



# REVISTA DE DERECHO PRIVADO Y SOCIAL

**Número 3**

*San Salvador, El Salvador, C. A.*

**REVISTA  
DE DERECHO  
PRIVADO Y SOCIAL**

**NÚMERO 3**



**Corte Suprema de Justicia  
Departamento de Publicaciones**

**SAN SALVADOR, 2018**

Gerente General de Asuntos Jurídicos:

*Lic. Óscar Humberto Luna*

Jefe del Departamento de Publicaciones:

*Lic. José Alejandro Cubías Bonilla*

Jefa de la Sección de Diseño Gráfico:

*Lcda. Roxana Maricela López Segovia*

Jefe de la Sección de Producción Offset:

*Martín Rodolfo Pocasangre Posada*

Diagramación:

*Ing. Ana Mercedes Mercado Cubías*

*Lcda. Roxana Maricela López Segovia*

Impresión:

*Alexis Edgardo Belloso*

*Jaime Ernesto Cubas Campos*

*Jorge Alberto Villalta Alvarado*

Acabado final:

*Alfonso Carrillo Sánchez*

*José Francisco Pérez Hernández*

*Jorge Alberto Reyes Roque*

*Alexander Adalberto Valdez Castro*

*Lcda. María Cristina Zelaya Álvarez*

# ***Corte Suprema de Justicia***

*Dr. José Óscar Armando Pineda Navas*  
PRESIDENTE

## ***Sala de lo Constitucional***

*Dr. José Óscar Armando Pineda Navas*  
PRESIDENTE

*Dr. Florentín Meléndez Padilla*  
VOCAL

*Dr. José Belarmino Jaime*  
VOCAL

*Lic. Edward Sidney Blanco Reyes*  
VOCAL

*Lic. Rodolfo Ernesto González Bonilla*  
VOCAL

## ***Sala de lo Civil***

*Lcda. María Luz Regalado Orellana*  
PRESIDENTA

*Dr. Ovidio Bonilla Flores*  
VOCAL

*Lic. Óscar Alberto López Jerez*  
VOCAL

## ***Sala de lo Penal***

*Lcda. Doris Luz Rivas Galindo*  
PRESIDENTA

*Lic. José Roberto Argueta Manzano*  
VOCAL

*Lic. Leonardo Ramírez Murcia*  
VOCAL

## ***Sala de lo Contencioso Administrativo***

*Dra. Dafne Yanira Sánchez de Muñoz*  
PRESIDENTA

*Lcda. Elsy Dueñas Lovos*  
VOCAL

*Lcda. Paula Patricia Velásquez Centeno*  
VOCAL

*Lic. Sergio Luis Rivera Márquez*  
VOCAL



## **Consejo Nacional de la Judicatura**

Presidenta

Lcda. María Antonieta Josa de Parada

Consejales Propietarios:

Lic. Alcides Salvador Funes Teos

Lcda. Doris Deysi Castillo de Escobar

Lcda. María Petrona Chávez Soto

Lic. Santos Cecilio Treminio Salmerón

Lcda. Gloria Elizabeth Álvarez Álvarez

Lic. Carlos Wilfredo García Amaya

## **Escuela de Capacitación Judicial**

Director

Fernando Marroquín Galo

Subdirector

José Hugo Granadino

Revisión:

Judith Guadalupe Maza Calderón,  
capacitadora de la Escuela de Capacitación Judicial

Karla Regina Murcia,  
capacitadora de la Escuela de Capacitación Judicial

Cristian Alexander Gutiérrez,  
capacitador de la Escuela de Capacitación Judicial

Thelma Idalia Alfaro Perdido,  
capacitadora de la Escuela de Capacitación Judicial

Melvin Armando Zepeda,  
capacitador de la Escuela de Capacitación Judicial

César Edgardo Castaneda Espinoza,  
jefe de Sección Especializada de Investigación

César Alí Espinoza Nolasco,  
asistente de director

Rafael Antonio Mendoza Mayora,  
comité editorial

Karla Milady Romero Reyes,  
coordinadora del área de Derecho Social y Género

Juana Jeanneth Corvera Rivas,  
coordinadora del área de Derecho Privado y Social

Javier Antonio Tobar Rodríguez

María Alejandra Guevara Argueta

## **EXORDIO AL RESULTADO DEL TRABAJO INTERINSTITUCIONAL: N° 3 DE ESTA REVISTA**

Es un halago de la fortuna encontrar personal en las instituciones públicas, que con su pasión al trabajo se sumergen en empresas casi titánicas que dejan ver en el horizonte la huella centelleante y por tanto, siempre presente y evocativa para que todos la sigan. Al público en general y especialmente a ellos van dirigidas estas palabras.

Por eso, aclaro, que en esta ocasión, estas palabras no constituyen la presentación de la obra; sino a quienes la hicieron posible.

Por fin, me refiero al personal de la Escuela de Capacitación Judicial, del Consejo Nacional de la Judicatura, a su director, quienes por primera vez se han hecho cargo de este esfuerzo de forma principal, acompañando a mi asistente y a quien a él le colabora, cuyos nombres ya constan en otra página introductoria a la obra. Los primeros, trabajadores de la institución hermana al Órgano Judicial, recopilaron la mayoría de los trabajos que hoy se publican y además, estuvieron en constante comunicación con el despacho que presido.

Hago este reconocimiento público porque estoy convencida que una nación puede engrandecerse a través de la fuerza de su gente, de la confianza que en ella se deposite, de la inversión que en ella se haga y más aún, en este caso, a la juventud que ha hecho posible este trabajo y que ha respondido superando siempre las expectativas.

Para nadie es un secreto, que los vientos que corren no son fáciles de sortear y sin embargo, unidos hemos sido más fuertes interinstitucionalmente y por eso, contamos ya con este resultado.

Por último, en este número, quiero hacer extensivo y claro el agradecimiento al licenciado José Alejandro Cubías, porque con el esfuerzo que él ejecuta en los talleres gráficos de la editorial de la

Corte Suprema de Justicia en compañía de su personal, hacen también viable este proyecto.

San Salvador, 17 de mayo de 2018.

Lcda. María Luz Regalado Orellana  
Magistrada Presidente de la Sala de lo Civil  
Corte Suprema de Justicia

## **PRESENTACIÓN**

El Consejo Nacional de la Judicatura y la Corte Suprema de Justicia, presentan a la comunidad jurídica salvadoreña el tercer número de la Revista de Derecho Privado y Social. Esta obra compila una variedad de aportes jurídicos valiosos, de la autoría proveniente de distintas latitudes continentales, que nos comparten ponderaciones doctrinarias e interpretaciones jurisprudenciales, derivadas de la experiencia operativa de diferentes sistemas de justicia. Esta pluralidad enriquece la diversidad de artículos y temáticas abordadas en la revista.

El propósito de esta revista, y de su número tres en particular, es enfatizar aspectos teóricos, procesales y de la realidad sociojurídica, determinantes no sólo para quienes ejercen cotidianamente la abogacía, a través de su diversidad de roles, sino también –y principalmente– para quienes buscan defender sus intereses patrimoniales, es decir, la población justiciable.

Algunos apartados temáticos claves del Derecho Privado Procesal, aspectos de las relaciones contractuales y un trío relativo a cuestiones puras del Derecho Social, constituyen el cuerpo teórico ofrecido para la ilustración y el debate de quienes desempeñan los diferentes roles del sistema de administración de justicia y de la comunidad de profesionales en ejercicio libre de la abogacía.

La consistencia de esta edición puede atribuirse a varios detalles: la totalidad de artículos son de primera publicación, es decir que todavía tiene fresca la tinta utilizada para su redacción original. Igualmente, si se les ve de manera integrada, sugieren un recorrido por interesantes instituciones jurídicas del Derecho Civil, el Proceso Civil-Mercantil y el Derecho Social.

A ocho años de haber iniciado la vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil, las líneas jurisprudenciales comienzan a subsanar los vacíos que desde los inicios de tal vigencia fueron advertidos. Se trata de un desarrollo jurisprudencial va fundamentando las soluciones a cada una de esas carencias normativas e involuntarias anomias.

El Consejo y la Corte producen –con ciertos niveles de periodicidad– publicaciones especializadas, como la que ahora tiene frente usted. Todo un esfuerzo alentado por la expectativa que siempre sean de abundante provecho para el funcionariado judicial y el gremio jurídico en general.

San Salvador, junio de 2018.

# ORDEN DE PRODUCCIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL Y MERCANTIL

Lic. Carlos Humberto Valdivieso Marin\*

## SUMARIO

*Introducción. I. Consideraciones previas: 1. Concepto de Prueba; 2. Distinción entre fuentes y medios de prueba (numerus o apertus Clausus); 3. Principios procesales de vital importancia en la producción de la prueba: a) Principio de Oralidad; b) Principio de Inmediación; c) Principio de Publicidad; d) Principio de Contradicción; e) Principio de Concentración; 4) Sistemas de Valoración de la prueba: a) Prueba Tasada; b) Sana Critica; II. Orden de producción de la prueba en el Proceso Civil y Mercantil: 1) Origen histórico; 2) Fundamento Normativo; 3) ¿Por qué el legislador estableció un orden en la producción de la prueba?; 4) Pruebas de ordinariamente son producidas en el juicio; a) Prueba Documental; b) Declaración de Parte y Testimonial; c) Informes Periciales; d) Reconocimiento Judicial; e) Medios de Reproducción del sonido, la voz, los datos o de la imagen y almacenamiento de la información; 5) Derecho Comparado; 6) Conclusión.*

## INTRODUCCIÓN

El código Procesal Civil y Mercantil salvadoreño, se ha unificado con las diferentes legislaciones que adoptan el modelo de la oralidad como mecanismo de resolución de conflictos jurídicos, y ha estructurado un régimen de la actividad probatoria tomando lo mejor de dos sistemas de larga data, el sistema de common law (desarrollado principalmente en Estados Unidos e Inglaterra) y el sistema de civil law (adoptado por países de derivación romanista como Italia, Francia, España), dándole vida a un sistema mixto de juzgamiento. La convergencia de reglas de ambos sistemas, en los que en algunos casos resultan antagónicas, ha provocado que varias disposiciones del Código Procesal Civil y Mercantil resulten de difícil armonía, tal es el caso de las reglas que rigen el desarrollo de la audiencia, en cuanto al orden de producción de la prueba, que es adoptado por algunos países de corte latino y que, en puridad, no es reconocido en los países que adoptan el sistema del common law.

---

\* Docente de la Universidad Francisco Gavidia, Abogado en libre ejercicio de la profesión, graduado de la Universidad de El Salvador.

## **I. CONSIDERACIONES PREVIAS**

Enseña el maestro Piero Calamandrei: "Cuando se considera la minuciosa exactitud con la que las partes y los órganos judiciales deben constituir en todas las particularidades este instrumento de la jurisdicción que es el proceso, vienen a la memoria aquellas delicadas operaciones preparatorias que en los laboratorios científicos deben llevarse a cabo para poner en condiciones los instrumentos ópticos de precisión a través de los cuales puede realizarse la observancia experimental de los preparados: si el microscopio no ha sido puesto en foco, si las piezas que lo componen no han sido montadas en orden, el observador no consigue ver a través de sus lentes; así la investigación del juez sobre la relación sustancial no puede tener lugar más que a través de un procedimiento regularmente constituido<sup>1</sup>.

Antes de entrar a desarrollar el núcleo del presente ensayo, en relación al tema propuesto, y en atención a los concejos proporcionados por el maestro florentino, se hace imperioso ocuparnos de algunos conceptos jurídicos fundamentales, en torno a la teoría general de la prueba, los cuales nos ayudaran a sustentar nuestra posición.

### **1. Concepto de prueba**

El concepto de prueba, es dentro de la teoría general de la prueba, de los más difíciles de definir, como primer óbice, porque tiene varias acepciones, "se habla de prueba en primer lugar como termino sinónimo a medio de prueba, así se afirma la existencia de prueba pericial, de la prueba testifical etc. Para señalar las diferentes modalidades que puede revestir la forma de aportación de las distintas fuentes de acreditación de hechos. También se emplea el término de prueba en segundo lugar como equivalente al resultado de la actividad probatoria, desplegada en el proceso. Se dice así que tal o cual extremo fáctico está probado, o que sobre un hecho concreto hay prueba"<sup>2</sup>.

Para la mayoría de la doctrina, siguiendo al maestro Carnelutti<sup>3</sup>, la función de la prueba no se circunscribe a una averiguación de la verdad, sino que es una actividad verificadora de los hechos aportados por el demandante y demandado, y de ahí que se defina como prueba "*la actividad desplegada generalmente por las partes, y excepcionalmente de oficio por el juez, cuya finalidad es verificar las afirmaciones sobre los hechos aportados por las partes y deter-*

*minar la certeza de los hechos controvertidos, que se plasman en la sentencia a través de la motivación fáctica, basada ora en reglas tasadas ora en la sana crítica.”<sup>4</sup>*

## **2. Distinción entre fuentes y medios de prueba (*numerus o apertus clausus*)**

Se atribuye al maestro Carnelutti el origen de la distinción entre medios y fuentes de prueba, quien partía de la separación entre la actividad del conocimiento del juez y el hecho sobre el que recae dicha actividad<sup>5</sup>.

Siguiendo a Lino Palacios diremos que los medios de prueba son el vehículo que se utiliza para lograr un dato (fuente de prueba) a través del cual el juez determina la existencia o inexistencia de un hecho.<sup>6</sup>

Los medios de prueba consisten en las actividades que es preciso desplazar para incorporar las fuentes al proceso y para ello la ley le ofrece al interesado métodos de aportación, regulando tal actividad.<sup>7</sup>

Enseña el maestro Sentís Melendo “la fuente es anterior al proceso y existe independientemente de él; el medio se forma durante el proceso y pertenece a él, la fuente es lo sustancial y material, el medio lo adjetivo y formal”<sup>8</sup>.

Si aplicamos estos conceptos a cada medio de prueba observaremos que: “En la prueba testifical la fuente es la persona que tiene un conocimiento de los hechos; medio el régimen de su citación, obligación de comparecer, de su interrogatorio etc. En la prueba de declaración de parte: fuente lo son las personas que han intervenido en determinado hechos o que los conocen; medio, el régimen de su citación, cargas de comparecer y contestar, su interrogatorio etc. En la prueba pericial, fuente es la materia que se ha de someter al examen del perito; medio es el nombramiento del perito, su actividad examinando la cosa y emitiendo el dictamen. En la prueba documental, fuente es el documento; medio su aportación al proceso, con las posibles impugnaciones de autenticidad los actos de aseveración etc. En la prueba de reconocimiento judicial, fuente es la cosa que puede ser reconocida; medio el régimen legal de la actividad del juez, del secretario judicial, de otros sujetos procesales y de las partes en la realización del reconocimiento”<sup>9</sup>.

Aunado a lo anterior diremos que las cintas magnetofónicas, cintas de video, diskette, discos magnéticos compactos, discos duros de ordenador etc. y todos aquellos soportes físicos de reproducción de la palabra o representación visual del pensamiento humano, se denominaran fuentes de prueba y la actividad desarrollada por la parte que la propuso, a efecto de ser producida en la audiencia, se denominara medio de prueba, adelantaremos que este medio probatorio tiene como antesala, a efecto de acreditar su autenticidad, necesariamente la prueba testimonial como más adelante se dirá.

