, III, IV; V,a ño 1994.-

Palacio Lino Enrique –Alvarado Velloso, Adolfo: Código Procesal Civil y Comercial de la nación, explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente Sta. Fe, Rubinzal Culzoni, T. 1,2,3,4,5,6,7,8.-

Parody Alberto: Comentarios al Código de Procedimientos en lo civil y comercial de la Provincia de Santa Fe, Bs. As. Editorial Lajoane.-

Perrachione Mario C.: La ampliación de la demanda dentro de la teoría de la identificación de las pretensiones, LLC 995-205.-

Peyrano, J.: Acerca de la prohibición legal implícita de alterar el estado de la cosa o derecho material de litigio, en “El Derecho” (Argentina), núm.

163.-

Picó I. Junoy, J.: El principio de la buena fe procesal, Edit. J. M. Bosch editor, Barcelona, 2003.-

Picó I. Junoy, J.: El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado, en "La Ley", 2003, T. 5.-

Picó I. Junoy, J.: La modificación de la demanda en el proceso civil: Reflexiones sobre la prohibición del mutatio libelli. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2006.-

Picó I. Junoy, J.: Los principios del nuevo proceso civil, en "Instituciones del nuevo proceso civil". Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000, vol. I, coord. Alonso-Cuevillas, Edit. Difusión Jurídica, Barcelona, 2000.-

Podetti J. Ramiro: Teoría y Técnica del Proceso Civil: Bs. AS. Ediar 1963.-

Podetti Ramiro J.: "Derecho Procesal Civil, Comercial, y Laboral. II, Tratado de los actos procesales (Principios y normas generales, 2da. Parte) Edit. Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1955, pág. 254.-

Prieto-Castro Ferrándiz, L.: Ampliación del objeto del proceso, en "Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal", Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.-

Prieto-Castro Ferrándiz, L.: El cambio del punto de vista jurídico, en "Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal", Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954.-

Ramacciotti Hugo: Compendio de derecho procesal civil de la Provincia de Córdoba. Bs. As. Desalma, Tomo I, pág. 423, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1982.-

Ramos Méndez, F.: Enjuiciamiento Civil, T. I., Edit. J. M. Bosch editor,

Barcelona, 1997.-

Revista jurídica La Ley, 1990- C- 127.-

Ricci, G. F.: Comentario breve al codice di procedura civile, en AAVV, dirigido por Carpi-Taruffo, Edit. CEDAM, Padova, 2002.-

Rivas Adolfo: La alteración de la demanda, Rev. Est. Proc. Rosario 35-59.-

Rodríguez Juárez, Manuel: Reflexiones sobre el proyecto de reformas al Código de Procedimientos Civil y Comercial de Córdoba, Sem. Nro. 1036, 11-5-95.-

Taruffo Michele, “Sobre las fronteras.- Escritos sobre la justicia civil”, Edit. Temis, Pág 181.-

Torres Traba, Jose M: “Los hechos nuevos y el replanteo de la prueba ante segunda instancia”DJ, 2007-III-675-La Ley 2008- A- 364

Vénica Oscar Hugo: Comentario a la reforma procesal civil y comercial, Cba. Editorial García Torralba.-

Vénica Oscar Hugo: Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, Tomo III, pág. 209, Edit. Lerner, s/l, año 1999.-

Zinny Jorge Horacio: Actos procesales en comentario al Código Procesal Civil y comercial, Varios autores Cba. Foro de Córdoba.-

Cámara de Apelaciones, San Francisco, Sentencia Nro. 31 de 1990, citada por Vénica Hugo, Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, Tomo III, pág. 210, Edit. Lerner,s/l, año 1999.-

INDICE

CAPITULO 1: INTRODUCCION Y FUNDAMENTACION TEÓRICA

INTRODUCCION

CAPITULO 2: EL PROBLEMA

2.1. ¿Qué SMD corresponde aplicar?

2.2. SMD y iura novit curia.

2.3. Convergencia de ambos problemas.

CAPITULO 3 : HIPOTESIS

3.1 Formulación de la hipótesis.

3.2. Hipótesis de trabajo.

3.3. Modificación de demanda. Oportunidad.

3.3.1. Transformación o cambio total de la demanda.

3.3.2. Modificación de demanda fundado en la rectificación de errores materiales en la demanda.

3.3.3. Modificación de demanda fundada en la extensión de la base fáctica o invocación de hechos no alegados.

3.3.4. Modificación de demanda fundada en la omisión de algún rubro omitido al demandar.

3.3.5. Modificación de demanda fundada en la ampliación cuantitativa de lo reclamado.

3.4. Compatibilidad del SMD con el sistema dispositivo.

3.5. improcedencia de la modificación del objeto litigioso mediante la aplicación del iura novit curia.

