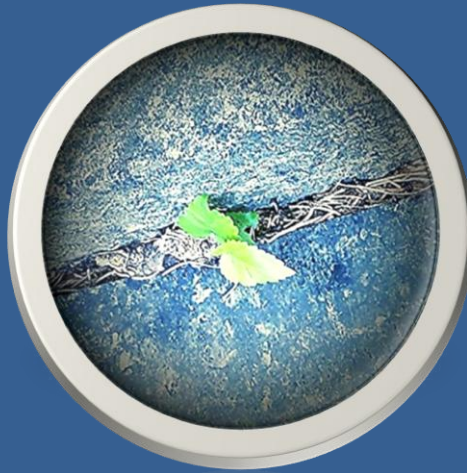


ESCUELA DE
POSGRADO



Revista de la
Maestría
EN DERECHO PROCESAL

Vol. 9
Enero-diciembre 2021
ISSN 2072-7976

<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocetal>



Recalificación jurídica de la demanda y la violación al principio de no sorpresa

[Alteration of the legal issues of the claim and the violation to the principle of no surprise]

José Rogério Cruz e Tucci

Profesor Titular Senior de la Facultad de Derecho de la USP.
Contacto: tucci@usp.br

Resumen

En el presente trabajo el autor se vale de la explicación de la narración fáctica-jurídica como requisito de la demanda, el hecho esencial y secundario, el contenido de la causa petendi, la posibilidad de la recalificación jurídica de la demanda y la violación al principio de no sorpresa, para señalar que no nulidad cuando la manifestación de la parte que no fue oída no pueda influenciar en el resultado de la causa o cuando la decisión le fuera favorable, en razón a los principios de la duración razonable y de la economía procesal.

Palabras clave: Contradictorio, principio de no sorpresa, recalificación jurídica

Abstract

In this paper the author uses the explanation of the factual-legal narrative as a requirement of the claim, the essential and secondary fact, the content of the *causa petendi*, the possibility of the alteration of the legal issues of the claim, and the violation of the principle of no surprise, to point out that it is not possible to speak of nullity of the procedure when the manifestation of the party that was not heard, cannot influence the outcome of the case or when the decision was favorable, due to the principles of reasonable and procedural economy.

Key words: *Right of hearing, principle of no surprise, alteration of legal issues*

Recibido: 22 de agosto de 2020 / Aprobado: 20 de septiembre de 2020



Recalificación jurídica de la demanda y la violación al principio de no sorpresa *

José Rogério Cruz e Tucci

1. Narración fáctica-jurídica como requisito de la demanda

El modelo ideal de la demanda es tradicionalmente proporcionado por la legislación procesal.

Además de su requisito extrínseco o externo, vale decir, la forma escrita, dentro de los requisitos intrínsecos, el inciso III del artículo 319 del CPC exige que la demanda contenga la exposición de los hechos y los fundamentos jurídicos del pedido. De esta manera, la narración o narrativa, llevada a cabo por el demandante, no es nada más que la descripción fáctica y jurídica de los fundamentos de la pretensión planteada, cuyo objeto debe ser efectiva y claramente indicado en el petitorio (art. 319, IV).

Cabe añadir que el hecho o los hechos que son esenciales para configurar el objeto del proceso y que constituyen la causa de pedir son exclusivamente aquellos que tienen la aptitud de delimitar la pretensión.

2. Hecho esencial y hecho secundario

Recurriendo a la conocida diferenciación entre hecho jurídico y hecho simple, Milton Paulo de Carvalho señala que el hecho considerado como causa eficiente de una pretensión procesal es solo aquel (hecho principal) que surge revestido de efectos por la

* Traducción de Stefan Espejo. Revisión de Brian Ragas

legislación en vigor¹, y no, como es claro, el *hecho simple o secundario*, que es planteado como un argumento de refuerzo, dependiendo del estilo de quien redacta la demanda.

De ahí que, para que el órgano dotado de jurisdicción pueda emitir una sentencia, es necesario que el acto inaugural del proceso esté caracterizado por determinados acontecimientos producidos por la dinámica social y de los cuales pueda extraerse una consecuencia jurídica. Y es esa circunstancia lo que hace que nazca el interés de alguien de recurrir al Poder Judicial.

En efecto, “la individualización y la motivación de una petición son dos aspectos distintos y se prestan a finalidades diversas... En cuanto a la delimitación de la causa de pedir, únicamente tienen valor aquellos episodios de la vida real que la singularizan de todas las causas teóricamente posibles y que eventualmente podrían estar contenidas en la demanda”, debiendo, además, estar fortalecidas por la respectiva fundamentación jurídica².