El legislador, de forma ordenada, desarrolla los medios de prueba a partir del Art. 230 y siguientes del Código Procesal Civil y Mercantil (en adelante CPCM), vale la pena comentar que la redacción del inciso segundo de la disposición citada, no es muy feliz, de la simple lectura se denota error del legislador, al disponer que *"Los Medios de prueba no previstos por la ley serán admisibles siempre que no afecten la moral o la libertad personal de las partes o de terceros y se diligenciaran conforme a las disposiciones que se aplican a los medios reglados"*

Lo que en buena técnica jurídica debió regular el legislador en dicha disposición es que **"Las fuentes de Prueba no previstos por la ley serán admisibles. . ."**<sup>10</sup> Con lo cual le daba plena vigencia a la incorporación de futuras fuentes de prueba, que fueran naciendo producto de los avances tecnológicos, que es a todas luces es el espíritu de la norma. Los medios de prueba siempre atienden a una enumeración taxativa (números clausus) esto en atención a uno de los pilares fundamentales del proceso, cual es el principio de legalidad; las fuentes de prueba por el contrario no son números clausus, sino apertus clausus, ya que, como bien enseña el profesor Montero Aroca "Las fuentes es algo extrajurídico que existe independientemente del proceso, no es conveniente que las leyes pretendan realizar enumeraciones taxativas de ellas porque el paso del tiempo las convertirá en obsoletas, al irse inventando o descubriendo nuevas fuentes. Estas por lo tanto deben quedar indeterminadas. Lo que las leyes deben regular son los medios de prueba, entendidos como la actividad que es preciso realizar para incorporar la fuente al proceso; estos medios, después de la regulación legal, serán siempre números clausus porque las únicas actividades procesales posibles son las legales, sobre todo si se tiene en cuenta que la actividad jurisdiccional está sujeta al principio de legalidad"<sup>11</sup>.

El problema del número o apertus de los medios de prueba es que no se conoce el procedimiento para la práctica de alguno que

fuera novedoso y, como la realización de toda prueba ha de tener un cauce procesal previsto, cualquier otra que nos surja no podrá practicarse con eficacia si no es reduciéndola a alguna de las existentes en la ley, o sea, asimilándola a una de las regladas o aplicando algún otro que sea legal. Tal vez por eso mejor que hablar de más medios de prueba, podríamos decir que hay innumerable número de fuentes<sup>12</sup>.

A guisa de ejemplo pensemos en un medio no tan novedoso como el careo<sup>13</sup> (medio probatorio que no se encuentra regulado en nuestra legislación), que mediante este se pretenda aclarar un hecho que ha quedado en duda en la mente del juzgador y necesariamente se tenga que traer a presencia del juez a ambos testigos; de la lectura del Art. 330 inc. 2 CPCM, interpretando literalmente la norma, perfectamente se podría producir este medio probatorio en el juicio; la pregunta es ¿qué reglas guiaran su práctica? ¿Podrán aplicarse las disposiciones relativas a la prueba testimonial? Supongamos que el caso se vuelve más interesante y que lo que se pide es el careo entre partes y testigos, ¿se aplicaran las disposiciones que regulan el medio probatorio de declaración de parte o las disposiciones relativas a la prueba testimonial? ¿O ambas a la vez? Como ya se dijo, la actividad probatoria es reglada y las reglas del código no pueden ser alteradas por ningún sujeto procesal, porque las formalidades previstas son imperativas, esto a la luz del Art. 3 CPCM. El principio de legalidad, como bien lo ha manifestado la Cámara de lo Civil de la Primera Sección de Occidente "persigue asegurar que todos los actos del proceso se rijan por lo establecido de manera previa por el Código, sin que se pueda desconocer o inaplicar sus reglas, ni mucho menos adecuar el contenido de las mismas a voluntad del juez o las partes"<sup>14</sup>.

### **3. Principios procesales de vital importancia en la producción de la prueba:**

Siguiendo al profesor Roland Arazi, diremos que "principios son las reglas mínimas a las que debe sujetarse un proceso judicial para ser debido proceso de conformidad con nuestra constitución"<sup>15</sup>.

#### **a) Principio de Oralidad**

Uno de los principios más importantes en relación con la práctica de las pruebas, es el principio de oralidad. Este exige que las pruebas se practiquen a través del interrogatorio oral de las partes, testigos y peritos. La presentación

escrita se admite únicamente en casos excepcionales o en diligencias periciales.<sup>16</sup>

La oralidad implica necesariamente, la producción de los medios de prueba en audiencia mediante la palabra hablada.

**b) Principio de Inmediación**

La inmediación como regla general, pretende el contacto directo del juez que fallará sobre el caso, con la prueba que ha de producirse<sup>17</sup>, sin la posibilidad de delegar su función en sus subalternos, con las consecuencias negativas que sanciona Art. 200 CPCM., por tal actuación irregular.

La inmediación tiene como fundamento propiciar un mejor conocimiento de todos los aspectos elementos y perfiles del conflicto material que han dado origen al proceso, a través de la observación directa y física sin intermediación de ningún tipo de las actuaciones procesales más significativas a estos fines, cuales son las que se desarrollan en la práctica de la prueba.<sup>18</sup>

La ley procesal autoriza como excepciones, supuestos muy concretos donde el juez ante quien se produce la prueba, no será el mismo que falle; estos son supuestos comprendidos para el anticipo de prueba, Art. 10, Art. 326 CPCM; en los casos de delegación del reconocimiento judicial, Arts. 141 y 393 CPCM.

**c) Principio de publicidad**

El principio de publicidad de los actos procesales consagrado en el art. 200 CPCM, "puede entenderse de dos modos diferentes: o como admisión de terceros (público) a asistir a las actuaciones procesales, o cómo necesidad de que acto procesal pueda ser presenciado por ambas partes"<sup>19</sup>.

Es sabido que la garantía de la publicidad significa que el procedimiento debe ser regulado de modo que el público en general –no solo las partes, cuyo derecho a conocer los contenidos procesales forma parte de la garantía de contradicción– pueda adquirir conocimiento del desarrollo del proceso y de su contenido<sup>20</sup>.

**d) Principio de contradicción**

El principio fundamental del proceso, su fuerza motriz, su garantía suprema es el principio del contradictorio: Audiatur et altera pars; nemo potest potest inauditus damnari.

“La defensa constituye un derecho inviolable en todo estado y grado del procedimiento”.<sup>21</sup> Este principio tiene plena vigencia cuando se potencia que las partes puedan contradecir en audiencia el material probatorio de su adversario, Art. 11 CPCM.

**e) Principio de Concentración**

El modelo de proceso civil que hemos adoptado, tiene su origen como bien enseña el profesor Taruffo, en el austro-alemán, centrado en un procedimiento bifásico con una fase previa dedicada al examen del pleito y una fase de instrucción que concluye con la sentencia inspirado en los cánones de la máxima concentración posible sobre todo en la fase de obtención de pruebas<sup>22</sup>.

No obstante lo anterior habrá medios probatorios que por su naturaleza no se podrán practicar en forma concentrada en el juicio, sino que deben practicarse antes, nos referimos, verbigracia, al Reconocimiento judicial de inmueble Art. 392 inc. 2 CPCM. Dicho medio probatorio, a la luz del Artículo 205 Inc.1 CPCM., se tiene por producido mediante la lectura del acta que para tal efecto levantó el secretario en el reconocimiento judicial; a esta conclusión se llega al establecerse la norma de que si hubo reconocimiento judicial, el resultado del mismo debe incluirse en el acta de la audiencia, para que ambas partes tengan conocimiento de ese resultado y potenciar así el derecho de defensa. Necesariamente, iniciada que sea la audiencia en la que se producirá la prueba, el secretario deberá leer lo pertinente del acta del reconocimiento judicial, para luego levantar el acta de la audiencia a que se refiere la última disposición citada.

Para finalizar con este apartado, diremos que todos los principios citados son de capital importancia para la tramitación del proceso conforme a la constitución, y que “gran parte de la eficacia del nuevo procedimiento civil ordinario pasa por el estricto cumplimiento de todos estos principios que permitan que un mismo juez practique toda la prueba de modo concentrado en una sola audiencia y se encuentre en situación de dictar sentencia cuando haya escuchado las conclusiones orales”<sup>23</sup>.

#### **4. Sistemas de valoración de la prueba:**

La valoración probatoria realizada por las autoridades judiciales, consiste en el juicio de aceptabilidad de los resultados producidos por los medios de prueba, es decir, en la verificación de los enunciados fácticos introducidos en el proceso a través de los referidos medios, **así como en el reconocimiento a los mismos de un determinado valor o peso** en la formación de la convicción del juzgador sobre los hechos que se someten a su conocimiento<sup>24</sup>.

Una vez que la prueba ha sido producida en el juicio, queda a disposición del juzgador el realizar un análisis intelectual y sistemático de la misma a efecto de determinar que prueba ha sido eficaz o ineficaz, lo que determinará su convicción acerca de los hechos que han sido fijados o excluidos. Nace entonces la pregunta: ¿Es libre el juzgador para establecer la medida de certeza, el grado de valor y el peso de la prueba, o está sujeto a límites?.

Para que el juez realice la actividad valorativa, el legislador ha trazado dos caminos completamente diferentes que se deben tomar y que convergen en el mismo cuerpo normativo, por lo que se colige que el legislador salvadoreño ha adoptado un sistema mixto de valoración; la elección de la vía dependerá del medio probatorio producido en el juicio. Dicho sea de paso que el legislador hace una prelación de medios probatorios, ordenándole al juez, que al momento de su valoración prefiera unos medios probatorios sobre otros, acerca de lo cual podemos decir que la división tradicional entre prueba tasada y sistema de valoración mediante la sana crítica, ha de darse, por imposición en el Código Procesal Civil y Mercantil, al momento de valorar la prueba siguiendo, un orden para la misma ¿Cuál es ese orden?

##### **a) Sistema de prueba tasada (prueba Legal o tarifa legal)**

Enseña el profesor Landoni Sosa: "en este sistema, el valor de los medios probatorios esta prefijado por el legislador; es la ley la que establece, **apriorísticamente**, la eficacia de los distintos medios probatorios. Se le ha denominado sistema de la prueba tasada, o de tarifa legal o como mejor rigor prueba legal"<sup>25</sup>.

De tal suerte que el sistema de prueba tasada "suprime el convencimiento íntimo del juez, y sin tener en cuenta los motivos suministrados a este por la razón y la experiencia, el legislador sustituye al magistrado en la apreciación de la prueba rendida, porque de antemano le dice qué habrá de valer"<sup>26</sup>.

**b) Sistema de Sana Crítica**

Enseña el profesor Arazi: "Aquí se exige un proceso lógico de razonamiento debiendo el juez explicar dicho proceso... A pesar de su uso ninguna ley indica cuales son las reglas de la sana crítica. Partiendo del significado literal sana crítica es el arte de juzgar de la bondad y verdad de las cosas sin vicio ni error, constituye un modo correcto de razonar, de reflexionar y pensar acerca de una cosa; en el caso acerca de la prueba producida en el proceso... Como la ciencia que expone las leyes, modos y formas del razonamiento es la lógica, sana crítica es el sistema que concede al juez la facultad de apreciar libremente la prueba pero respetando las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia... La lógica proposicional tiene sus propias leyes que no pueden ser ignoradas por el juez, tales como los principios de identidad, del tercer excluido, de la doble negación, entre otros... Los principios de la lógica tienen que ser completados con las llamadas máximas de la experiencia, es decir con el reconocimiento de la vida y de las cosas que posee el juez"<sup>27</sup>.

**c) Especial referencia a la Valoración de la Prueba Documental, Declaración de Parte y Reconocimiento judicial**

El Legislador, de forma específica en algunos medios probatorios, ha designado como se valorarán; al no especificarse su valoración en el apartado correspondiente para cada medio probatorio, como ya se dijo, se hará conforme a la regla general establecida en el Art. 216 inc. 2 y 416 inc. 1 CPCM. En los casos en donde específicamente el legislador ha dado un valor al medio probatorio, este tendrá privilegio sobre los demás. Tenemos entonces que:

**a) Prueba Documental:** En cuanto a los instrumentos públicos, su valoración es plena, otorgándole el legislador valor tasado, lo que acontecerá siempre y cuando no haya sido impugnada su autenticidad y hayan sido expedidos por notario, por autoridad o por funcionario público, en el ejercicio de su función; el juzgador quedará vinculado para otorgarle un valor tasado (Art. 416 Inc. 2 CPCM.) en lo concerniente al hecho, acto o estado de cosas que documenten así como de

la fecha y personas que intervienen en el mismo (Art. 331 Inc. 1 y Art. 341 Inc. 1 CPCM).

Dice el maestro Gorphe "la prueba escrita o documental es una de las más seguras y su superioridad resulta incontestable sobre la prueba oral. Cuando es completa constituye prueba perfecta"<sup>28</sup>. Su fundamento ha de encontrarse como señala Bentham en que "todo lo que se confía a la palabra esta inevitablemente expuesto al cabo de cierto tiempo al olvido, y a las falsas representaciones. Únicamente se puede prevenir tales inconvenientes consignando las palabras por escrito en el mismo momento del suceso y dándoles así una existencia permanente"<sup>29</sup>. Y como bien apunta el profesor Enrique Falcón, "a diferencia del sistema anglosajón, que en principio no tiene confianza en los documentos, en el derecho continental del proceso civil, del cual nosotros bebemos, el documento es el elemento probatorio fundamental"<sup>30</sup>.

**Los Instrumentos Privados**, reciben la misma gracia del legislador, su valor (al cumplirse con determinados requisitos) es tasado; esto ocurre por ejemplo, cuando la parte contraria expresamente reconoce su autenticidad o, tácitamente, cuando no se manifiesta sobre la autenticidad del mismo, invocando el mecanismo<sup>31</sup> para su impugnación Art. 340 CPCM. Su valor será pleno respecto del contenido que documentan, esto en aplicación del Art. 1573 del Código Civil. En materia civil en la que solo se encuentran en juego intereses privados, resulta suficiente que un derecho no sea negado para que sea tenido como admitido<sup>32</sup>. Enseña el profesor Leible: "La prueba plena (*vollbeweis*, *prueba en sentido estricto*) se ha producido cuando el tribunal está totalmente convencido de la verdad o falsedad de la afirmación. Para ese convencimiento no se necesita máximas de la experiencia como fundamento de la correspondiente decisión sobre el fondo de la cuestión"<sup>33</sup>. Como bien señala el maestro Tarufo: "La norma establece que la persona que firmó el documento sea considerada jurídicamente como autora de las declaraciones que ahí se asientan. Esta conexión

entre declaraciones y su autor suele ser cubierta por una regla de prueba legal: en consecuencia este tipo de autoría se considera cierta, vinculante e irrefutable. No obstante este valor probatorio especial solo abarca la conexión entre el signatario y las declaraciones incluidas en el documento; no ampara el valor de verdad de tales declaraciones; el valor de un documento privado firmado se toma como equivalente del que tiene un documento público entre las partes que lo firmaron. Se da este valor probatorio del documento privado firmado solo cuando la autenticidad de la firma queda garantizada por aplicación de mecanismos especiales, estipulados por el derecho precisamente para establecer la autenticidad de las firmas<sup>34</sup>. Por todo lo antes dicho, es que nosotros consideramos que el legislador en el apartado correspondiente a los medios probatorios ubica la prueba documental, en primer orden de desarrollo.