CAPITULO 4: PLAN DE TRABAJO

4.1. Descripción del plan de trabajo.

CAPITULO 5: EL PROCESO CIVIL

5.1. Proceso civil hoy.

5.2. Sistemas procesales y sistemas de modificación de demanda.

5.3. Fin del proceso ordinario: Tesis activista.

5.4. Fin del proceso ordinario: Tesis garantista.

CAPITULO 6: RELACIÓN ENTRE SISTEMAS PROCESALES, PRINCIPIOS Y SISTEMAS DE MODIFICACIÓN DE DEMANDA.

6.1 Principio de preclusión.

6.2. Principio de contradicción.

6.3. Principio de economía procesal.

6.4. Principio de celeridad.

6.5. Principio de legalidad e instrumentalidad de las formas.

6.6. Principio de congruencia.

6.7. Flexibilidad del principio de congruencia.

CAPITULO 7 : DEMANDA JUDICIAL

7.1. Concepto.

7.2. Requisitos objetivos y subjetivos de la demanda.

7.3. Efectos de la interposición de la demanda.

7.3.1. Efectos procesales.

7.3.2. Efectos sustanciales

7.4. Efectos de la demanda una vez notificada.

7.4.1. Efectos procesales.

7.4.2. Efectos sustanciales.

7.5. Efectos procesales y sustanciales provocados por la modificación de la demanda.

CAPITULO 8 : REQUISITOS OBJETIVOS DE LA DEMANDA

8.1. Requisitos objetivos de la demanda y su modificación.

8.2. hechos en que se funde explicados claramente.

8.3. Cosa demandada con exactitud.

8.4. La petición en términos claros y positivos.

CAPITULO 9: TRANSFORMACIÓN , MODIFICACIÓN Y AMPLIACION DE DEMANDA.

9.1. Concepto.

9.2. Transformación.

9.3. Modificación.

9.4. Ampliación de demanda.

9.5. Relación y diferencia entre transformación de demanda y desistimiento del derecho.

CAPITULO 10: Los hechos en el proceso , su clasificación y su importancia en la transformación, modificación y ampliación de demanda.

10.1. Los hechos en el proceso.

10.2. Hechos nuevos.

10.3. Hechos de nueva noticia.

10.4. Hechos de nueva noticia.

10.5. Hechos no alegados, hechos no invocados o hechos nuevos.

10.6. importancia de la clasificación de los hechos.

CAPITULO 11: SISTEMAS O MODELOS DE MODIFICACIÓN DE DEMANDA.

11.1. Concepto.

11.2. Sistemas o modelos de transformación de demanda.

CAPITULO 12: SISTEMA FLEXIBLE DE MODIFICACIÓN DE DEMANDA.

12.1. Introducción.

12.2. Fundamentos.

12.2.1. Principio de economía procesal.

12.2.2. Perseguir la justicia material del caso.

12.2.3. oralidad y SFMD.

12.2.4. Seguridad jurídica.

CAPITULO 13: SISTEMA RÍGIDO DE MODIFICACIÓN DE DEMANDA

13.1. Sistema rígido.

13.2. Fundamentos.

13.2.1. El mantenimiento de la eficacia de la litispendencia.

13.2.2. Valoración del derecho de defensa del demandado.

13.2.3. Afectación del principio de congruencia.

13.2.4. Afectación del principio de preclusión.

13.2.5. Violación del principio de igualdad ante la ley.

CAPITULO 14: SISTEMAS DE MODIFICACIÓN DE DEMANDA EN AMERICA LATINA:

14.1. Regulación legal del SMD en América Latina.-

CAPITULO 15: SISTEMAS PROCESALES EUROPEOS

15.1. Los sistemas procesales en Europa.

15.2. Los sistemas de modificación de demanda europeos.

15.3 Modelo de Modificación de demanda en el proceso civil alemán.

15.4. Modelo de Modificación de demanda en el proceso civil español.

CAPITULO 16: Sistema de modificación de demanda en la legislación y doctrina argentina.

16.1. Sistema o modificación de demanda en argentina.

16.2. Sistema rígido. Código Procesal Civil de la Nación.

16.3. Algunos problemas que contempla el Código Procesal Civil de la Nación.

16.3.1. Notificación espontánea de la demanda y su relación con el SMD.

16.4. Sistema escogido por el Código Procesal de la nación.

16.5. Los hechos nuevos en el Código Procesal Civil de la Nación.

16.6. Incoherencia sistémica.

CAPITULO 17: ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ARGENTINA .