La *communis opinio* de la doctrina, inclusive de la época contemporánea, afirma que el hecho jurídico integra el núcleo central de la *causa petendi*, concebido como un hecho ocurrido y subsumible *sub specie iuris*. El hecho esencial, además de constituir el objeto de la prueba, es el presupuesto inseparable de la existencia del derecho sometido a la apreciación judicial.

Proto Pisani, destacando el papel relevante del hecho jurídico (en contraposición al hecho secundario), proporciona los siguientes ejemplos: *a*) en un accidente de tránsito, la culpa del conductor por exceso de velocidad es el hecho principal, mientras que la alta velocidad del automóvil pocos minutos antes del accidente y el hábito del conductor de manejar con exceso de velocidad constituyen hechos secundarios; *b*) la lesión física de alguien,

¹ CARVALHO (1992: 81).

² Cfr., en ese sentido, FRANCOS (1984: 32).

provocada por puñaladas, es el hecho esencial en la demanda mediante la cual la víctima pretende la indemnización por el acto ilícito, mientras que la pelea entre los antagonistas, la posesión del demandado de un cuchillo compatible con la herida, las manchas de sangre en la ropa del agresor y la huella dactilar en el mango del cuchillo encontrado en la escena del crimen son todos hechos simples...

El profesor de Florencia añade que estos hechos secundarios adquieren dimensión e importancia en el ámbito del proceso en la medida en que el demandante, que no consiga producir prueba directa del hecho principal, recurra a la comprobación del hecho secundario para que el juez pueda, mediante presunción, formar un juicio de verosimilitud acerca de aquel³.

Es cierto, sin embargo, que el autor de la demanda –más aún en la actualidad donde las fundamentaciones extensas son mal vistas– no puede perderse en minucias que no traen ningún interés para la solución del asunto judicial.

3. Contenido de la *causa petendi*

Siendo más precisos, la *causa petendi* está compuesta por el hecho (*causa remota*) y el fundamento jurídico (*causa próxima*).

La *causa petendi remota* (o *particular*) engloba, normalmente, el hecho constitutivo del derecho del demandante asociado al hecho vinculado a la violación de dicho derecho, del cual se origina el interés procesal para el demandante. Zanzucchi denominó al hecho constitutivo del derecho del demandante como *causa activa*, mientras que al hecho contrario al derecho del demandado lo denominó como *causa pasiva*⁴.

³ PROTO PISANI (1994: 448-449).

⁴ ZANZUCCHI (1916: 335).

Se debe resaltar que, según Mandrioli,⁵ el hecho constitutivo del derecho afirmado debe ser especificado por el *hecho lesivo* o, en la acción de naturaleza declarativa, por el *hecho controvertido* del que se deriva el interés para obrar.

4. Posibilidad de la recalificación jurídica de la demanda

Aunque el *nomen iuris* y/o fundamento legal probablemente planteado por el demandante en su demanda pueda influenciar en la convicción del juzgador, nada obsta, dada la incidencia del aforismo *iura novit curia*, a que este recalifique jurídicamente la demanda, encuadrándola en otro dispositivo de la ley o inclusive en otra categoría jurídica (p. ej.: contrato de colaboración en un contrato de representación comercial). El juez, en consecuencia, tiene el poder-deber de examinar los hechos que le son sometidos en los límites de todo el ordenamiento jurídico, aun cuando determinada norma o categoría jurídica no haya sido mencionada por las partes.

En realidad, el límite de la libertad del juez se encuentra en aquel o en aquellos hechos que individualizan la pretensión del demandante y en la excepción opuesta por el demandado, y que constituyen, respectivamente, la *causa petendi* y la *causa excipiendo*: la calificación jurídica diseñada por el demandante y secundada por el demandado está siempre abierta a la reevaluación judicial y, en consecuencia, nada impide la libre elección de los motivos o de las normas jurídicas que el órgano jurisdiccional entienda pertinentes.

Inclusive puede hasta suceder que, en el proceso hermenéutico de subsunción, el juez entienda que a la situación fáctica narrada de conformidad con la *lex generalis* le sean aplicables normas especiales como, por ejemplo, el Código de Defensa del Con-

⁵ MANDRIOLI (1985: 145).

sumidor, aun cuando no hayan sido invocadas por los demandantes. Se tiene allí una verdadera modificación de la tipificación jurídica del fundamento fáctico expuesto por el demandante.

De ello, también resulta que las partes pueden variar, durante las fases del procedimiento, el fundamento legal que eventualmente haya sido alegado en la demanda o en la contestación, sin traer consigo una alteración del objeto del proceso.