**b) Interrogatorio de partes:** En ningún otro medio probatorio de los regulados por el legislador salvadoreño, encontraremos rasgos tan marcados en los que convergen los sistemas civil law y common law. En este medio probatorio coexisten los sistemas de valoración de prueba tasada y sana crítica; la primera, principalmente en la declaración de parte contraria; la aplicación del sistema de valoración dependerá:

**i) De la inasistencia de la parte contraria cuando fuere propuesto este medio probatorio.**

Si habiendo sido admitida como medio de prueba la declaración de parte contraria y legalmente citada, no concurre al tribunal en la fecha y hora señalada para la celebración del juicio, sin que existe justa causa para su inasistencia, el legislador sanciona esta negativa, expresando que se **"tendrán por aceptados los hechos"** personales (ficta confessio Art. 347 Inc. 1 CPCM.) sobre los cuales fue propuesto y singularizado en el momento procesal oportuno este medio probatorio, operando de esta forma la prueba tasada. En palabras del maestro Lessona "el no comparecer viene a probar que se carece de valor para

presentarse y admitir un hecho; y el no querer responder, significa un pretexto de no querer decir verdad que redundará en propio daño”<sup>35</sup>;

**ii) De la negativa a responder o formulación de respuestas evasivas.** Si habiendo sido legalmente citada la parte contraria para la práctica de este medio probatorio, y concurriendo, se negare a responder a preguntas legalmente válidas, formuladas por su antagonista, o sus respuestas fueran evasivas o no concluyentes, la sanción que otorga el legislador, ante la vulneración del deber de responder (Art. 347 Inc. 1 CPCM), se concretiza en otorgarle al juez la facultad de valorar conforme a las reglas de la sana crítica *las respuestas evasivas o no concluyentes* Art. 351 CPCM, lo cual se deduce de la lectura de las disposiciones: “La negativa del interrogado a responder **podrá**<sup>36</sup> ser considerada como reconocimiento de los hechos”, con lo que el legislador se aparta de la concepción tradicional de sancionar rigurosamente la negativa a responder a las preguntas, cuyo efecto venía siendo el reconocimiento del hecho del que se inquiere al deponente, lo cual se encuentra en consonancia con legislaciones como la italiana, la española, la alemana, la brasileña y la ecuatoriana<sup>37</sup>. “En lo demás, el resultado de la declaración se apreciará conforme a las **reglas de la sana crítica**” (Art. 353 In. 1 CPCM., resaltado fuera de texto). De ahí que la declaración de propia parte sea apreciada mediante el sistema libre de prueba. Mención aparte merece el acogimiento de este último medio probatorio en la legislación salvadoreña, que en el sistema anglosajón se conoce como testimonio en causa propia (*party as witness*), producto del arduo estudio del maestro Jeremías Bentham, a quien se le debe su aparición en el sistema continental; ninguna de las principales legislaciones occidentales (Alemania, Italia, España, Perú, Colombia,) de tradición romanista, reconocen este medio probatorio, deno-

minado por el legislador salvadoreño, como “declaración de propia parte”<sup>38</sup>.

**c) Reconocimiento judicial**

En cuanto este medio probatorio consideramos que su valoración se hará conforme a las reglas de la sana crítica, como resultado de la aplicación de la regla general de valoración de la prueba, consignada en el Art. 416 Inc. 1 CPCM. En palabras del maestro Bentham la importancia de este medio probatorio radica en que, por lo general, “La única prueba que no puede mentir es aquella que, sin la intervención del testimonio humano, se presenta directamente a los sentidos del juez.”<sup>39</sup> Resultan muy interesantes los comentarios que la moderna doctrina viene estructurando sobre este medio probatorio, si es que en propiedad se le puede denominar así<sup>40</sup>. Escribe el profesor Garberi Llobregat: “la exigencia legal imperativa de que el reconocimiento judicial sea documentado en un acta detallada por parte del secretario judicial (Art. 358 LEC), acta que, conforme a lo dispuesto en el Art. 317 inc. 1º LEC tiene condición de documento público, hace que, al menos, en lo relativo al hecho acto o estado de las cosas que se documentan en el acta, de la fecha en que se levanta la misma así como de la identidad del fedatario y demás personas que intervienen en el reconocimiento judicial, esta prueba tenga un valor tasado.”<sup>41</sup> Por su parte, Cappelletti dice: “Es verdad que el órgano típicamente funcionante como documentador es, en nuestro proceso, el secretario, que desarrolla su función mediante el acta”<sup>42</sup>. La práctica de la prueba en el acto único del juicio supone un intento del predominio de la oralidad lo que conlleva necesariamente a la documentación del acto”. Esta documentación se realiza por medio del acta<sup>43</sup>. Al levantar el acta del reconocimiento judicial, el secretario en su calidad de fedatario judicial y documentador del acto, la robustece con fe pública judicial, y por lo tanto la convierte en documento que en esencia es un instrumento público a la luz del Art. 231 CPCM., la fe pública lleva a la documentación. En cuanto a lo an-

terior, la autora Barona Vilar aporta lo siguiente: "La realización de un acto procesal, o la constancia de un hecho con trascendencia procesal, han de llevarse al proceso mediante su documentación, por lo que aunque sea imprescindible separar conceptualmente las funciones de fe pública y documentación, ambas van íntimamente unidas"<sup>44</sup>. En torno a estas ideas son válidas las opiniones doctrinarias arriba esbozadas. Complementando lo anterior diremos que es aplicable a la valoración de este medio probatorio, la doctrina conocida en el ámbito del common law como "estoppel", sobre la que Kenney Hengland comenta que "nadie puede argumentar lo contrario a lo que argumentó antes en el mismo proceso"<sup>45</sup>, doctrina que no es ajena a nuestro derecho continental como nos lo dice el profesor Ortells Ramos: "Si el juez que dicta sentencia es el que practicó el reconocimiento debe, en principio, quedar vinculado a las percepciones y apreciaciones que hizo constar en el acta (Art. 358.1 LEC) actuar de otro modo representaría una arbitrariedad"<sup>46</sup>.

## **II. ORDEN DE PRODUCCIÓN DE LAS PRUEBAS EN EL PROCESO CIVIL Y MERCANTIL**

Se entiende por orden "la colocación de las cosas en el lugar que les corresponde; regla o modo que se observa para hacer las cosas; mandato que se debe obedecer observar y ejecutar"<sup>47</sup>.

Diremos que producción de la prueba, es la actividad encaminada a la realización de los actos procesales indispensables, para que las fuentes de prueba sean incorporadas en el acto del juicio.

Entendido el proceso como un conjunto de etapas o pasos ordenados y preclusivos, tramitadas por el órgano jurisdiccional con el objeto de tutelar derechos exigidos ante él, resulta entonces que su núcleo no puede estar al margen de un orden (colocación de cada medio probatorio en el lugar que le corresponde para que la prueba sea producida), en palabras del Maestro Fairen Guillen, acción y pretensión se siguen en un orden lógico y, en algunas ocasiones, incluso hasta cronológico<sup>48</sup>.

Antes de entrar a analizar el fundamento del orden de producción de la prueba, se hace necesario que desarrollemos su origen histórico.

## 1. Origen Histórico

El legislador salvadoreño en ningún momento de la historia del Procesal Civil señaló un orden para la práctica de los medios probatorios, lo que si reguló fue un orden de valoración de la prueba el cual siempre ha existido, algunas veces muy marcado, otras, disfrazado. Desde los albores de nuestra legislación procesal civil, el prócer Isidro Menéndez, en el Código de Procedimientos Judiciales y de fórmulas de 1857, Capítulo 13º “De la Fuerza de las pruebas y clasificación de ellas”, específicamente en el Art. 450, instituyó el principio de tarifa legal, iniciando su mención en los siguientes términos: “cuando por ambas partes se produzca en juicio plena prueba, se estará a la más robusta según el orden siguiente. . .”. Esta norma fue adoptada por el Código de Procedimientos Civiles de 1881, en similar sentido, con mayor claridad y enunciada así: “Art. 415. Cuando por ambas partes se produzca en juicio plena prueba, se estará a la más robusta según el orden siguiente: 1º La presunción de derecho; 2º El juramento decisorio; 3º La presunción judicial; 4º La inspección personal en los casos a que tiene lugar; 5º Los instrumentos públicos y auténticos; 6º Los privados fehacientes; 7º La confesión extrajudicial escrita; 8º la confesión extrajudicial verbal con otra semiplena; 9º La prueba pericial en los casos que tiene lugar; 10º La prueba testimonial; 11º la semiplena prueba de diverso género que hacen prueba perfecta; 12º Las presunciones cuando hacen plena prueba.”

El antecedente procesal más próximo que en calidad normativa exige establecer un orden en la producción de la prueba durante el juicio, no tiene origen como ya se dijo en el Proceso Civil, sino que ha de buscarse en el Proceso Penal, concretamente en el Decreto Legislativo Nº 904, del 4 de diciembre de 2006, publicado en el Diario Oficial Nº 11, tomo 334, el 20 de enero de 1997, el cual entro en vigencia el 20 de abril de 1998 y fue uno de los cuerpos normativos que sirvió de base para la elaboración de Código Procesal Civil y Mercantil. Dicha disposición establecía:

### **Recepción de la prueba**

*Art. 345.- Después de la declaración del imputado, el presidente del tribunal recibirá la prueba en el orden indicado en los artículos siguientes, salvo que considere necesario alterarlo.*

Bajo la vigencia de este código, como enseña Serrano, se construyó un sistema mixto de juzgamiento en cuya columna vertebral, se sostuvo el principio de orden y eficacia que consistía en que, “luego

de la declaración del imputado o su negativa de declarar el presidente del tribunal debía recibir la prueba en el orden establecido".<sup>49</sup>

El vigente Código Procesal Penal, decreto legislativo número 733, que entró en vigencia el día de junio de 2009, se desliga poco a poco del sistema mixto que adoptó en el anterior Código Procesal Penal, y se inclina más por el proceso adversarial, no regulando orden en el cual la prueba deba practicarse; en lo pertinente se estableció:

### ***Recepción de la prueba***

**Art. 386.-** *Después de la declaración del imputado, el juez que preside recibirá la prueba, iniciando con la de los acusadores; las partes determinarán el orden en que se recibirán sus respectivas pruebas.*

Además del Código Procesal Penal citado, para la elaboración del Código Procesal Civil y Mercantil se tomaron en cuenta legislaciones avanzadas de países como Uruguay, Perú, y Argentina, entre otros; la misma nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Española<sup>50</sup>, Ley 1/2000 del 7 de enero de 2000, en lo pertinente dice: **Artículo 300. Orden de práctica de los medios de prueba.** *1. Salvo que el tribunal, de oficio o a instancia de parte, acuerde otro distinto, las pruebas se practicarán en el juicio o vista por el orden siguiente: 1.º Interrogatorio de las partes. 2.º Interrogatorio de testigos. 3.º Declaraciones de peritos sobre sus dictámenes o presentación de éstos, cuando excepcionalmente se hayan de admitir en ese momento. 4.º Reconocimiento judicial, cuando no se haya de llevar a cabo fuera de la sede del tribunal. 5.º Reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes. 2. Cuando alguna de las pruebas admitidas no pueda practicarse en la audiencia, continuará ésta para la práctica de las restantes, por el orden que proceda.*

La Ley de Enjuiciamiento Civil, LEC, no solo ha previsto el abanico de medios de prueba cuya práctica puede ser llevada a efecto en el proceso civil, sino que también, por vez primera en nuestro derecho, ha procedido a indicar cuál ha de ser el orden a seguir para su práctica de las pruebas admitidas por el órgano judicial, regulación que con toda claridad, viene motivada por la novedosa obligación legal de que la prueba se practica en juicio o vista, bajo los principios de publicidad e inmediación<sup>51</sup>.

La LEC, cómo señala Víctor Morena Catena, fue influenciada<sup>52</sup> por la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Lecrim), cuerpo normativo

que en su Art. 701 estableció un orden en la producción de la prueba. Esta última ley sirvió de fuente para la elaboración del Código Procesal Penal que entro en vigencia en 1998, el cual como ya se dijo, se encuentra derogado.

En materia procesal penal enseña Gimeno: "El orden no es arbitrario ni responde a un convencionalismo injustificado o a un mero capricho del legislador, sino que por el contrario obedece a la naturaleza misma del sistema de enjuiciar en materia penal... Se prevé expresamente la posibilidad de alterar el orden por el presidente de oficio o a instancia de alguna de las partes cuando determinadas circunstancias las hagan aconsejable... El Art. 701 Lecrim resulta determinante para explicar el papel del órgano jurisdiccional en la actividad probatoria. En él se determina el orden a seguir por la actividad probatoria. Pues bien, ya vimos que en un modelo adversarial la práctica de la misma se hace conforme a la voluntad de las partes, esto es en el orden propuesto por ellas. Todos estos elementos se encuentran ausentes, como es lógico, por otra parte en nuestro sistema mixto ya que el Art. 701 despeja cualquier duda acerca de quién es el verdadero dominus del juicio oral"<sup>53</sup>.

Similar situación acontece en el Código Procesal Civil y mercantil, estructurado sobre la base de principios inquisitivos y adversariales, lo cual ha provocada esa colisión de normas jurídicas que hacen difícil su interpretación y que provocan desorden, como veremos a continuación.

## **2. Fundamento normativo**

La práctica de medios de prueba está regida en parte por normas específicas para cada medio de prueba y, en parte, por normas generales<sup>54</sup>. Estas últimas se encuentran dispersas por todo el Código Procesal Civil y Mercantil, verbigracia: la prueba debe ser obtenida de forma lícita (Art. 1 Inc.2 y Art. 3); la prueba debe ser producida en apego al principio de contradicción (Art. 4); como regla general, la prueba debe ser aportada por las partes (Art. 7); El mecanismo para que la prueba sea producida en audiencia es la palabra hablada (Arts. 9 y 203); Las partes tienen derecho a estar presentes en la producción de la prueba (Arts. 9 y 200); la práctica de la prueba exige la presencia del juez (Art. 10); como regla general la actividad probatoria se llevará a cabo en la sede del tribunal (Art. 140); la prueba debe ser valorada conforme a las reglas de la sana critica (Arts. 216 y 416), salvo las excepciones que hemos dicho, etc.

El Código Procesal Civil y Mercantil ha regulado de manera expresa que la prueba deba ser producida en el juicio, siguiendo un orden para la producción de la misma; tal mandato surge del Art. 203 inc. 4, CPCM que al respecto dice:

***Régimen de la celebración de las audiencias***

. . . Si se hubiera admitido pruebas, se practicarán conforme al orden establecido en las normas que regulan la actividad probatoria.

Entonces ¿Cuál es ese orden?, la norma nos remite a las disposiciones relativas a la actividad probatoria que se ubica en el Libro segundo, Título segundo, Sección Tercera, Capítulo Tercero del Código Procesal Civil y Mercantil; inicia el mencionado capítulo con el Art. 312, en el que se desarrolla el derecho a producir la prueba en igualdad de condiciones y a utilizar los medios que el código prevé; esos medios se encuentran desarrollados a continuación en el capítulo cuarto, que también se divide en secciones, que siguen el siguiente orden: Sección primera, Prueba Documental, del Art. 331 al 343; Sección segunda, Declaración de Parte, del Art. 344 al 353; Sección Tercera, Interrogatorio de Testigo, del Art. 354 al 374; Sección Cuarta, Prueba Pericial, del Art. 375 al 389; Sección Quinta, Reconocimiento Judicial, del Art. 390 al 395; Sección sexta, Medios de Reproducción del sonido, de la voz o de la imagen y almacenamiento de información, del Art. 396 al 401. El lector, fácilmente puede percatarse de que legislador ha iniciado el desarrollo de los medios probatorios con la prueba documental, como también lo hacia el Código de Procedimientos Civiles; la justificación es tradicional: "La tendencia a creer en la autenticidad de lo escrito es más fuerte que la de admitir la sinceridad de los testimonios"<sup>55</sup>.

Similar redacción del Art. 203 Inc. 4 CPCM, y con mayor claridad, se observa en la Ordenanza Procesal Alemana, que en su parágrafo 284 dice: "**§ 284 Recepción a Prueba:** La recepción a prueba y el pronunciamiento por el cual se ordena un procedimiento especial de recepción a prueba se rige por las disposiciones de los títulos del 5 al 11. Con el acuerdo de las partes el tribunal puede ordenar que la prueba sea producida de forma que resulte más adecuada. El acuerdo de las partes puede reducirse a algunas pruebas a recibir."