17.1. La opinión de la doctrina.

CAPITULO 18: SISTEMA ESCOGIDO POR EL CODIGO PROCESAL DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA

18.1. La modificación de demanda en el proceso civil de Córdoba.

18.2. Sistema córdobes.

18.3 Transformación de demanda en el Código Procesal de Córdoba.

18.4. Efectos del SMD de Córdoba.

18.4.1. Caso de incontestación de demanda.

18.4.2. Demanda transformada en el lapso que corre entre la notificación y la contestación de la demanda.

18.5. Preclusión de la posibilidad de transformar la demanda.

18.6. Conclusión.

18.7. Modificación de demanda.

18.8. Ampliación o modificación de demanda con fundamento en hechos no alegados en la demanda.

18.9. Ampliación cuantitativa de la demanda.

18.10 Modificación de demanda por alegación de hechos nuevos o de nueva noticia.

CAPITULO 19: AMPLIACION DE DEMANDA Y SU INCIDENCIA EN LOS EFECTOS PROCESALES Y SUSTANCIALES:

19.1. Efectos procesales.

19.1.1. Actos de impulso procesal.

19.1.2. Vista y traslado de la ampliación.

19.1.3. Modifica el objeto del proceso fijando el thema decidendum.

19.1.4. Ofrecimiento de Prueba.

19.2. Efectos sustanciales.

19.2.1. Interrupción de la prescripción.

CAPITULO 20: HECHOS NUEVOS O DE NUEVA NOTICIA EN EL PROCESO CIVIL Y SU RELACIÓN CON LA TRANSFORMACIÓN, MODIFICACIÓN Y AMPLIACIÓN DE DEMANDA.

20.1. Hechos nuevos y su influencia en la litis.

20.2. Hechos nuevos e impugnación del demanda.

20.3. Alegación de hechos nuevos por la contraria.

20.4. Hechos de nueva noticia.

20.4.1. Requisitos de los hechos nuevos o de nueva noticia.

20.5. Alegación de hechos nuevos en segunda instancia. Alegación de hechos nuevos en el Código Procesal de Córdoba.

CAPITULO 21: IDENTIFICACION DE PRETENSIONES Y MODIFICACIÓN DE DEMANDA.

21.1. Concepto y relación:

CAPITULO 22 : JUSTIFICACIÓN DEL SISTEMA FLEXIBLE DE MODIFICACIÓN DE DEMANDA . SOLUCIÓN ALTERNATIVA EN CASO DE RIGIDEZ DEL SISTEMA.

22.1 . Solución alternativa en Argentina.

CAPITULO 23: BILATERALIDAD Y EQUILIBRIO ENTRE LAS PARTES PROCESALES: ¿ AMPLIACIÓN DE CONTESTACIÓN POR PARTE DEL DEMANDADO?.

23.1. Concepto.

CAPITULO 24: EL JUEZ, LA MODIFICACIÓN DE DEMANDA Y EL IURA NOVIT CURIA.

24.1. Iura novit curia y flexibilización del principio de congruencia.

24.2. Alvarado Velloso y su visión de la causa de la pretensión.

CAPITULO 25: RECEPCION JURISPRUDENCIAL DEL SFMD

25.1. Rectificación de errores materiales o lapsus calami.

25.2. Ampliación de demanda luego de su contestación.

25.3. Trámite previsto para la ampliación de demanda.

25.4 Ampliación de demanda con base en hechos conocidos pero no alegados por el actor.

CAPITULO 26: OPINIÓN DEL AUTOR (Primera parte) ASPECTOS IDEOLOGICOS.

26.1. Aspectos ideológicos.

26.2. El sistema procesal que elegimos.

26.3. Impulso procesal

26.4 Aportación del material fáctico: Thema decidendum.

26.5. Preclusión.

26.6. Principio de congruencia.

26.7 Flexibilización del modelo de modificación de demanda.

CAPITULO 27: OPINIÓN DEL AUTOR (SEGUNDA PARTE) LINEAMIENTOS DE UN SFMD

27.1. Fundamentos del SFMD

27.2. Transformación total de la demanda.

27.2.1. Hasta la notificación de la demanda.

27.2.2. Hasta la contestación de la demanda.

27.3. Modificación posterior a la contestación de demanda.

27.3.1. Corrección de errores materiales o lapsus calami.

27.3.2. modificación de demanda fundada en hechos conocidos pero no alegados en la demanda.

27.3.3. Modificación de demanda por rubros vinculados con la acción pero no reclamados en la demanda.

27.3.4. Modificación de demanda cuantitativa.

27.4. Conclusión.

28. Bibliografía general.