Por tanto, se debe reconocer que esa orientación, sintetizada por el viejo brocardo *da mihi factum dabo tibi ius*, revela que, en el drama del proceso, la delimitación del *factum* y la individualización del *ius* corresponden, en principio, a actividades subordinadas a la iniciativa de diferentes protagonistas. Mientras que la alegación y la comprobación del hecho son de incumbencia de los litigantes, ¡la aplicación del derecho es atributo del juez!

Se puede ver, entonces, que esa concepción está ampliamente consagrada no solo en la doctrina, sino también en los tribunales, en especial en la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia brasileño.

En efecto, la 4ª Sección, en el juzgamiento del Agravo Regimental en el Recurso Especial n. 870.624-SC, de relatoría de la ministra Maria Isabel Gallotti, dejó asentado que: “No es óbice al reconocimiento del fraude a los acreedores que la parte invoque dispositivos propios de la derogada Ley de Quiebras. Ello, porque en las instancias ordinarias rigen los principios *iura novit curia* y *da mihi factum dabo tibi ius*, por los cuales el juez no está restringido por el derecho invocado por la parte, ya que puede aplicar una norma jurídica distinta para el juzgamiento de la causa”.

En sentido similar, el mismo órgano, por ocasión del juzgamiento del Recurso Especial n. 1.046.497-RJ, con el voto del ponente el ministro João Otávio de Noronha, decidió que:

“No existe violación de los arts. 458 y 535 del CPC [de 1973] cuando la sentencia colegiada recurrida, ratifi-

cando la sentencia, examina las cuestiones consideradas como necesarias para la resolución de la litis, con la exposición de los elementos y de las premisas jurídicas que dieron lugar a las conclusiones allí establecidas. En razón a los hechos narrados por la parte demandante en la pieza preliminar, corresponde al magistrado atribuir la calificación jurídica que tenga correspondencia con la solución del litigio en aplicación del principio del *iura novit curia*, por el cual se presupone su conocimiento del derecho, cuya relevancia refleja un postulado de igual matiz: *da mihi factum dabo tibi ius*. No se incumple los arts. 128 y 460 del CPC [de 1973] si la calificación jurídica de los hechos difiere de aquella indicada por los demandantes recurrentes”.

Un ejemplo didáctico puede ser extraído de un importante precedente, de la 1ª Sección del Superior Tribunal de Justicia, en el juzgamiento de la Acción Rescisoria n. 4.446-SP, de ponencia de la ministra Eliana Calmon, al reconocerse que el tribunal, circunscrito a la materia controvertida, está autorizado a alterar el fundamento de la acción rescisoria, en los términos resumidos de la siguiente manera: “1. La acción rescisoria demandada para anular la sentencia colegiada del Superior Tribunal de Justicia que, en el juzgamiento del recurso especial, se inclina por la aplicación del impuesto a la renta sobre montos pagados al requirente por mera liberalidad del empleador. 2. A pesar de que la acción rescisoria haya sido demandada amparándose en el art. 485, V, del CPC [de 1973], el magistrado se encuentra autorizado a otorgar a la hipótesis narrada por el demandante la correcta calificación jurídica a los hechos expuestos en la demanda (la decisión a ser rescindida fundada en un supuesto error de hecho – art. 485, IX, do CPC). Principio de *iura novit curia*. 3. La acción rescisoria es infundada”.

Basándose en el mismo escenario fáctico, nada obsta a que el juez pueda alterar el fundamento legal, el dispositivo de la ley (por lo demás, irrelevante), o inclusive el fundamento jurídico,

vale decir, la tipificación jurígena que resulta del hecho o de los hechos narrados. La calificación de la demanda, que emerge del conjunto fáctico-jurídico indicado en autos, puede ser perfectamente revisada por el juez. Se trata pues de una “recalificación jurídica” *ex officio*.

Es importante esclarecer, desde luego, que no es posible para los fines del presente trabajo, plantear un concepto unívoco para la expresión “recalificación jurídica”, debido a que, dependiendo de la situación concreta, será diferente la extensión de sus implicancias prácticas en la esfera de los derechos de las partes.

Será suficiente concebir a la “recalificación jurídica” como el poder-deber que todo juzgador tiene de proporcionar a los hechos narrados una definición, una categoría o una tipificación de la relación jurídica que sea diversa de aquella que fue elegida por el demandante y por el demandado en la fase postulatoria de la demanda.

Veamos cómo ocurren las cosas en el terreno de la casuística tomando como ejemplo la posibilidad de alteración de la calificación jurídica en materia de responsabilidad civil.

Se debe tomar en cuenta que, en ciertas acciones, como las que versan sobre responsabilidad civil (*fundamento global*), innumerables hechos son pasibles de individualizar en una única pretensión, lo que hace surgir serias discusiones acaloradas sobre la posibilidad de intercambio del elemento causal de la demanda en el curso del proceso.