Si se continúa con la lectura del Código Procesal Civil y Mercantil, el lector ubicará el Art. 406 inc. 1 CPCM., disposición que no está en consonancia con el Art. 203 Inc, 4 CPCM., de donde surge un

problema de interpretación e integración de la norma jurídica arriba citada, dicha disposición reza:

***Practica de las Pruebas***

*Art. 406.- Cada parte, y en primer lugar el demandante, puede presentar las pruebas que hubiere propuesto, del modo que, a su juicio, convenga a sus intereses. El Juez accederá a ello cuando no perjudique el desarrollo de la audiencia ni menoscabe el derecho de defensa de la parte contraria.*

Como se observa, no existe armonía entre los artículos 203 Inc. 4 y 406 Inc. 1 CPCM; de la simple lectura de ambas normas se observa que riñen en su aplicación; el legislador inicia con un mandato para el juez, cual es, que los medios probatorios deben practicarse en un orden y, luego, en el núcleo del proceso, le da la facultad a las partes de que presenten las pruebas en el orden que ellas mejor crean conveniente, llegando así al tan temible axioma del maestro Fairen Guillen: "orden más contraorden, igual desorden."<sup>56</sup> ¿Qué norma debe aplicar el juez? ¿Si elige entre aplicar una norma y descartar la otra como queda el principio de legalidad? ¿Existe algún punto neutro donde la el principio de legalidad no penda de un hilo? ¿Cuál ha sido el fundamento para establecer un orden en la producción de la prueba? Son algunas de las preguntas a las que trataremos de dar respuesta a continuación.

**3. ¿Por qué el legislador estableció un orden en la producción de la prueba?**

Cuando desarrollamos los diferentes sistemas de valoración de la prueba, dijimos que el legislador ha establecido un sistema de prelación, en cuanto a la valoración de la prueba, ordenándole al juez que, al momento de formar su decisión, prefiera unos medios probatorios sobre otros, esto ocurre con la prueba instrumental y la Declaración de parte contraria, en el supuesto de ficta confessio, dicho ut supra, que son los únicos medios probatorios a los que el legislador ha otorgado valor tasado y que, dicho sea de paso, son los que dan inicio en el Código procesal Civil y Mercantil al desarrollo de los medios probatorios. Con esa óptica, si llegado el momento culminante de la actividad probatoria, cual es la valoración de la prueba, el juez debe preferir la prueba tasada, entonces se entiende porqué el legislador ordenó que en la producción de la prueba el desfile probatorio inicie con lo que tiene valor preferente.

#### **4. Pruebas que ordinariamente son producidas en el juicio y la forma en que lo son.**

Cuando desarrollamos el principio de concentración dijimos que la prueba, como regla general, necesariamente debe ser producida en unidad de acto, es decir en el acto de la audiencia; además adelantamos que existe prueba que por su propia naturaleza no podrá practicarse en dicha audiencia, por dos razones: la primera, porque su creación es anterior al proceso, por ejemplo la prueba documental (Art. 331 CPCM), pericia extrajudicial o de parte (Art. 276 Ord. 7º CPCM) y la prueba anticipada (Art. 326 CPCM); o dentro del proceso, cuando no puede producirse en la sede del tribunal, porque la fuente de prueba no puede ser trasladada, por ejemplo el reconocimiento judicial de inmueble (Art.392 Inc. 2 CPCM), la declaración de parte y testigos en sede domiciliar (352 y 373 CPCM); en estos seis casos planteados, su producción deberá materializarse mediante la lectura del documento, informe o acta que documente la práctica de la prueba.

Nosotros consideramos que el Art. 406 inc. Inc. 1 CPCM., en esencia, regula la producción de prueba oral (interrogatorio personal de parte, testigo y perito); desde esa óptica se entiende que las partes sean libres de presentar la prueba (testimonial) del modo que, a su juicio, convenga más a sus intereses. Esto es así porque, como señala Bergman, en el modelo sajón del trial "El orden de los testigos es una decisión de carácter táctico. . . una posibilidad de ordenamiento es la que sugiere los principios de primacía y novedad, esto sugiere que recordamos mejor lo que vemos y oímos primero y último"<sup>57</sup>.

Vale recordar, que no todos los medios probatorios son practicados en el acto del juicio, como bien lo señala el profesor Manuel Ortells Ramos: "La prueba documental, la de instrumentos que incorporan imágenes, palabras, sonidos y datos relevantes para el proceso; los dictámenes periciales y la prueba testifical -en cuanto a los informes preparados por profesionales de la investigación privada- se practican en parte antes y fuera del juicio. . . Algunos actos del procedimiento de práctica no se realizan en el juicio o vista: el reconocimiento judicial o impugnación del documento o copia aportada (Art. 289.3 LECiv), el cotejo de la copia con el original (Art.320.3 LECiv), la formación del cuerpo de escritura para cotejo de letras y la ratificación de la autoría del dictamen pericial (Art. 289.3LECiv.). **En el juicio o en la vista se practicarán:** la

declaración personal como testigo (Art. 380 LECiv), la exposición del dictamen pericial, el examen contradictorio del perito, si es admisible (Art. 347 LECiv.) y la audición y visión de los medios audiovisuales<sup>58</sup>. Por exclusión de los anteriores medios probatorios tendremos como únicos a practicar en el juicio los relativos a las pruebas orales, visión que nos permite interpretar con armonía y equilibrio los artículos 203 inc. 4, y 406 Inc. 1 del CPCM., en cuanto a que se debe respetar el orden fijado para la producción de los diferentes medios de prueba regulados en los artículos 231 y siguientes, y a que las partes pueden presentar las pruebas que hubieren propuesto, es decir las pruebas orales "testimonial, declaración de propia parte e informe pericial", del modo que, a su juicio, convenga más a sus intereses, esto es el orden en que los testigos depondrán cuando fueren varios y en qué momento rendirá su declaración la parte.

#### **a) Prueba Documental.**

Como bien apunta Silvia Barona Vilar, "la ley no prevé expresamente la realización de actuaciones probatorias vinculadas a pruebas documentales, lo cierto es que en el acto del juicio también habrán de practicarse exhibiciones de documentos y la presencia de los autores, de las respuestas escritas de los informes"<sup>59</sup>.

Líneas arriba manifestamos que la prueba documental, informes periciales y oficiales, para que se tengan por producidos en el proceso Civil y Mercantil, necesariamente deben ser leídas en el acto del juicio, solo así se podrá garantizar el derecho fundamental de defensa y los principios de contradicción, inmediación y oralidad. No se trata de que su lectura en la audiencia tenga por finalidad la impugnación del documento, ya que el momento procesal para ello ya precluyó, de lo que se trata es de que las partes tengan a disposición el contenido intelectual del documento; esto solo acontecerá mediante su lectura, solo así se podrá hacer un juicio de contradicción entre este medio probatorio y los restantes.

Consideramos que la mera incorporación de los documentos e informes per se no constituyen producción. El principio de inmediación exige que toda prueba para ser válida debe ser mediada por el juez en el acto del juicio; esto solo

ocurre para este medio probatorio si es leída en presencia de las partes.

Tanto en el proceso familiar, que es génesis del proceso oral salvadoreño, como en el proceso penal, normativas de las que, como ya se dijo, también bebió el legislador salvadoreño para la elaboración del proceso Civil y Mercantil, se exige la lectura de la prueba documental en la audiencia, para muestra véase el Artículo 118 de la ley Procesal de familia que dice: **Prueba documental Art. 118.-** *Los documentos deberán exhibirse en la audiencia, con indicación de su origen; los instrumentos podrán leerse y las partes o sus apoderados podrán controvertir el contenido de los mismos.* En lo pertinente el código procesal penal establece:

**Incorporación Art. 248.-** *Los documentos serán leídos y exhibidos en la audiencia, con indicación de su origen. Los soportes de sonido, voz o imagen y el almacenamiento de la información deberán reproducirse en audiencia mediante los medios idóneos y, si fuere necesario, con la ayuda de un experto técnico. Las Partes y el juez podrán acordar la lectura, exhibición o reproducción parcial de esos medios.* La exigencia para nuestra materia, como adelantamos anteriormente surge del Art. 205 Inc. 1 CPCM., que dice: **Documentación de las audiencias Art. 205.-** *La audiencia se documentará en su integridad mediante acta levantada por el secretario judicial, en la cual se dejará constancia de todo lo sucedido en aquélla. Se incluirán en la misma las alegaciones y declaraciones de las partes, así como lo que hubieran aportado los testigos y los peritos, **el resultado del reconocimiento judicial si lo hubo y los documentos ofrecidos como prueba.***

Como comentario de lo anterior hay que iniciar diciendo que esta última disposición, en esencia regula la fe pública judicial que ha sido encomendada al secretario judicial, a quien en su calidad de fedante le ha confiado el legislador la función de documentar lo acaecido en la audiencia mediante acta, que para tal efecto levantará; hay que preguntarse entonces ¿a qué audiencia se refiere la disposición cuando menciona que el secretario documentará por escrito mediante acta, las declaraciones de las partes, testigos y peritos, el resultado del reconocimiento judicial y

los documentos ofrecidos como prueba? Consideramos que todos los medios probatorios enunciados en la disposición, en unidad de acto, únicamente como regla general, pueden ser producidos en el acto del juicio.

Otro de los principios procesales de inspiración democrática y republicana es el principio de publicidad de los actos procesales, el cual, como en su momento dijimos, se entiende de dos modos: en cuanto al carácter interno o externo de la publicidad, esto es que la prueba no solo sea producida en presencia de las partes, sino también del público (los ciudadanos). Lo anterior resulta del mandato constitucional regulado en el Art. 85, el cual exige que toda decisión debe ser tomada y discutida en presencia de los gobernados que, para el caso, son los asistentes a la audiencia probatoria o a la única audiencia del proceso abreviado. ¿Cómo se enterarán los ciudadanos y, por lo tanto, como ejercerán el control social de las decisiones, que son tomadas por el Estado salvadoreño mediante el Órgano Judicial al administrar justicia, si no todos los medios probatorios ofertados, desfilan en su presencia?. El profesor Stefan Leible al referirse al principio de publicidad sostiene: "El principio autoriza a cualquiera, en consecuencia también a personas que no son parte en el procedimiento, a asistir a la deliberación oral. Con ello debe documentarse públicamente la objetividad de la jurisprudencia y consolidarse la confianza del pueblo en ella. Lo que ocurre a la vista y oídos del público, goza de confianza más fácilmente"<sup>60</sup>.

No obstante lo que ut supra hemos manifestado, la exigencia de la lectura de la prueba documental e informes en la audiencia no está escrita en piedra, la naturaleza del proceso adversarial permite que las partes en la audiencia probatoria o en la única audiencia del proceso abreviado, pueden formular estipulaciones y, por lo tanto, solicitar que sea obviada la lectura de todo el documento (pidiendo que se dé por reproducida su lectura) o algún extremo relevante del mismo (resaltando así lo medular), ahorrando dispendio de tiempo, esto en aplicación de los artículos 6 inc. 2 CPCM ("Las partes podrán efectuar los actos de disposición intraprocesales que estimen convenientes") y 321 inc. 2 ("Las partes podrán estipular de manera previa determinados hechos que se consideraren probados...").

**b) La declaración de parte y testimonial**

La declaración de parte se tendrá por producida en el juicio mediante el interrogatorio de las personas llamadas para tal efecto. Como arriba se dijo, este medio se ubica en segundo lugar en orden de producción; por las razones que ya se expusieron, nos interesa acá hacer una crítica constructiva sobre su ubicación. En el proceso penal es comprensible que el imputado pueda ejercer su derecho constitucional de declarar al inicio del juicio; en el proceso civil, por buena técnica legislativa, la declaración de parte debe de producirse luego de haber desfilado todo el material probatorio; solo sobre la base del conocimiento de toda la prueba producida, se podrá ejercer plenamente el derecho de defensa. Además, como señala Marianella Ledesna al comentar el Art. 208 del Código Procesal Civil peruano, el cual exige que la declaración de propia parte debe ser el último medio probatorio en producirse en el juicio, "Las partes deben ser los últimos medios que actuarán en la etapa probatoria; ello es atendible porque luego del debate probatorio habrá mayor información recogida en el proceso, la misma que permitirá ser apreciada y esclarecida en el interrogatorio a las partes"<sup>61</sup>.

Como ut supra se dijo, en la gran mayoría de países del civil law lo que se pretende con la declaración parte es generar la confesión. Desde esa óptica se entiende porqué se le ubica entre los primeros medios probatorios y se le concibe como la reina de las pruebas.

En el sistema norteamericano, génesis del proceso adversarial en puridad, la decisión del orden en que declara cada testigo queda a discreción del juez, esto de conformidad con la regla federal de evidencia número 611; no obstante, a las partes les asiste su derecho a solicitar qué testigos declararán primero y, aunque como señala Bergman "A veces uno puede desear que su cliente sea el primer testigo, es posible que lo llamen en último término y, por lo tanto, el cliente goza del beneficio de escuchar el interrogatorio directo y las repreguntas a todos los testigos."<sup>62</sup> Esto es así porque en el sistema de Norteamérica rige el principio de *fair trial* o *due process of law*, "procedimiento justo" conocido entre nosotros por "derecho a ser oído legalmente",

que tiene dentro de sus expresiones la prohibición de exigencias irrazonables en la dirección de la prueba; además, como señala el profesor Leible "Es propio del procedimiento justo que se le dé en general oportunidad a las partes de expresarse. El derecho a ser oído legalmente, es decir a ser oído por el juez, es por ello el más importante principio procesal y una parte irrenunciable de todo orden procesal de un Estado de Derecho. El tribunal Federal de Constitucionalidad, lo caracteriza de manera que este principio no solo sirve para el esclarecimiento de los fundamentos fácticos de la decisión, sino de respeto a la dignidad del hombre, que en una situación tan difícil, como es normalmente para él un proceso, debiendo tener la posibilidad de defenderse con argumentos fácticos y jurídicos. . . Ello significa, por una parte, que las partes tienen derecho a orientación. Ellas deben ser informadas sobre el procedimiento y expresiones de otros participes del procedimiento, **tienen un derecho a la vista de las actuaciones**"<sup>63</sup>.

Como bien dice el profesor Moreno Catena "En buena lógica la declaración de las partes debe situarse en último lugar, una vez conocido el resultado de las demás pruebas practicadas en el juicio o vista. Ello permitirá, apurando el principio de contradicción, un interrogatorio más preciso, más rico, y desde luego, más eficaz, ya que de este modo los contenidos de la declaración podrían extenderse a los resultados arrojados por los demás medios probatorios"<sup>64</sup>. En cuanto a la producción de la aprueba testimonial, reiteramos lo que líneas arriba dijimos, que las partes son libres de establecer en qué orden serán llamados a declarar los testigos propuestos, ya que son quienes mejor conocen la estrategia de defensa o ataque.

### c) **Informes periciales**

"De conformidad con la ley, existen dos formas de obtener un informe pericial, a saber: la extrajudicial o de parte y la judicial, las cuales tienen una equiparación en cuanto al valor probatorio, ya que ambas se ubican en un plano de igualdad y por tanto no son excluyentes la una de la otra, es decir, que indistintamente sea practicada la pericia por orden del juez o de parte antes del proceso, el potencial valor probatorio del dictamen en cualquiera de los casos

señalados debe ser el mismo, desde la perspectiva legal, pues será valorado por el juzgador conforme a las reglas de la sana crítica..."<sup>65</sup>.

Una vez elaborado y agregado el informe por el perito, les asiste a las partes el derecho de solicitar su presencia en la audiencia probatoria a efecto de que lo aclare, lo ilustre y responda a preguntas formulados por el requirente (Art. 387 CPCM), pero puede acontecer que ninguna de ellas esté interesada en interrogar al perito; en tal supuesto, el informe para tenerse por producido en audiencia deberá leerse (Art. 205 Inc. 1 CPCM).

**d) Reconocimiento Judicial**

El reconocimiento judicial puede practicarse sobre personas y sobre objetos muebles, en tal caso la persona u objeto deberá trasladarse a la sede del órgano judicial para que su práctica sea de forma concentrada en el propio acto del juicio, así lo ordena el Artículo 392 Inc. 2 CPCM.; si de lo que se trata es de reconocer judicialmente un inmueble este reconocimiento habrá sido practicado previamente a la celebración del juicio, incluso mediante auxiliar judicial (Art. 393 CPCM) y su producción se verificara mediante la lectura del acta (Art. 205 inc. 1 y 392 CPCM).

**e) Medios de Reproducción del sonido, la voz, los datos o de la imagen y almacenamiento de la información.**

Previa a la producción de este medio probatorio, el legislador exige el cumplimiento de determinados requisitos, la fuente de prueba para ser incorporada debe ser autenticada por el proponente, así tendremos que para el caso de objetos sustancias, fotografías, videos, medios de almacenamiento de datos, de imágenes, de voz o de información deberán ser introducidas vía testimonio; El carácter especial de estas cosas es claro: son objetos materiales que desempeñan la función de reproducir o representar una cosa o un hecho. Conociéndolas el juzgador obtiene información relacionada con el hecho relevante en el litigio por ello un problema importante es verificar su autenticidad"<sup>66</sup>, para ello al legislador salvadoreño le ha parecido más idóneo, seguir el mismo camino trazado por el sistema Norteamérica<sup>67</sup>, en el que el material tangible es autenticado me-

diante prueba testimonial, sentando previamente las bases para ello (foundation), ya sea en audiencia probatoria en la única prueba del proceso abreviado, sin cuyo requisito no podrá ser producida la fuente, exigencia que resulta de la lectura del Art. 325 CPCM.

No obstante que la disposición no haga mención expresamente a la facultad de las partes de impugnar la autenticidad del material tangible, de la simple lectura del Art. 400 Inc. 2 CPCM, entendemos que tal posibilidad es procedente; para ello, antes de la celebración de la audiencia se deberá proporcionar al perito el material tangible para que él determine, por ejemplo, si no se han alterado las imágenes o las voces; y si los discos o cintas grabadas pertenecen a las personas a quienes se les atribuye.

## **5. Derecho comparado**

Gran parte de la legislación procesal civil de Latinoamérica regula un orden en la producción de la prueba, véase para el caso en el Código Procesal Civil de Honduras el Art. 252 que establece un orden para la práctica de la prueba, iniciando con la declaración de parte; en dicha disposición también se regula que, excepcionalmente, se puede acordar un orden de práctica de prueba distinto. El código Procesal Civil de Nicaragua en el Art. 253 otorga a las partes, en primer lugar, la facultad para que señalen el orden en que la prueba se practicará, a falta de señalamiento, la misma disposición establece en qué orden se practican los medios probatorios. El Art. 353 del Código del Código Federal de Procedimientos Civiles de México, indica cual ha de ser el orden en que la prueba se producirá en la audiencia; inicia con la discusión de la prueba documental, luego continúa con la prueba pericial, finalizando con el interrogatorio de los testigos y las partes. En el ámbito suramericano el recientemente aprobado código Procesal Civil de Brasil, en el artículo 361 también regula un orden en la práctica de la prueba, iniciando con la prueba pericial. El código Procesal Civil de Perú, en el artículo 208, ordena que para la actuación de las pruebas debe iniciar con la prueba pericial, continuar con el interrogatorio de testigos, seguir con el reconocimiento judicial, continúa con la testimonial, exigiendo dicha disposición que el ultimo medio probatorio a practicar será la declaración de parte. En el ámbito europeo, es quizás España la legislación que más influencia ha tenido en Latinoamérica, lo que

se deduce de que gran parte de las legislaciones mantienen la misma estructura en la redacción de la norma, en cuanto al orden de producción de la prueba. Dicha obligación se consigna en el Art. 300 LEC y solo si las partes lo solicitan o el juez lo tiene a bien, se puede alterar el orden. El parágrafo § 284 de la Ordenanza Procesal Alemana manda que la recepción a prueba se produzca conforme a las disposiciones consignadas en los títulos del 5 al 11 de la ZPO, no obstante, con el acuerdo de las partes la prueba puede ser producida de la forma que resulte más adecuada. El Art. 202 del Código de Procedimientos Civiles de Italia ordena que las declaraciones de testigos y parte sean las primeras en producirse.

### **III. CONCLUSIÓN**

Como en su momento manifestamos, siendo el proceso un conjunto ordenado de etapas la principal de ellas (audiencia probatoria o la única audiencia del proceso abreviado), debe realizarse también en un orden de producción, el cual en nada afecta que se desarrolle conforme se ha estructurado por el legislador en los capítulos relativos a los medios probatorios. Con las excepciones que diremos a continuación, no consentimos que la declaración de propia parte y de parte contraria tomen el segundo lugar en el orden, para nosotros como arriba se dijo es imperioso potenciar el derecho de defensa y contradicción consagrado en el Art. 12 de la Constitución, por tanto dicho medio debe ser producido en un último lugar. Tampoco estamos de acuerdo en que los testigos declaren en un orden prefijado por el juez; la experiencia enseña, que en un último momento puede cambiar la estrategia de defensa o de ataque, debido a la incomparecencia de un testigo, por lo que dicha decisión debe ser tomada por las partes. La tendencia moderna en legislación procesal civil, en el ámbito del civil law, se inclina por estructurar un orden en la práctica de la prueba; tanto el Código Procesal Civil de Nicaragua como el Código Procesal Civil de Brasil, cuya vigencia inicia en 2016, adoptan esta postura. Entre nosotros la tendencia a establecer un orden de producción de prueba continua, puede verse por ejemplo en el Art. 183 del Proyecto del Código Procesal del Trabajo, que se encuentra en estudio en la Asamblea Legislativa, en el cual se establece que se iniciará la práctica de la prueba con la declaración de parte.

De existir unanimidad entre las partes, el proceso adversarial sobre el que se inspira nuestro código, permite las estipulaciones

probatorias, por lo que las partes podrían de común acuerdo alterar dicho orden, pero de no ponerse de acuerdo debe respetarse el orden indicado.



## NOTAS

- 1 Calamandrei, Piero. Instituciones de Derecho Procesal civil. Ed. Librería El Foro, Buenos Aires 1996 tomo I. Pág. 348
- 2 Garberi Llobregat, José. "Derecho Procesal Civil". Editorial Bosh, 2ª edición. Barcelona 2012. Pág. 398.
- 3 Enseña el maestro de la Universidad de Roma, "en substancia es bien fácil observar que la verdad no puede ser más que una, de tal modo que la verdad formal o jurídica coincide con la verdad material y no es más que verdad, o discrepa de ella, y no es sino una no verdad, de tal modo que sin metáfora el proceso de búsqueda sometido a normas que constriñen y deforman su pureza lógica, no puede en realidad ser considerado como un medio para el conocimiento de la verdad de los mismos hechos sino para una fijación o determinación de los hechos, que pueden coincidir o no con la verdad de los mismos y que permanece por completo independiente de ellos. Carnelutti Francesco. "El Concepto Jurídico de la Prueba". Editorial Leyer. Colombia 2008. Pág. 27.
- 4 Pico i Junoy Joan. et. al. "Objeto y carga de la Prueba Civil". Editorial Bosch. 2007. Pág. 20 y 21; sostienen la misma posición: Arazi, Roland "Derecho procesal civil" Tomo 1, Rubinzal editores, Santa Fe 2012. Pág. 356; Kielmanovich, Jorge. "Teoría de la Prueba y Medios Probatorios". Rubinzal. 2 edición 2001. Pág. 25; Midon Marcelo Sebastián et. al. "Tratado de la Prueba". Editorial liberara de paz. 1ª reimpresión junio 2008. Pág. 35-36; Montero Aroca Juan et. al. "El Nuevo Proceso Civil". Tiran lo Blanch, valencia 2001. Pág. 301; Taruffo, Michele. "La Prueba de los hechos". Editorial Trotta, 2ª edición 2005, Traducción por Jordi Ferrer Beltran, título original "La Prova dei fatti giuridici". Pág. 27-28; Barona Vilar, Silvia. et. al. "El Proceso Civil". Tomo III. Tiran lo Blanch. Valencia 2001. Pág. 2179; Devis Hechandia, Hernando. "Compendio de Pruebas Judiciales", Ed. Temis. Bogotá 1969. Pág. 5; Couture, Eduardo "Fundamentos de Derecho Procesal Civil", Buenos Aires. tercera edición 1958. Pág. 217.
- 5 Barona Vilar, Silvia et. al. "EL Proceso Civil" Tomo III. Ed. Bosch Valencia 2001 Pág. 2277.
- 6 Palacios, Lino Enrique. "Manual de Derecho Procesal Civil". 18ª edición. Ed. Lexis Nexis Abelado- Perrot. Buenos Aires 2008. Pág. 395.
- 7 Resolución de la Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, de las 09:20 horas del día 24 de agosto de 2012 Ref.118-CQCM-12
- 8 Sentis Melendo, Santiago. "Fuentes y Medios de Prueba". Buenos Aires. 1978. Pág.
- 9 Ortells Ramos, Manuel. et. al. "Derecho Procesal Civil". Ed. Thomson-Aranzadi 8ª edición. Navarra 2008. Pág. 353.
- 10 Dicho error en que incurrió el legislador salvadoreño, obedece a la fuente de la cual bebió, la Ley de Enjuiciamiento Civil española (en adelante LEC), específicamente el Art. 299 N° 3, en el que encontramos similar redacción a la salvadoreña. Las legislaciones más modernas, atendiendo la crítica que ha hecho la doctrina, han corregido la plana, para tal efecto puede verse el Art. 252 inc. 2 del Código Procesal Civil de Nicaragua; Art. 251 N° 2 Código Procesal Civil de Honduras; Art. 165 Inc. 2 Código General del Proceso de Colombia.
- 11 Montero Aroca, Juan et. al. "El Nuevo Proceso Civil" op. Cit. Pág. 321; en relación e la misma posición puede verse también Ortells Ramos

- Manuel op. cit. Pág. 353; Gimeno Sendra, Vicente "Derecho Procesal Civil. Ed. Colex. 4ª edición. Madrid 2012. Pág. 442.
- 12 Díaz Fuentes, Antonio "La Prueba en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", Ed. Bosch. 2ª edición Barcelona 2004. Pág. 136.
- 13 En cuanto a la operatividad de este medio probatorio en el derecho comparado puede verse las siguientes disposiciones Art. 373 Ley de Enjuiciamiento Civil Española ley 1/2000 del 7 de enero de 2000 en adelante LEC; Art. 162 del Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay ley 15,982 del 18 de octubre de 1988; Art. 223 del Código General del proceso de la República de Colombia ley 1564 de fecha 1 de octubre de 2012; Art. 448 del Código procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina ley numero 17.454 (t.o. 1981); Art. 308 del Código Procesal Civil de Honduras Decreto 211-2006 publicado en el diario oficial el día 26 de mayo de 2007; Art. 209 Código Procesal Civil de Perú. Decreto 768 de fecha 4 de marzo de 1992 que entro en vigencia el 8 de enero de 1993; Art. 303 Código Procesal civil de Nicaragua ley Nº 902 de fecha 4 de junio de 2015; Art. 152 del Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala; Art. 179 del Código Procesal Civil, Ley 439 de fecha 19 de noviembre de 2013 del código procesal civil de Bolivia; Art. 215 del Código de Proceso Civil francés; Art. 461 Rom. II del Código Procesal civil Brasileño de fecha 16 de marzo de 2015 ley Nº 13.105.
- 14 Ref. 121-2011-4. Resolución de la Cámara de lo Civil de la Primera Sección de Occidente de las 12:30 horas del día 14 de septiembre de 2011.
- 15 Arazi, Roland. "La Prueba en el Proceso Civil". Ediciones La Roca. 2ª edición. Buenos Aires 2001. Pág. 33
- 16 Taruffo, Michelle "La Prueba". Ed. Marcial Pons. Madri-Barcelona- Buenos Aires 2008. Pág. 121.
- 17 Resolución de la Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro, de las 12:45 horas del día 26 de noviembre de 2012 REF.63-3-CM-12-A.
- 18 Garberi Llobregat, José. et. al. "Los Procesos Civiles". Ed. Bosch. Barcelona 2012 Tomo I. Pág. 640 y 641.
- 19 Chiovenda, Giuseppe. "Instituciones de derecho procesal civil". Traducida por E. Gómez Orbaneja. Editorial Jurídica Universitaria. México 2002 Pág. 500.
- 20 Ortells Ramos, Manuel "FORMAS DEL PROCEDIMIENTO Y GARANTÍAS FUNDAMENTALES DEL PROCESO CIVIL" Revista Ius et Praxis", Año 16, Nº 1 2010, Pág. 416.
- 21 Calamandrei, Piero. "Derecho y Democracia". Ed. EJEA. Buenos Aires 1960. Pág. 148.
- 22 Taruffo Michelle, et. al. "Consideraciones sobre la prueba judicial". Fundación coloquio jurídico europeo. Madrid 2009. Pág. 114.
- 23 Barona Vilar, Silvia, "El Proceso Civil". Tomo IV. Tiran lo Blanch, Valencia 2001. Pág. 3226.
- 24 Amparo 269-2012 Sala de lo Constitucional 9:27 horas del día 26 de septiembre de 2012.
- 25 Landoni Sosa, Ángel. et. al. "Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay Comentado, con doctrina y Jurisprudencia". Volumen II-A. Art. 137 a 194. Ed. B de F. Montevideo Buenos Aires, Reimpresión año 2013 Pág. 395.
- 26 Midon, Marcelo S. et. al. "Tratado de la Prueba". Librería de Paz, 1ª reimpresión. Argentina 2008. Pág. 208.

- 27 Arazi, Roland. "Derecho Procesal Civil y Comercial". Tomo I. 3ª edición. Ed. Rubinzal-Culzoni. Santa Fe 2012. Pág. 395 y 396.
- 28 Gorphe, François. "Apreciación judicial de las pruebas". Editorial Temis. Colombia 2004. Pág. 141.
- 29 Bentham, Jeremías. "Tratado de las Pruebas Judiciales". Editorial Valleta. Argentina 2002. Pág. 136.
- 30 Falcón Enrique "Tratado de la Prueba". Tomo 1. Ed. Astrea. 1ª Edición. Buenos Aires 2003. Pág. 677.
- 31 Enseña el profesor Taruffo "Cuando un escrito privado se presenta ante su supuesto autor, este puede elegir que hacer. Si reconoce que su firma en el documento es auténtica entonces el documento tiene el valor probatorio determinado por el derecho. Si la parte no se manifiesta en ningún sentido, el documento se considera reconocido y, por consiguiente, auténtico, por tanto si la parte en cuestión quiere evitarlo tiene que negar expresamente la autenticidad de la firma que se le atribuye. En tal caso el documento tiene que ser verificado mediante un procedimiento especial en el que la parte que presento el documento puede demostrar que la firma de la otra es genuina. Taruffo Michelle "La Prueba". op. cit. Pág. 84. En igual sentido se pronuncia Landoni Sosa "El documento privado que no ha sido objeto de autenticación o reconocimiento judicial de firma según la ley sustancial, carece de autenticidad. Sin embargo la ley procesal consagra que estos se tendrán por auténticos. Se establece una presunción simple que puede ser desvirtuada mediante el desconocimiento de la firma (cuando estén suscritos) o de la autoría (cuando no estén suscritos) o mediante la impugnación mediante la tacha de falsedad en las oportunidades que la ley establece. Landoni Sosa, Ángel op. cit. Pág. 517.
- 32 Gorphe François. op. cit. Pág. 168.
- 33 Leible, Stefan. "Proceso Civil Alemán". Ed. Biblioteca jurídica Dike, 2ª edición, Colombia 1998. Pág. 247-248
- 34 Taruffo Michelle "La Prueba". op. cit. Pág. 79.
- 35 Lessona, Carlos. "Teoría General de la prueba en el derecho Civil". Confesión e interrogatorio. Hijos de Reus Editores. Madrid 1897. Pág. 479.
- 36 El legislador salvadoreño, contrario a lo que acontece en la mayoría de legislaciones latinoamericanas, ha sido benevolente en la declaración de parte contraria, en cuanto que, compareciéndola parte contraria a la audiencia probatorio, evade su obligación de responder a la pregunta formulada o, responde de forma evasiva o no concluyente; otras legislaciones sancionan con ficta confessio su incumplimiento véanse: el Código Procesal Civil de Honduras en el Art. 260 y 268; Art. 131 Código de Procedimiento Civil de Ecuador; Art. 205 del Código General del Proceso de la República de Colombia; Art. 165 Rom. IV. Inc. 2 del Código Procesal Civil de Bolivia; Art. 385 Parágrafo 1 Código Procesal Civil de Brasil;
- 37 Véase para el caso: Art. 232 del Código Procesal Civil de Italia; Art. 307 Ley de Enjuiciamiento Civil Española; Parágrafos § 446 y 453 de la Ordenanza Procesal Civil Alemana; Art. 386 Código Procesal Civil de Brasil; Art. 131 del Código Procesal Civil de Ecuador.
- 38 Véase Leible, Stefan op. cit. Pág. 284; Mellado Asencio, José Mª "Derecho Procesal Civil". Ed. Tiran lo Blanch. Valencia 2008. Pág. 118; Kielmanovich Jorge. "Teoría de la Prueba y medios Probatorios". Ed. Rubinzal- Culzoni. Buenos Aires 2001. Pág. 478; Landoni Sosa, "Código General del Proceso comentado, anotado con jurisprudencia." Vol.