No obstante, en relación a tales demandas, a pesar de que existan varios fundamentos jurídicos (*v. g.*: culpa contractual, culpa aquiliana) aptos para identificar un único pedido, está prohibido para el demandante alterar los elementos fácticos-jurídicos después de que haya sido estabilizado el objeto del proceso.

En consecuencia, si el demandante, pretendiendo la indemnización por daños y perjuicios ocurridos durante la conducción

de una carga, su acción es derrotada, en razón a un contrato de transporte, podrá, sin ninguna duda, litigar, posteriormente, la misma indemnización fundamentada en la culpa derivada de un acto ilícito, dada la manifiesta impericia del conductor del camión que transportaba la mercadería.

Como ya he tenido oportunidad de escribir,⁶ en el ámbito del proceso civil brasileño, la regla de la eventualidad y la respectiva substanciación de la demanda (ahora reafirmada en el art. 319, III, del CPC) están relacionadas exclusivamente al *hecho esencial*, o sea, a aquel que ha sido delimitado por el demandante en su demanda, de suerte que, si hubiera otro fundamento independiente, aún para el caso de una idéntica pretensión, una nueva demanda podrá ser planteada, porque la primera no se confunde (identifica) con la sucesiva.

A pesar de que, en las cortes francesas, ha sido muy debatida la posibilidad de que coexista en una misma acción, la *causae petendi* fundamentadas en diversas categorías de culpas, nos es de poca importancia que aquellas sean diferentes, puesto que una se funda en la culpa derivada del acto ilícito y la otra en la responsabilidad contractual.

Es forzoso reconocer, junto con Araken de Assis, que en la “conurrencia” entre responsabilidad contractual y aquiliana, dada la uniformidad del conjunto de hechos, existe tan solo divergencia acerca del encuadramiento legal, ya que los hechos o configuran la primera o la segunda acción⁷.

El excelente fragmento del voto de Philadelpho de Azevedo, cuando era ministro del Supremo Tribunal Federal, se presta para ilustrar el asunto ahora examinado: “Las incertezas y las deficiencias de técnica de las alegaciones y de la sentencia, respecto al

⁶ CRUZ E TUCCI (2009: 152 y ss.).

⁷ ASSIS (1995: 185).

origen de la culpa y de la naturaleza del contrato, fueron apreciadas con severidad y, tal vez, en detrimento del recurrente; errores vinculados a la situación del problema jurídico no deben perjudicar a las partes, pues el *ius novit curia* y las acciones tienen la misma forma; además, la noción fundamental de culpa desafía las distinciones y debilita las clasificaciones, aun cuando éstas hayan sido consideradas prestigiosas por una larga tradición, de origen diverso, sin que se pueda concluir que la preferencia por uno de esos aspectos concurrentes comprenda una apreciación *extra* o *ultra petita*, a pesar de los eruditos debates mantenidos en el Tribunal recurrido...”⁸.

No se debe hablar, en efecto, de modificación de la demanda cuando de la narración fáctica llevada a cabo por el demandante le fuera posible al juez producir una calificación diversa de aquella inicialmente planteada por el justiciable. Es claro que, si el demandante expone en su demanda los hechos que indican la existencia de la culpa que deviene de un acto ilícito, pero que afirma, por equívoco o deficiencia técnica, que se trata de responsabilidad que proviene del contrato celebrado entre las partes, el juez debe otorgar una adecuada calificación jurídica al conjunto fáctico jurídico planteado en la causa.

5. Comprensión de la regla del art. 10 del CPC

Ante la novedad introducida en el art. 10 del vigente Código de Proceso Civil, la cuestión referente a los límites de la libertad decisoria del órgano jurisdiccional merece atención cuando se confronta con la dimensión del brocardo *iura novit curia*.

El enunciado de ese dispositivo constituye un desarrollo del anterior art. 9º, al prohibir, con todas las letras, el denominado “fundamento-sorpresa”, aun cuando se trate de materia de conocimiento oficioso.

⁸ AZEVEDO (1955: 312)

Conectados, y, además, con la misma *mens legislatoris*, determinan el párrafo único del art. 493 que: “*Si constatase de oficio el hecho nuevo, el juez escuchará a las partes sobre este antes de decidir*”; y el § 5º del art. 921: “*El juez, después de escuchadas las partes, en el plazo de 15 (quince) días, podrá, de oficio, reconocer la prescripción de la que trata el § 4º y extinguir el proceso*”.

No hay dificultad para inferir que estas reglas están definitivamente afinadas con la moderna óptica de la ciencia procesual, que no admite, en ninguna hipótesis, que los litigantes sean sorprendidos por una decisión que resulte escudada en una vertiente jurídica fundamental que ellos no hayan provocado o inclusive que no la hayan enfrentado. Por tanto, el tribunal debe dar previo conocimiento respecto del sentido en que el derecho subjetivo se encuentra vulnerable, exclusivamente con base en los hechos sobre los cuales las partes hayan tomado alguna posición. De esa forma, es evidente que los litigantes tendrán la oportunidad de defender su derecho y, sobre todo, influir en la decisión judicial. Es sabido que la libertad otorgada al tribunal, en cuanto a la elección de la norma a ser aplicada, independientemente de que haya sido invocada por los litigantes, resultante del aforismo *iura novit curia*, no prescinde de la previa manifestación de las partes acerca de la cuestión sugerida por el juez, en rígido respeto al principio del contradictorio. Se asevera, con prestigiosa doctrina, que el cuidado del legislador no concierne solamente al interés de las partes, sino se encuentra también dirigido al propio interés público en la medida en que, ante cualquier sorpresa, cualquier ocurrencia inesperada, la credibilidad de la sociedad respecto de la administración de justicia se vuelve más distante⁹.

Existe un inequívoco *deber de consulta* del juez en el que la cooperación aquí contemplada impone al tribunal conceder a las partes la oportunidad de manifestarse sobre cualquier cuestión de

⁹ Cfr., al respecto, ALVARO DE OLIVEIRA (1993: 10).

hecho o de derecho. El juez, antes de pronunciarse sobre determinada materia no debatida, aun cuando sea de conocimiento oficioso, debe dar un plazo para la previa discusión de las partes, evitando, de ese modo, que se emita una decisión basada en un “fundamento-sorpresa”, circunstancia que acarrea la nulidad del pronunciamiento judicial por violación a la garantía de la amplia defensa.

Como es evidente, cuando se consigue la participación en el *iter* de la formación de una decisión de aquellos que serán sus destinatarios, se obtiene una manifiesta legitimación de la tutela del derecho litigioso.

Como resultado de ello, es a partir de esta perspectiva que se debe evaluar la incidencia o no de la regla del art. 10.

Y, de ese modo, siempre que sea debatida la cuestión en el ámbito del contradictorio llevado entre las partes, no se concluye alguna violación a tal regla procesal, ya que la recalificación jurídica de la demanda, en ese caso particular, no se manifiesta como un “fundamento sorpresa”.

De esa manera, entiendo que el juez no solo puede sino debe, sin alterar los hechos expuestos, otorgar el encuadramiento jurídico que entienda más adecuado, circunscrito al pedido planteado por las partes. De allí la razón por la que, por ejemplo, el tribunal podrá prescindir de toda la producción de prueba del acto culposo y, con base en la responsabilidad objetiva, *sin modificar o introducir algún hecho*, proporcionar un nuevo molde jurídico a los mismos, a partir del reconocimiento de la culpa presumida del productor demandado en el ámbito de una relación de consumo¹⁰.

¹⁰ Cfr. CRUZ E TUCCI (2018: 61-62; 2019). Honrándome con la literal adopción de la tesis expuesta en mis anteriores textos, aunque dejando de citar la fuente, la sentencia colegiada de la 6ª Cámara de Derecho Privado del TJSP, en los Embargos de Declaración n. 1061550-35.2017.8.26.0114/50000, que aseve-

Sin embargo, una situación a la inversa no es posible; vale decir, si el contradictorio tuviera como propósito la posible existencia de coacción, está prohibido que el juzgador, sin posibilitar la manifestación de las partes, emita una sentencia declaratoria de nulidad del negocio basándose en la simulación, puesto que la fundamentación fáctico-jurídica sería diferente.

Igualmente, si el juzgador se convence de que el ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional está imposibilitado por la prescripción, no argumentada ni tampoco debatida durante toda la tramitación del proceso, no podrá extinguirlo, a través de una sentencia de infundabilidad del pedido, por el reconocimiento de la prescripción, sin oír previamente a las partes involucradas. La manifestación de los litigantes está justificada ya que podría existir determinada causa que interrumpa la prescripción, no revelada por el demandante por la simple razón de que no ha sido promovida por el demandado.