- 2A. Editorial B de F. Montevideo- Buenos Aires 2013. Pág. 451. Ledesna Narvaez, Marianella "Comentarios al Código Procesal Civil" Tomo 1. Ed. Gaceta Jurídica. Primera edición. Perú, julio 2008. Pág. 792. Además puede consultarse las siguientes disposiciones: Art. 253 Código Procesal Civil de Honduras; 252 y 254 Código Procesal Civil de Nicaragua; Art. 130 Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala; Art. 165 y 191 N° 2 del Código General del Proceso de la República de Colombia; Art. 121 Código de Procedimiento Civil de Ecuador; Art. 144 del Código Procesal Civil de Bolivia; Art. 213 del Código Procesal Civil de Perú; Art. 405 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina; Art. 146 y 148 Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay.
- 39 Bentham, op. cit. Pág. 198
- 40 Para el Profesor Gimeno Sendra el reconocimiento judicial es, pues, un medio un medio de prueba en el que paradójicamente, no ha "medio" alguno ya que entre e juez y el objeto de prueba no existe instrumento de prueba que sirva de cause entre uno y otro (supuesto de prueba directa por antonomasia). Gimeno Sendra, Vicente "Derecho Procesal Civil. El Proceso de declaración, Parte General. Ed. Colex 4ª edición Madrid 2012. Pág. 496.
- 41 Garberi Llobregat, José. op. cit "Derecho Procesal Civil". Pág.452
- 42 Cappelletti, Mauro. "La Oralidad en el Proceso Civil". Ediciones Jurídicas europeas. Buenos Aires 1972. Pág. 315.
- 43 Montero Aroca Juan et. al. "Derecho Jurisdiccional" Tomo II El Proceso Civil. Ed. Tiran lo Blanch 10ª Edición. Valencia 2001 Pág. 276
- 44 Barona Vilar, Silvia "El Proceso Civil" Tomo II. Ed. Tiran Lo Blanch. Valencia 2001. Pág. 1228.
- 45 Hengland, Kenney "Manual de Prácticas y Técnicas Procesales". Editorial Heliasta. Argentina 1995. Pág. 51.
- 46 Ortells Ramos, Manuel. "Derecho Procesal Civil" op. cit. Pág. 411 .
- 47 Diccionario Esencial de la Lengua Española. Ed. Real Academia Española. Madrid Año 2006. Pág. 1062.
- 48 Fairen Guillen, Víctor. "Teoría General del Proceso". Ed. Universidad Autónoma de México 1ª edición. México 2006. Pág. 86.
- 49 Serrano, Armando et. al. "Manual de Derecho Procesal Penal". Talleres Gráficos UCA. 1ª edición. San Salvador 1998. Pág. 668.
- 50 PODIUM DEL ORGANO JUDICIAL, mes de septiembre 2008 N° 78.
- 51 Garberi Llobregat, José. op. cit. "Los Procesos Civiles" Tomo. 2. Pág. 1250
- 52 Barona Vilar, Silvia et. al. "El Proceso Civil" Tomo III. Op. cit. Pág. 2283.
- 53 Gimeno Sendra, Vicente et. al. "Los Procesos Penales". Tomo 5. 1ª edición. Editorial Bosh. Barcelona 2000. Pág. 438 y 439.
- 54 Ortells Ramos, Manuel. "Derecho Procesal Civil". op. cit. Pág. 361
- 55 Gorphe, François. op. cit. Pág. 136.
- 56 Fairen Guillen, Víctor op. cit. . Pág. 563
- 57 Bergman, Paul "La Defensa en juicio". Ed. Abelado-Perrot. Buenos Aires 1989. Pág. 67
- 58 Ortells Ramos, Manuel op. cit "Derecho Procesal". Pág. 396,397.
- 59 Barona Vilar, Silvia op. cit."El Proceso Civil" Tomo IV. Pág. 2338.
- 60 Leible Stefan op. cit. Pág. 150
- 61 Ledesna Narvaez, Marianella op. cit. "Comentarios al Código Procesal Civil" Tomo 1. Pág. 780.
- 62 Bergman Paul. Op. Cit. Pág. 69.

- 63 Leible Stefan Op. Cit. Pág. 153-154
- 64 Barona Vilar Silvia. op cit. Tomo III. Pág. 2283.
- 65 Ref.A.P.C.S.D.22-12 Cámara Civil de la Tercera Sección de Occidente de las 15.27 horas del día 9/julio/2012
- 66 Taruffo, Michelle "La Prueba" op. cit. Pág. 103
- 67 Véanse para el caso la regla 901 y 1007 de las Reglas Federales de Evidencia Norteamericanas.



## **BIBLIOGRAFÍA**

- ARAZI ROLAND "Derecho procesal civil" Tomo 1, Rubinzal editores, Santa Fe. 2012.
- ARAZI, ROLAND. "La Prueba en el Proceso Civil". Ediciones La Roca Buenos Aires 2001
- BARONA VILAR, SILVIA et. al. "El Proceso Civil". Tomo II. Ed. Tiran Lo Blanch. Valencia 2001.
- BARONA VILAR, SILVIA. et. al. "El Proceso Civil". Tomo III. Tiran lo Blanch. Valencia 2001.
- BARONA VILAR SILVIA, "El Proceso Civil". Tomo IV, Tiran lo Blanch. Valencia 2001.
- BENTHAM, JEREMIAS. "Tratado de las Pruebas Judiciales". Editorial Valleta. Argentina 2002.
- BERGMAN PAUL. "La Defensa en juicio". Ed. Abelado-Perrot. Buenos Aires 1989.
- CALAMANDREI, PIERO. "Derecho y Democracia". Ed. EJEA. Buenos Aires 1960.
- CALAMANDREI, PIERO. "Instituciones de Derecho Procesal Civil", tomo I. Ed. Librería El Foro, Buenos Aires 1996.
- CAPPELLETTI MAURO. "La Oralidad en el Proceso Civil". Ediciones Jurídicas europeas. Buenos Aires 1972.
- DEVIS HECHANDIA, HERNANDO. "Compendio de Pruebas Judiciales", Ed. Temis. Bogotá 1969.
- DÍAZ FUENTES, ANTONIO. "La Prueba en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", Ed. Bosch. 2ª edición Barcelona 2004.
- Diccionario Esencial de la Lengua Española. Ed. Real Academia Española. Madrid Año 2006.

- CARNELUTTI, FRANCESCO. "El Concepto Jurídico de la Prueba". Editorial Leyer. Colombia 2008.
- COUTURE, EDUARDO. "Fundamentos de Derecho Procesal Civil", Buenos Aires. tercera edición 1958.
- FAIREN GUILLEN, VÍCTOR. "Teoría General del Proceso". Ed. Universidad Autónoma de México 1ª edición. México 2006.
- FALCÓN, ENRIQUE. "Tratado de la Prueba". Tomo 1. Ed. Astrea. 1ª Edición. Buenos Aires 2003.
- GARBERI LLOBREGAT, JOSÉ. "Derecho Procesal Civil". Editorial Bosh, 2ª edición 2012.
- GARBERI LLOBREGAT JOSÉ. et. al. "Los Procesos Civiles". Tomo II. Ed. Bosch. Barcelona 2012.
- GIMENO SENDRA, VICENTE et. al. "Derecho Procesal Civil". El Proceso de declaración, Parte General. Ed. Colex 4ª edición Madrid 2012.
- GIMENO SENDRA, VICENTE et. al. "Los Procesos Penales". Tomo 5. 1ª edición. Editorial Bosh. Barcelona 2000.
- CHIOVENDA, GIUSEPPE. "Instituciones de Derecho Procesal Civil". Traducida por E. Gómez Orbaneja. Editorial Jurídica Universitaria. México 2002.
- GORPHE, FRANÇOIS. "Apreciación judicial de las pruebas". Editorial Temis. Colombia 2004.
- HENGLAND, KENNEY. "Manual de Prácticas y Técnicas Procesales". Editorial Heliasta. Argentina 1995.
- KIELMANOVICH, JORGE. "Teoría de la Prueba y Medios Probatorios". Rubinzal. 2 edición 2001.
- LESSONA, CARLOS. "Teoría General de la prueba en el derecho Civil". Confesión e interrogatorio. Hijos de Reus Editores. Madrid 1897.

- LANDONI SOSA, ANGEL. "Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay Comentado, con doctrina y Jurisprudencia". Volumen II-A Art. 137 a 194. Ed. B de F. Montevideo Buenos Aires, Reimpresión año 2013.
- LEDESNA NARVAEZ, MARIANELLA. "Comentarios al Código Procesal Civil" Tomo 1. Ed. Gaceta Jurídica. Primera edición. Perú, julio 2008.
- LEIBLE, STEFAN "Proceso Civil Alemán". Ed. Biblioteca jurídica Dike, segunda edición, Colombia 1998.
- MELLADO ASECIO, JOSÉ MARIA. "Derecho Procesal Civil". Ed. Tiran lo Blanch. Valencia 2008.
- MIDON MARCELO SEBASTIÁN et. al. "Tratado de la Prueba". Editorial liberara de paz. 1ª reimpresión junio 2008.
- MONTERO AROCA, JUAN et. al. "El Nuevo Proceso Civil". Tiran lo Blanch, valencia 2001.
- MONTERO AROCA, JUAN et. al. "Derecho Jurisdiccional". Tomo II, El Proceso Civil. Ed. Tiran lo Blanch 10ª Edición. Valencia 2001.
- PALACIOS, LINO ENRIQUE. "Manual de derecho Procesal Civil". 18ª edición. Ed. Lexis Nexis Abelado- Perrot. Buenos aires 2008.
- PICO I JUNOY JOAN. Et. Al. "Objeto y carga de la prueba civil. Editorial Bosch. 2007.
- ORTELLS RAMOS MANUEL. "Derecho Procesal Civil" Ed. Thomson- Aranzadi 8ª edición. Navarra 2008.
- ORTELLS RAMOS, MANUEL "Formas del procedimiento y Garantías Fundamentales del Proceso Civil". Revista Ius et Praxis", Año 16, Nº 1 2010.
- SENTÍS MELENDO, SANTIAGO. "La Prueba, los grandes Temas del Derecho probatorio". Ed. Ejea. Buenos Aires 1978.

- TARUFFO MICHELLE, et. al. "Consideraciones sobre la prueba judicial". Fundación coloquio jurídico europeo. Madrid 2009.
- TARUFFO, MICHELLE "La Prueba". Ed. Marcial Pons. Madrid-Barcelona- Buenos Aires 2008.
- TARUFFO, MICHELE."La Prueba de los hechos". editorial trota, 2ª edición 2005.

# LA NATURALEZA CREATIVA DE LA SENTENCIA EN EL NUEVO PROCESO COMÚN COMO FUNDAMENTO PARA EL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Luis Alonso Rivera Ayala\*

## SUMARIO

I. Introducción. II. La naturaleza jurídica del precedente judicial. III. El precedente judicial entre la antigua práctica procesal y el nuevo proceso común. IV. El precedente judicial como elemento de la sana crítica del juez en el nuevo proceso común. V. El problema del valor legal del precedente judicial. VI. El precedente judicial como fundamento para una nueva práctica procesal. VII. Conclusiones.

**Resumen:** A partir de la perspectiva legalista consagrada en la tradición del antiguo Código de Procedimientos Civiles, la validez del precedente judicial ha sido ampliamente cuestionada, como en la mayoría de sistemas procesales continentales, debido a una alegada falta de fundamento legal y la aparente defensa de la independencia de la función judicial. En el actual Código Procesal Civil y Mercantil, más concordante con el pensamiento jurídico procesal contemporáneo, no se hace mención expresa del precedente judicial pero se recoge su contenido esencial en torno a los actos judiciales decisorios, por lo que es necesario, en el contexto del nuevo proceso común, reabrir el debate desde la perspectiva contemporánea para actualizar en el pensamiento jurídico procesal salvadoreño. A esto pretenden contribuir las consideraciones de este artículo.

**Palabras clave:** sentencia, precedente, juez, decisión, criterio.

---

\* Abogado y consultor, Dret Abogados y Consultores, El Salvador. Profesor hora-clase de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Panamericana, El Salvador. Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad José Simeón Cañas, El Salvador. Profesor escalafonado con especialidad en Ciencias Sociales, Curso de Formación Pedagógica de la Universidad Francisco Gavidia, El Salvador.

## I. INTRODUCCIÓN

Esta no es la primera vez, ni tampoco será la última, que un artículo científico aborde el tema del precedente jurisprudencial dentro de cualquier sistema procesal de corte continental que no lo tenga ya incluido explícitamente en su ley. La razón de esto no es solo lo escabroso del tema en relación con la imparcialidad e independencia atribuida por la Constitución a quien ejerce la función jurisdiccional (art. 172 de la Constitución de la República, en adelante "CnSv"), que parte la doctrina en posiciones antagónicas que matizan su postura a favor y en contra, sino la complejidad propia del pensamiento jurídico procesal, en la medida que se relaciona con los elementos ontológicos intrínsecos del proceso, reconocidos por el legislador en su forma, y la satisfacción de los intereses de las partes como el elemento teleológico que le atribuye la ley (arts. 1, 15 Código Procesal Civil y Mercantil, en adelante "CPrCM"). Y es que el precedente judicial no es cualquier otro elemento opcional que venga determinado por la ley procesal vigente sino que es un elemento intrínseco del pensamiento jurídico procesalista universal y, particularmente, del razonamiento judicial, en la medida que se reconoce su contenido desde una perspectiva no legalista y la naturaleza jurídica de la sentencia, más allá de la simplicidad con la que es regulada por los sistemas legales de corte continental (David, R. & Jauffret-Spinosi, 2010). De modo que el jurista no puede apreciar la sentencia únicamente desde la instrumentalización legal que la convierte en el acto judicial resolutorio con el cual finaliza ordinariamente el proceso, sino que debe ser capaz de apreciar su naturaleza creativa dentro del ordenamiento jurídico, pues es más que evidente que "*un juez experimentado puede, si es inteligente, formular con acierto principios generales*" (Tunc & Tunc, 1957, p. 253).

Aunque esta perspectiva ha sido más que evidente para los juristas de los sistemas consuetudinarios, cuyo estudio ha tomado mayor relevancia entre las corrientes contemporáneas del realismo jurídico europeo y estadounidense (Barberis, 2015), no lo ha sido entre los juristas de la mayoría de sistemas de derecho continental, debido a las posturas dogmáticas del legalismo jurídico resultantes de la perpetuación de la ley a través de los procesos de codificación (David, R. & Jauffret-Spinosi, 2010), con las que nacieron los sistemas legales latinoamericanos. A esto se suma el hecho de que gran parte de la doctrina innovadora en el pensamiento jurídico

contemporáneo, pese a vivir en la sociedad del conocimiento y la información, no está disponible para la mayoría de profesionales del derecho debido a la limitante del idioma en que se desarrolla, por lo que sus posibilidades de conocimiento quedan a disposición solo de quienes rompen la barrera del idioma para acceder a ellas.