ra: “En realidad, el límite de la libertad del juzgador se encuentra en los hechos que individualizan la pretensión del demandante y en la excepción opuesta por el demandado, y que constituyen respectivamente, a *causa petendi* e a *causa excipiendo*. Sin embargo, la calificación jurídica impuesta por las partes nunca es definitiva, pues nada impide que, dentro de un juicio de convencimiento, el magistrado pueda escoger libremente los motivos o las normas jurídicas que entienda pertinentes al caso. Partiendo de esa premisa es que se debe evaluar la incidencia o no del art. 10 del CPC, siendo también cierto que la recalificación jurídica de la situación puesta en los autos no se caracteriza como un “fundamento sorpresa”. No es por otra razón que el CDC o inclusive el CC pueden ser invocados como fundamentos de una decisión, aun cuando no hayan sido alegados por las partes, ya que el juez conoce el derecho y le corresponde exclusivamente el encuadramiento legal. De esta forma, el magistrado no solo puede sino debe, sin alterar los hechos expuestos, proporcionar el encuadramiento jurídico que entienda más adecuado, circunscrito al pedido planteado por las partes, otorgando un nuevo molde jurídico a la situación, en especial cuando se trata de las condiciones de la acción y de los presupuestos procesales, que constituyen vicios que pueden ser alegados en cualquier momento, generando la nulidad absoluta del proceso, como ocurrió en el caso analizado”.

Se debe considerar que el Superior Tribunal de Justicia viene interpretando, de forma absolutamente elogiable, la referida novedad introducida por el Código de Proceso Civil vigente.

A propósito, la 4ª Sección, en el juzgamiento del Agravo Interno en el Recurso Especial 1.695.519-MG, de la ponencia de la ministra Maria Isabel Gallotti, estableció, con unanimidad de votos, que: “El ‘fundamento’ al cual se refiere el artículo 10 del Código de Proceso Civil (2015) es el fundamento jurídico – circunstancia de hecho calificada por el derecho, en la que se basa la pretensión o la defensa, o que pueda tener influencia en el juzgamiento, aun cuando sea sobreviniente a la presentación de la demanda– no confundiendo con el fundamento legal (dispositivo de ley aplicable a la materia). Por tanto, la aplicación del principio de la no sorpresa no impone al juzgador que informe previamente a las partes cuáles son los dispositivos legales pasibles de ser aplicados al examen de la causa. El conocimiento general de la ley es una presunción *jure et de jure*”.

En sentido similar, la misma sección juzgadora, entendiendo que tal orientación prevalece inclusive en grado recursal, en el juzgamiento del Recurso Especial 1.755.266-SC, con el voto del ministro Luis Felipe Salomão, decidió que, de manera textual:

“El art. 933 del Código de Proceso Civil (2015), en concordancia con el ya varias veces citado art. 10, prohíbe una decisión sorpresa en el ámbito de los tribunales, señalando que, ya sea por la ocurrencia de un hecho sobreviniente o sea por vislumbrar la materia apreciable de oficio aún no examinada, el juzgador deberá dar la oportunidad, antes de resolver el recurso, para que las partes puedan manifestarse.

No cabe hablar de decisión sorpresa cuando el magistrado, considerando los límites de la causa de pedir, el pedido y el substrato fáctico planteados en los autos, realiza la tipificación jurídica de la pretensión en el ordena-

miento jurídico vigente, aplicando la ley adecuada a la solución del conflicto, aun cuando las partes no la hayan invocado (*iura novit curia*) e independientemente de haberlas oído, debido a que la ley debe ser de conocimiento de todos, no pudiendo nadie considerarse sorprendido con su aplicación...”.

De allí, la relevancia de la regla del nuevo art. 492, que prohíbe al juez expedir una decisión sobre una cosa diferente de aquello que fue pretendido o inclusive imponer una condena de una cuantía superior o sobre un objeto diverso al que es objeto la pretensión del demandante.

Tal principio, que impone la observancia judicial entre lo que fue pedido y lo que fue decidido, implica la prohibición de un “juzgamiento asimétrico”. Así, habrá vicio *–ultra o citra petita–* cuando el juez interfiriendo en el poder dispositivo de las partes, introduzca, *sponte propria*, una alteración en la *causa petendi* o en el *petitum*, inmediato o mediato, planteado por el demandante.

Como bien señaló, sobre ese punto, la 1ª Sección del Superior Tribunal de Justicia, en el juzgamiento del Recurso Especial n. 15.689-SP: “La prestación jurisdiccional debe materializarse en una decisión sobre aquello que fue pedido, ni menos ni más, ni fuera de la postulación”.

En idéntico sentido, la 3ª Sección del Superior Tribunal de Justicia, al resolver el Recurso Especial n. 103.093-ES, sostuvo que: “El juez debe, tomando en cuenta el principio de congruencia procesal entre el pedido y la sentencia, consagrado en los arts. 128 y 460 del CPC [de 1973], decidir la demanda en los límites del pedido del demandante y de la respuesta del demandado; por lo tanto, le está prohibido expedir una sentencia fuera del pedido (‘extra petita’)...”.

En una reciente sentencia colegiada, en la que se examinó esta importante cuestión, la 4ª Sección de aquel tribunal federal,

en la resolución del Agravo Interno en el Recurso Especial n. 1.587.128-MG, con el voto del ministro Luis Felipe Salomão, estableció que:

“No cabe hablar de decisión sorpresa cuando el magistrado, considerando los límites de la causa de pedir, el pedido y el substrato fáctico planteado en los autos, realiza la tipificación jurídica de la pretensión en el ordenamiento jurídico vigente, aplicando la ley adecuada a la solución del conflicto, aun cuando las partes no la hayan invocado (*iura novit curia*) e independientemente de haberlas oído, debido a que la ley debe ser de conocimiento de todos, no pudiendo nadie considerarse sorprendido con su aplicación.

A la luz de los arts. 128 y 460 del Código de Proceso Civil /73, actuales, 141 y 492 del nuevo Código de Proceso Civil/15, el vicio del juzgamiento *extra petita* no se configura en la hipótesis del juez *a quo*, sujeto a las circunstancias fácticas (causa de pedir remota) y al pedido comprendido en autos, que procede a la subsunción normativa con base en los fundamentos jurídicos diversos de los alegados por el demandante y refutados por el demandado. El juez no viola los límites de la causa cuando reconoce los pedidos implícitos formulados en la demanda, no estando restringido solamente a lo que está expresado en el capítulo referente a los pedidos, estándole permitido extraer de la interpretación lógico-sistemática de la petición inicial aquello que se pretende obtener con la demanda, aplicando el principio de la equidad”.

6. Fundamento nuevo y la violación al principio de la no sorpresa

Se debe tener presente, que –como se indicó– no se puede confundir fundamento legal con fundamento jurídico. Además,

solo cuando se trate de alteración *ex officio* de la fundamentación jurídica, el juez o el tribunal deberán propiciar la manifestación de las partes, para evitar la nulidad del proceso por violación a lo dispuesto en el art. 10 del Código de Proceso Civil. El vicio que se genera por la inobservancia de esa importante regla procesal implica la nulidad absoluta, ¡dada la inequívoca violación al debido proceso legal!

De hecho, hay determinadas situaciones en las cuales la alteración de la calificación jurídica de los hechos implica la modificación del régimen jurídico aplicable al caso concreto. No se trata, en tales circunstancias, de una mera recalificación de la demanda, sino de una diferente imputación o tipificación jurídica extraída del conjunto fáctico que obra en los autos, que puede acarrear serias consecuencias en la esfera del derecho material y procesal de las partes.

En ese caso, si el juez emite una decisión dejando de propiciar la manifestación de los litigantes, se infringirá la regla del indicado artículo 10.

La 4ª Sección del Superior Tribunal de Justicia, instada a analizar tal situación a propósito de la sentencia colegiada expedida en el Recurso Especial 1.755.266-SC, de la ponencia del ministro Luis Felipe Salomão, declaró fundado el recurso porque:

“En esta hipótesis, el Tribunal de origen, valiéndose de un fundamento jurídico nuevo –prueba documental de que el bien transferido en fideicomiso había sido recaudado o se encontraría en poder del deudor–, acabó incurriendo en el vicio de la decisión sorpresa, vulnerando el derecho al contradictorio sustancial de la parte, justamente por adoptar tesis –consustanciada en situación de hecho– sobre la cual la parte no tuvo oportunidad de manifestarse, principalmente para intentar influenciar el juzgamiento, generando una prueba que sería necesaria

para desvirtuar el argumento que llevó a la conclusión del Tribunal *a quo* en sentido opuesto a su pretensión...”.

Como bien se puede concluir, en ese caso, cuando está comprometida la garantía del contradictorio, se vicia el *decisum* en virtud de la ineludible observancia del precepto contenido en el citado art. 10 del Código de Proceso Civil.

Para evitar cualquier sombra de duda, el expresivo pronunciamiento de la 5ª Cámara Civil del Tribunal de Justicia de Santa Catarina¹¹ desarrolla la exacta dimensión de la cuestión bajo examen, al aseverar que:

“... Al analizar los autos, se desprende, presumiblemente, indicios de litispendencia en relación a los contratos de fs. 293 y 298. Sin embargo, la documentación presentada hasta el momento resulta insuficiente para la verificación de la respectiva ocurrencia, razón por la cual, determinó la presentación, por la demandada, de los documentos aptos al conocimiento de esta cuestión. A pesar de que dicha omisión sea pasible de cognición ‘ex officio’ (CPC, art. 337, § 5º), se vuelve imprescindible la audiencia previa de las partes, debido al sustrato del principio en la novel legislación procesal (CPC, arts. 9 y 10). A propósito de ello, se extrae de la explicación doctrinaria: ‘Existe un verdadero deber de consulta del juez en el que la cooperación aquí contemplada impone al tribunal conceder a las partes la oportunidad de manifestarse sobre cualquier cuestión de hecho o de derecho. El juez, antes de pronunciarse sobre determinada materia no debatida, aun cuando sea de conocimiento oficioso, debe dar un plazo para la previa discusión de las partes, evitando, de ese modo, que sea emitida una decisión basada en un ‘fundamento-sorpresa’, circunstancia que

¹¹ Apelación n. 0832503-75.2013.8.24.0023.

acarrea la nulidad del pronunciamiento judicial por violación a la garantía de la amplia defensa' (coordinación: Cruz e Tucci, José Rogério, et al. *Código de Processo Civil anotado*. São Paulo: AASP, 2015, p. 21).