Es por ello que el amplio rechazo a la fuente de derecho que es el precedente jurisprudencial dentro del pensamiento jurídico procesal continental, y particularmente el latinoamericano, podría encontrar una explicación en una preferencia por el tipo de derecho que se conoce y el consecuente rechazo o extrañamiento de aquello que no resulta tan conocido, una actitud poco científica, debido a las características de la formación de nuestros sistemas legales<sup>1</sup>, bajo la premisa absolutista de la legalidad y la perpetuación dogmática de las tesis positivistas que les sirven de fundamento (David, R. & Jauffret-Spinozi, 2010). No obstante, la noción no resulta del todo desconocida pues aun dentro de la dogmática jurídica continental se reconoce a la jurisprudencia como una de las fuentes del derecho, junto con la ley y los principios generales del derecho (González Martín, 2010), y dentro del sistema procesal es ampliamente aceptado el valor de precedentes de la jurisprudencia constitucional (arts. 183 CnSv, 10 Ley de Procedimientos Constitucionales) o de la jurisprudencia uniforme del tribunal de casación que constituye doctrina jurídica (art. 522 CPrCM).

Pero si la cuestión del precedente judicial ya ha sido discutida antes, resultando mayoritarias las voces en su contra dentro del sistema procesal salvadoreño, ¿Qué sentido tiene reabrir el debate en la actualidad? Hay al menos tres razones para ello. Primero, que si bien es cierto que es posible hablar de un pensamiento jurídico procesalista salvadoreño, de corte continental, que se ha consolidado en la práctica de los tribunales locales, también debe reconocerse que este se encuentra en constante reconstrucción en razón de la cambiante dinámica de reconstrucción del pensamiento jurídico procesal universal. Segundo, que el pensamiento jurídico procesal no se construye a través de la ley, la cual se limita a reconocer y articular en su contenido las instituciones necesarias para la configuración del debido proceso, sino a través del razonamiento de los jueces y el intelecto de los doctrinarios, que en sentido pleno son juristas o científicos del derecho.

Pero la tercera razón es quizá la más relevante para justificar las consideraciones de este artículo, a saber, que la llegada de un

nuevo proceso común moderno y actualizado a la dinámica del pensamiento jurídico procesal contemporáneo hace posible reabrir el debate, a fin de reconsiderar la cuestión del precedente judicial en el pensamiento jurídico procesal salvadoreño. Y es que si bien es cierto que el legislador ha omitido enunciar textualmente al precedente judicial dentro del vasto articulado del CPrCM no lo ha hecho respecto a los elementos que lo constituyen, con base en la CnSv, por lo que es posible encontrar en él fundamentos para su reconocimiento y aplicación.

Y esto toma más fuerza si se considera que el precedente judicial en realidad es parte del pensamiento jurídico procesal, particularmente del razonamiento judicial, y no una institución más de la ley procesal, por lo que su aplicación no depende de si el legislador la permite o no a través de preverla en el contenido de la ley procesal, sino más bien de la voluntad y capacidad del juez para implementarla en la medida que la reconoce como parte de su actividad, en el ejercicio de la jurisdicción (Cardozo, 1996). Esto se evidencia en el hecho de que en los sistemas consuetudinarios el precedente judicial sea parte del razonamiento judicial, en el contexto de la sana crítica (Ahumada Ruíz, 2003), la cual también aplica en los sistemas continentales.

## **II. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PRECEDENTE JUDICIAL.**

Aunque es cierto que el precedente judicial es propio de los sistemas procesales consuetudinarios, al reconocer el valor jurídico productivo de la costumbre dentro del sistema legal (Morineau, 2001), sería un error creer que se trata de un elemento exclusivo de estos porque, en realidad, no viene configurado por el legislador a través de la ley sino, más bien, por el juez a partir de la práctica judicial. Esto se debe a que el precedente judicial no afecta la forma del proceso sino su fondo, pero no en relación a las partes sino en relación al juez, pues es sobre quien recae la obligación de decidir (Cardozo, 2006) entre dos o más argumentos contrapuestos, a fin de solucionar el asunto que las partes someten a su conocimiento y satisfacer la pretensión que corresponda conforme a derecho, para la tutela judicial efectiva (art. 1 CPrCM).

Y es que en la actualidad, las sentencias tienen la forma jurídica instrumentalizada que les reconoce la legislación, como es el caso de identificarlas como resoluciones judiciales que "*deciden el fondo del proceso en cualquier instancia o recurso*" (art. 212 CPrCM), lo

que las dota de mayor científicidad en cuanto a su forma. Sin embargo, a la sentencia no la hace una estructura o momento procesal determinado sino la esencia de su naturaleza jurídica al entenderla como *"la decisión del juez sobre la causa que ante él se controvierte"* (art. 417 del Código de Procedimientos Civiles de 1881, en adelante "CPrC1881"). De modo que la riqueza de la sentencia para el pensamiento jurídico no radica en su obligatoriedad legal, que solo es una condición indispensable para garantizar su cumplimiento, sino en el resultado del juicio de valor que ha realizado el juzgador para producirla.

Esto se debe a que la sentencia no resulta, o al menos no debe resultar idealmente hablando, de la mera aplicación de la ley, porque la función jurisdiccional que corresponde ejercer exclusivamente al juez no es una actividad mecánica. De hecho, ni siquiera la ley procesal establece formulas rígidas y taxativas que determinen específicamente cómo deba ejercerse, sino que se limita a establecer las vías procesales idóneas que corresponden al debido proceso, a reconocer al juez como su director (art. 14 CPrCM) y a garantizarle su propia libertad e independencia, solo supeditadas por las leyes (David, R. & Jauffret-Spinosi, 2010) y la Constitución, en virtud de la sana crítica. Es por ello que la sentencia más bien es un producto intelectual del juez que resulta de la aplicación de la lógica y el pensamiento jurídico en las operaciones que caracterizan al razonamiento judicial (Cardozo, 1996).

De modo que el juez no es, o al menos no debe serlo, un mero aplicador de la ley porque no es cualquier otro funcionario administrativo, pese a que ejerza funciones administrativas dentro del tribunal al cual se lo adscribe, sino que le corresponde la complicada labor de interpretar la ley vigente para determinar el derecho aplicable. Esto no resulta nada extraño pues el ejercicio de la función judicial está reservado únicamente para quien acredite capacidad e idoneidad en razón de su calidad de profesional del derecho, ya que es a través de su formación académica como científico del derecho que adquiere los instrumentos metodológicos para el estudio del derecho y la resolución de problemas relacionados con su aplicación, en la más variada casuística que se presenta en el ejercicio profesional (Rivera Ayala, 2015).

Pero más importante aún, es que a través de los estudios de derecho construye su pensamiento jurídico, a partir del cual es capaz de razonar conforme a derecho en correspondencia con sus conte-

nidos sustantivos y axiológicos (Rivera Ayala, 2015). Es así como el juez, cuya identidad real es la de jurista que va construyendo la base para un criterio propio a partir de la generalidad del pensamiento jurídico, y lo continúa formando a través de sus vivencias en la práctica profesional, fundamentará sus razonamientos al ejercer la función judicial haciendo uso de su propio criterio y experiencia en la sana crítica.

Eso explica que dentro de la forma de la sentencia no se describan únicamente los elementos externos para su validez ante la ley, sino también elementos internos que garantizan su validez jurídica, tanto en la motivación como en la fundamentación (art. 216 CPrCM). Ocurre que dentro de la sentencia, entendida como instrumento vinculante en virtud de su forma legal, se encuentra una estructura lógica argumental que constituye un discurso (Atienza, 2005) construido por el juez (Barberis, 2015), a través de los razonamientos y la lógica que conducen su pensamiento jurídico, para dar al caso en cuestión una solución conforme a derecho, de modo que lo que constituye derecho y fundamenta el valor jurídico del precedente jurisprudencial, está en la motivación (Tunc & Tunc, 1957).

Es por ello que la función judicial se distingue de cualquier otra ejercida por los profesionales del derecho, pues su esencia radica en el pensamiento jurídico mismo. Y la idoneidad del juez para ejercerla no se mide solo por la acreditación académica obtenida tras arduos estudios, ni mucho menos por los años que le preceden en el ejercicio profesional, sino por su capacidad para integrar los contenidos de la ley con los del derecho y la justicia, lo que se explica en la búsqueda del derecho aplicable en la ley vigente, a fin de determinar un criterio jurídico sólido y propio para decidir en las cuestiones que son de su conocimiento (Rivera Ayala, 2015).

Así, se reconoce en la sentencia un efecto creador de derecho que no debe confundirse con la idea de legislar, a través del cual se pueden construir, modificar o extinguir actos y situaciones jurídicas de acuerdo a la pretensión de las partes dentro del proceso (art. 90 CPrCM). Por supuesto que ha de reconocerse que la creatividad jurídica material de la sentencia, está limitada exclusivamente a la relación jurídica procesal que justifica el efecto vinculante para las partes y terceros, relacionados con el objeto del proceso (Tunc & Tunc, 1957), salvo en el caso de la sentencia de inconstitucionalidad, en virtud de su vinculatoriedad general (art. 183 CnSv), porque no puede esperarse de ésta una vinculatoriedad general similar a la de la ley.

En ese sentido, puede afirmarse que el precedente judicial no constituye ley en sí mismo pues la sentencia no es un acto de legislación sino uno de los actos creadores del derecho, por lo que el precedente jurisprudencial constituye un derecho creado por los jueces (Morineau, 2001). Esto se debe a que el derecho no se agota en los contenidos de la ley, porque la ley es solo una de sus fuentes mas no la plenitud del derecho mismo, debido a que es en sí mismo un fenómeno social que se explica científicamente a través de una gran diversidad de teorías contrapuestas (Rivera Ayala, 2015). De ahí que no toda ley sea jurídicamente válida, como ocurre con la que contradice los principios generales del derecho, revestidos de forma constitucional en la parte dogmática de la Constitución, por lo que no debe confundirse la creación de la ley con la creación del derecho.

Lo cierto es que el derecho existe en la realidad como parte del tejido social (Alamanni de Carrillo, 2010), y no como una colección de leyes vigentes, por lo que solo una parte de este se convierte en contenido de la ley. Así, la aplicación de la ley, en el caso del juzgador, difiere de su mera legalidad y se convierte en un acto intelectual y científico, a través de la interpretación e integración de las normas legales con el pensamiento jurídico, con el cual se produce derecho. De modo que la sentencia es más que un instrumento imperativo dentro del sistema legal para hacer cumplir la ley a través de su aplicación, porque su contenido debe ser una verdadera reconstrucción del pensamiento jurídico aplicado en forma de razonamientos judiciales.

Por eso, una sentencia en realidad está compuesta esencialmente de los razonamientos que el juez ha utilizado (Cardozo, 1996), en virtud de los elementos de la sana crítica, con el fin de decidir en un caso particular en razón de los hechos y fundamentos presentados por las partes conforme al debido proceso, para la tutela judicial efectiva de sus intereses, conforme a derecho. Claro está, los hechos y fundamentos nunca son los mismos entre una causa y otra debido a que fueron parte de momentos y circunstancias únicas que los caracterizan, por lo que no puede resolverse exactamente igual todo caso suscitado. Sin embargo, las operaciones lógicas del razonamiento judicial sí son las mismas debido a que tienen su base en el pensamiento jurídico mismo, más allá de la diversidad de perspectivas que lo constituyen.

Es por lo dicho que la cuestión del precedente judicial no descansa en la vinculatoriedad de la sentencia, sobre la que ya se aclaró que se extiende solo a las partes, sino en la lógica jurídica y la integridad del criterio del juzgador, por lo que su aplicación y operatividad no dependen de que el legislador lo imponga al juez como parte del debido proceso, sino de que el juez lo adopte como parte integral de su pensamiento jurídico, a fin de constituir un criterio judicial sólido, en virtud de la generalidad de las operaciones jurídicas empleadas por él mismo y por el resto de juzgadores que son parte de la carrera judicial. Ello se debe a que el fundamento último del derecho se encuentra en la justicia, lo que explica que el juez pueda acudir al "*buen sentido y razón natural*" ante los vacíos de la ley (art. 18 CPrCM), y a ésta aspira el juez con su actividad juzgadora, debido a que juzgar no es sinónimo de hacer justicia, en virtud de la falibilidad humana del juzgador, algo que tienen en común todos los jueces al momento de decidir y que, consecuentemente, se generaliza dentro del pensamiento jurídico en la forma de razonamientos jurídicos.

Desde la perspectiva antes planteada, la lógica de los razonamientos judiciales viene determinada tanto por el propio criterio del juzgador, como por el criterio común que es constituido por elementos homogéneos en el criterio de otros jueces (Morineau, 2001). Eso puede observarse en el hecho de que no se considere correcto, bajo la lógica jurídica, que un mismo juez decida dos veces en una misma causa, del mismo modo que no se considera lógico que el juez decida de manera diferente en dos causas iguales. Claro está, aunque es imposible que en la casuística existan dos causas exactamente iguales, por principio de realidad sí es posible encontrar situaciones similares en las que se pide al juez, no el mismo juicio con el mismo resultado, sino un juicio similar en lo que fuere análogo a causas similares, a fin de cumplir con el principio de seguridad jurídica dentro del proceso y evitar la arbitrariedad que conlleva el subjetivismo implícito en su propio criterio (Cardozo, 1996).

En ese sentido, el precedente jurisprudencial se constituye en instrumento del pensamiento judicial que garantiza la correcta ejecución de las operaciones jurídicas que el juez realiza dentro de sus razonamientos, para decidir en un caso particular que es de su conocimiento (Cardozo, 1996). Y aunque no asegura que el juez no se va a equivocar en su decisión, sí garantiza que el juez se va a apegar a un propio y sólido criterio jurídico, debido a la uniformidad

de criterio empleado en los casos que ha conocido, y en general a la perspectiva homogénea del criterio judicial dentro de un sistema legal, lo que en ningún momento debe interpretarse como apego irracional al precedente judicial, al considerarlo inamovible en virtud de dicha generalización.

Y es que el valor jurídico del precedente judicial no radica en su posibilidad de construir un criterio jurídico uniforme, sino en materializar las operaciones del pensamiento jurídico del juez, a través de máximas del razonamiento judicial que permitan reconstruir el propio pensamiento jurídico, lo que explica que se considere a la jurisprudencia como una fuente del derecho y a la sentencia como un instrumento para su creación. A su vez, esto hace posible para el jurista, sea juez o no, determinar con mayor certeza, o al menos con probabilidad, el posible resultado de un proceso, para centrarse más al argumentar en los elementos jurídicos que le sirven de fundamento y no solo en los elementos técnicos de la aplicación de la ley, que permita inteligir el derecho aplicable en la ley vigente.

### **III. EL PRECEDENTE JUDICIAL ENTRE LA ANTIGUA PRÁCTICA PROCESAL Y EL NUEVO PROCESO COMÚN.**

Claro está, más allá de su valor jurídico para la actividad judicial, en el pasado el precedente ha sido cuestionado dentro de la misma práctica judicial, alegando su incompatibilidad con la sana crítica y la independencia del juzgador que garantiza su propia imparcialidad dentro del proceso. Esto podría tener explicación, aunque no justificación jurídica desde la lógica jurídica, en el hecho de que la práctica judicial nacida del anterior CPRC1881 era empírica, menos científica, solemne y de corte formalista, en virtud del proceso de codificación impulsado por la exégesis del pensamiento jurídico romano (Nuria González, 2010) y la gloria jurídica de sus antiguos procesos.