Frente a este escenario, convierto el juzgamiento en diligencia, para la manifestación de la demandada, en quince días, acerca de las cuestiones expuestas en el ítem 2...”.

7. Conclusión

A pesar de que la moderna ciencia procesal esté influenciada por la cooperación entre los protagonistas del proceso y exija al menos la posibilidad del efectivo contradictorio, entiendo, finalmente, que no cabe hablar de nulidad cuando la manifestación de la parte que no fue oída, no pueda influenciar en el resultado de la causa o cuando la decisión le fuera favorable, debido a la observancia de los principios de la duración razonable y de la economía procesal.

Véase, en ese sentido, el precedente de la 15^a Cámara de Derecho Público del Tribunal de Justicia de São Paulo, en el juzgamiento de la Apelación n. 1502266-80.2016.8.26.0047, de manera textual:

“... Se trata de la cobranza del IPTU¹² de los ejercicios de 2013, 2014 y 2015, conforme ha sido demostrado en la CDA¹³ de fs. 02/04.

Fue intimada la ejecutante para que en 30 (treinta) días depositase el valor referente a las diligencias del Sr.

¹² Nota del traductor (2): IPTU (*Imposto Predial e Territorial Urbano*): Impuesto predial y territorial urbano.

¹³ Nota del traductor (3): CDA (*Certidão de Dívida Ativa*): Certificado de deuda activa

Oficial de Justicia/ gastos de envíos (f.5), pero no fue realizado el pago conforme al certificado del registro (f.8).

Seguidamente, fue proferido un despacho en el cual el magistrado que iba a sentenciar destacó que, a pesar de haber realizado la intimación en los autos, la ejecutante no cumplió con la determinación de fl.5.

Ante ello, el juez determinó la intimación personal para que en 5 (cinco) días el ejecutante cumpla lo solicitado, bajo pena de extinción, en los términos del art. 485, III, CPC.

Habiendo pasado casi dos años de la publicación del despacho con la intimación personal del ejecutante, este se mantuvo inerte, razón por la cual el juzgado determinó que está comprobado el hecho de que, nuevamente, hubo una omisión de la municipalidad.

Frente a esta situación, se emitió la sentencia que extinguió la ejecución sin juzgamiento del mérito por abandono de la causa. En ese contexto, la apelación de la municipalidad no merece prosperar.

Como ha sido demostrado, la ejecutante efectivamente incurrió en el abandono de la causa previsto en el art. 485, III, del CPC/15, pues, aún con la debida intimación del representante judicial de la Hacienda Pública, no hubo alguna manifestación para el proseguimiento de la presente acción ejecutiva. De ese modo, no se configura ninguna 'decisión sorpresa', luego de observado las condiciones del art. 485, III del CPC..."

Referencias

ASSIS, Araken de

1995 *Cumulação de ações*, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

AZEVEDO, Philadelpho de

1955 *Um triênio de judicatura*, v. 3. São Paulo: Max Limonad.

BERZOSA FRANCOS, Maria Victoria

1984 *Demanda, causa petendi e objeto del proceso*. Córdoba: Almendro.

CARVALHO, Milton Paulo

1992 *Do pedido no processo civil*. Porto Alegre: Sérgio Fabris/FIEO.

CRUZ E TUCCI, José Rogério

2009 *A causa petendi no processo civil*, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CRUZ E TUCCI, José Rogério

2018 *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 7, 3ª ed. São Paulo: Saraiva.

CRUZ E TUCCI, José Rogério

2019 A “decisão surpresa” na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *Conjur*.

MANDRIOLI, Crisanto

1985 *Corso di diritto processuale civile*, v. 1, 6ª ed. Torino: Giapichelli.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de

1993 O juiz e o princípio do contraditório. *Revista do Advogado da AASP*, n. 40.

PROTO PISANI, Andrea

1994 *Lezioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene.

ZANZUCCHI, Marco Tullio

1916 *Nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove in appello (art. 490-491 CPC)*, Milano, Soc. Ed. Libr.

Revista de la Maestría en Derecho Procesal

ISSN 2072-7976

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal>

**Correo electrónico:
revista.derechoprocesal@pucp.pe**