Sin embargo, el desarrollo del pensamiento jurídico procesal universal ha llevado a la construcción de una práctica procesal cada vez más técnica, a fin de garantizar su propia científicidad a través de hacerla encajar con el pensamiento jurídico por medio de los razonamientos judiciales. Esto trajo como consecuencia la reforma de los sistemas procesales europeos y latinoamericanos, siendo de menor envergadura en estos últimos debido a la poca madurez de sus sistemas legales que aun buscaban estabilizarse, más que desarrollarse, debido a no haber conseguido aun sustentar una

práctica procesal propia, lo que se evidencia con la reproducción casi intacta del derecho común romano, a través de la codificación napoleónica, que les sirve de base a sus primeros Códigos Civiles y leyes procesales (Alamanni de Carrillo, 2010).

Después de la primera mitad del siglo XX fue inevitable un cambio más trascendente que comenzó con la especialización de las leyes procesales y su tecnificación, a partir de las nuevas instituciones del derecho procesal. Esto devino en El Salvador, en las décadas siguientes, en la creación de un nuevo proceso laboral, la adecuación de los procesos mercantiles de acuerdo con el contexto social salvadoreño, el desarrollo de un proceso penal más garantista de los derechos individuales del detenido, así como su distinción de los procesos penales juveniles y, más recientemente, en la articulación de un moderno proceso de familia basado en la oralidad, avances procesales junto a los cuales puede mencionarse los procesos especializados de la niñez y la adolescencia, con los que se construyó una nueva práctica procesal que le sirvió de precursora al actual proceso común civil y mercantil, a partir de la cual se comienza a transitar hacia el reconocimiento de los procesos administrativos.

Como resultado, los procesos judiciales han dejado de ser meros procedimientos revestidos de formalidad legal con la finalidad de legitimar la actividad del juzgador, para convertirse en verdaderos instrumentos que satisfagan los intereses de las partes, a través de la tutela judicial efectiva. Consecuentemente, la práctica procesal ha tendido hacia su tecnificación a partir de las instituciones modernas del derecho procesal, que obligan a los litigantes a prepararse cada vez más en técnicas de oralidad y argumentación jurídica. Y la práctica judicial también ha tenido mejoras a través de la profesionalización de quienes ejercen la función judicial y su constante capacitación.

No obstante, aun con los avances actuales, la práctica procesal ante los tribunales y la misma práctica judicial aún se atienen a los resabios del antiguo proceso común, dentro de los cuales se adscribe el no reconocimiento general del precedente judicial. Es que bajo las formulas antiguas que consagraban al juez como director del proceso, su capacidad jurídica creativa se veía limitada por la propia ley al sujetarlo a la literalidad de su texto (art. 2 CPrC1881), por lo que se daba por sentado, al igual que en la actualidad, que el precedente judicial no estaba autorizado por el legislador para el sistema procesal salvadoreño, al no incluirlo textualmente den-

tro de las fuentes fundamentadoras de la sentencia y mandar al juez a dar las *“razones y fundamentos legales que estimen procedentes, citando las leyes y doctrinas que consideren aplicables”* (arts. 421, 427.2, 428 CPrC1881), tomando en cuenta que esta disposición se generalizaba en virtud del carácter supletorio de las normas del proceso común (arts. 218 Ley Procesal de Familia, 599 Código de Trabajo, 213 Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia).

Pero tal afirmación es más dogmática que jurídica ya que se basa en el fundamento positivista mismo que echó raíces en el antiguo sistema procesal, pues al no estar directamente prohibido, por estar fuera de la competencia material del legislador, podía ser utilizado por el juzgador dentro de su actividad como director del proceso, siempre que ello no condujese a la indefensión de alguna de las partes (art. 2 CprC 1881), lo que no ocurría porque el precedente judicial garantiza en sí mismo las posibilidades de argumentación para las partes y defensa de sus intereses dentro del proceso, en la medida en que les permite prever el escenario al que se enfrentarán.

Recordemos que el precedente judicial no depende del legislador sino del juez (Ahumada Ruíz, 2003) porque es parte del razonamiento judicial que construye el juez de forma consuetudinaria a través de su propia práctica en el tribunal al que está adscrito (Tunc & Tunc, 1957). Es por ello que, aun con la sujeción del juez al texto de la ley procesal, el legislador no pudo evitar que el juez diera sus *“razones”* de acuerdo a las normas que *“considere”* aplicables, al redactar los considerandos de las sentencias en la cual plasmaba su *“decisión”* (arts. 417, 427.2, 428 CprC 1881), lo que destaca la labor intelectual que conllevaba el conocimiento de los argumentos de las partes que constituían la controversia legal sometida al conocimiento del juez (art. 4 CprC 1881).

De modo que no es cierto que el legislador impidiese al juez el uso del precedente judicial, pues aun en la redacción formalista de la ley procesal no omitía la naturaleza intelectual de su actividad dentro del proceso. Su no implementación más bien se debía a deficiencias en la práctica judicial pues no todos los jueces que sentaron sus bases eran profesionales del derecho, de lo cual aún hay un resabio en el art. 43 de la Ley Orgánica Judicial (en adelante *“LOrJ”*), que permite nombrar como jueces a personas que *“tengan elementales conocimientos de derecho”* a falta de abogados y que

se mantenga el art. 180 CnSv para casos excepcionales, con lo que tendió a ser menos técnica y a sujetarse ciegamente al contenido de la ley como criterio generalizado de los jueces. Para cuando la cuestión fue planteada con más técnica jurídica por juristas con una formación jurídica procesal más científica, ya se había arraigado el rechazo generalizado del precedente judicial dentro de la práctica judicial salvadoreña y esto caracterizaría al mismo pensamiento jurídico procesal que se enseñaba desde las facultades de derecho. Se han unido dos párrafos que estaban separados, por la relación directa de lo que en ellos se expone.

Lo anterior pone en evidencia que no puede darse por sentada la no vigencia del precedente judicial en el sistema procesal salvadoreño, debido a que su adopción fue dogmática, por influencia positivista y no científica. Y al haber un nuevo proceso común, con un pensamiento jurídico procesal moderno, en el CPrCM la cuestión debe debatirse de nuevo a fin de reconstruir y actualizar la práctica procesal y judicial salvadoreña a su nueva realidad normativa.

Por otra parte, si bien es cierto que el legislador tampoco implementó la doctrina del precedente judicial en el actual CPrCM, como es el caso de no mencionar el valor creativo de la jurisprudencia en la integración de normas procesales (art. 19 CPrCM), si dejó elementos más claros para su uso dentro de la práctica judicial salvadoreña, al seguir reconociendo que las sentencias son decisiones del fondo del proceso y al confiarle al juez, tanto la dirección como la ordenación del proceso (arts. 14, 212, 215, 312 CPrCM). Pero también comienza a reconocer la capacidad creativa del juez dentro del proceso en virtud de los límites materiales de la ley procesal, al no regular toda posibilidad dentro del proceso, con la cual le permite adoptar las medidas necesarias para suplir la forma de los actos procesales que no están previstos expresamente en la ley (arts. 3, 14 CPrCM).

A raíz del criterio sostenido en la jurisprudencia constitucional en torno al debido proceso, el CPrCM también da capital importancia a la motivación y la fundamentación de las resoluciones judiciales. Y este es quizá el tópico en el que hay mejores fundamentos para reconocer la doctrina del precedente jurisprudencial dentro del sistema procesal salvadoreño. A este respecto, el art. 216 CPrCM reconoce que la motivación se estructura por los "*razonamientos*" fácticos y jurídicos que conducen a la fijación de los hechos dentro del proceso, "*la apreciación y valoración de las pruebas*", algo que

el juez realiza intelectualmente, y *“la aplicación e interpretación del derecho, especialmente cuando el juez se aparte del criterio sostenido en supuesto semejante [...] con apego a las reglas de la sana crítica”*.

De igual modo, en el art. 217 CPrCM el legislador dispone que los fundamentos de derecho que se estructuran dentro de la sentencia *“contendrán los razonamientos que han llevado a considerar los hechos probados o no probados, describiendo las operaciones de fijación de los hechos y valoración de las pruebas y, también debidamente razonadas, las bases legales que sustentan el pronunciamiento del fallo, especialmente cuando se hubiera producido debate sobre cuestiones jurídicas, con expresión de las normas jurídicas aplicables y, en su caso, de su interpretación. Los fundamentos de derecho habrán de contener una respuesta expresa y razonada a todas y cada una de las causas de pedir, así como a las cuestiones prejudiciales y jurídicas necesarias para la adecuada resolución del objeto procesal”*.

En ese sentido, el nuevo proceso común no se limita a dar por sentada la práctica procesal anterior de los tribunales ni tampoco la práctica judicial en cuanto a la estructura de la sentencia, sino que reconoce, conforme a la doctrina procesal moderna, su naturaleza intelectual y su relación con el razonamiento del juez. Y es que en el pasado, el ritualismo que caracterizaba al proceso cargado de solemnidades hacía de la práctica judicial algo mecánico en la producción de sentencias, debido a la pasividad del juez ante un engorroso proceso escrito. Esto trajo como consecuencia una acumulada carga laboral que dilataba los procesos e impedía la mediación efectiva del juez en éstos, debido a que le resultaba materialmente imposible encargarse personalmente de todos ellos, lo que conducía a delegar en el colaborador jurídico la redacción de proyectos de sentencia, pese a que solo le correspondía *“Hacer en el proceso la relación de los hechos”* (art. 92.1 LOrJ).

Claro está que la inmediatez del juez en el actual proceso común oral (arts. 8, 10 CPrCM) corrige este defecto del proceso común antiguo y lo obliga a desempeñar un papel activo, en el cual ejerce la dirección del proceso desde una perspectiva más científica y realista que lo compromete a fundamentar la sentencia con operaciones del razonamiento judicial. Esto permite reconocer la importancia de la sentencia como fuente creadora de derecho, pues a través de los razonamientos judiciales el juez expone su criterio en

la interpretación que construye de la ley, en virtud de los principios generales del derecho y otros principios especiales aplicables al caso concreto, que sientan máximas del pensamiento judicial (Morineau, 2001), con lo cual incide en la misma práctica procesal.

Desde esa perspectiva, no puede negarse el valor de la sentencia y, consecuentemente, del precedente que sientan sus máximas dentro del pensamiento jurídico procesal salvadoreño de la actualidad, solo por la tradición jurídica del antiguo sistema procesal común, porque tanto sus fundamentos como sus presupuestos difieren del pensamiento jurídico procesal moderno que inspira al actual proceso común. Además, aunque el actual sistema legal aún tiene fuertes raíces positivistas es más que innegable su progresiva apertura hacia nuevas perspectivas jurídicas, de lo cual es ejemplo el CPrCM, por lo que no es propio del jurista, en su calidad de científico del derecho (Rivera Ayala, 2015), aferrarse dogmáticamente al rechazo de la doctrina del precedente judicial en detrimento de las nuevas tendencias del derecho procesal, pues ello incidiría negativamente en la actualización y desarrollo del pensamiento jurídico procesal salvadoreño.

#### **IV. EL PRECEDENTE JUDICIAL COMO ELEMENTO DE LA SANA CRÍTICA DEL JUEZ EN EL NUEVO PROCESO COMÚN.**

Otro de los argumentos que suele darse contra de la doctrina del precedente judicial es que afecta la sana crítica del juez debido a que, por su independencia, no se encuentra sujeto a ninguna autoridad en el ejercicio de la jurisdicción y solo está vinculado a la Constitución y las leyes (arts. 172 CnSv, 2 CPrCM). Sin embargo, tal afirmación también yerra en cuanto a su fundamento lógico jurídico. Y es que el precedente judicial no es una ley que sujete al juez a decidir en un determinado sentido, porque de hecho puede decidir con un criterio distinto al aplicado en criterio semejante cuando las circunstancias lo recomienden (art. 216 CPrCM), sino un elemento operativo del razonamiento judicial.

Ocurre que lo jurídico de una sentencia que sirve de precedente se expresa en máximas, no en normas aplicables, que provienen del ejercicio intelectual del juez a fin de determinar el derecho aplicable en la legislación vigente. Y esto solo es posible a través de las operaciones lógicas que hace el razonamiento judicial para producir la interpretación del juez sobre las normas que utiliza a fin de resolver el caso que conoce. Sin embargo, dichas operaciones

no difieren de un juez a otro, debido a que ellos no dependen de su propio pensamiento sino de la aplicación del pensamiento jurídico mismo y su finalidad teleológica hacia la justicia, por lo que es posible generalizarlas a través del precedente judicial.

Por supuesto que dichas operaciones no se expresan en forma abstracta, como suele ocurrir con las fórmulas matemáticas que luego pueden aplicarse a cualquier caso que se presente, sino que se materializan en ideas, sentimientos y emociones que guían al juez a tomar una decisión en el caso concreto. Y dado que estos elementos psíquicos varían de una persona a otra, porque naturalmente todos somos diferentes y únicos, no es realista aspirar a encontrar fórmulas exactas para las operaciones lógicas del juez dentro de su razonamiento al ejercer la jurisdicción. Pero tampoco es realista creer que el juez puede decidir siempre como quiera porque ello consistiría en un acto arbitrario e injusto, como lo sería que el criterio del juez se deje llevar por un prejuicio o un trauma acaecido en su vida.

Vista así la sana crítica, es propio afirmar que no se compone solo de la experiencia y los componentes psicológicos de la personalidad sino que también incluye el pensamiento jurídico, que suele reducirse erradamente a su conocimiento (Cardozo, 1996). Y es que el derecho, pese a explicarse por un conjunto de teorías contrapuestas que componen la dogmática jurídica, también tiene una naturaleza ideal, por lo que el jurista no aprende derecho al memorizar lo que dicen las leyes o al identificar las instituciones que estructuran epistemológicamente el conocimiento jurídico, sino cuando aprende a pensar jurídicamente (Rivera Ayala, 2015). Y el juez, como jurista, también tiene un pensamiento jurídico propio que le permite razonar y resolver las situaciones en cuestión conforme a derecho, no conforme a su criterio personal o su filosofía de vida.

Es por ello que el sistema procesal acepta la posibilidad de que el juez se equivoque al decidir en la sentencia, toda vez que en apelación no se somete a discusión la experiencia, ni la identidad psicológica, ni el nivel cognitivo del juez, sino los razonamientos jurídicos que le sirven de fundamento a su decisión. Así, la apelación no es un ataque a la persona del juez sino una forma de asegurarse que los razonamientos jurídicos a través de los cuales construye su criterio sean conforme a derecho, lo que explica que una de sus finalidades sea la revisión del "*derecho aplicado para resolver las*

*cuestiones objeto de debate*" (arts. 511, 517 CPrCM), en las cuales se encuentra su razonamiento judicial.

Hasta la sentencia de apelación, estimatoria o desestimatoria, constituye una decisión del juez que se fundamenta en el razonamiento judicial que viene dado en su motivación (Tunc & Tunc, 1957), pues se produce cuando hay "*elementos de juicio suficientes para decidir*" sobre la infracción penal, en torno a "*las razones de derecho aplicadas*" por el juez (art. 516 CPrCM). Pero también la casación sigue esta idea, pues sus motivos de forma contienen actos procesales en los que median la decisión del juez y sus razonamientos jurídicos, para determinar la correspondencia jurídica del derecho aplicado y corregir la motivación jurídica de la sentencia (arts. 523, 538 CPrCM). Es por ello que el precedente judicial permite al juez decidir jurídicamente en la medida en dicha fuente constituye la generalización de las operaciones lógicas del razonamiento judicial, con lo que garantiza la eficacia de la decisión que la compone al corresponder con el pensamiento jurídico mismo.

Pero hay otra razón para que el juez acepte el precedente judicial dentro de sus actos decisorios. Como las operaciones lógicas del razonamiento judicial siempre son las mismas, aunque varíen los resultados en razón de los elementos fácticos del caso en concreto, la igualdad constitucional de las personas ante la ley (art. 3 CnSv) exige que el juzgador las utilice en la misma forma que se utilizó en una situación análoga, tomando en cuenta que, constitucionalmente, se trata igual a los iguales y desigual a los desiguales, porque "*el juez no desconocerá su propio dictum llegado el momento en que un caso concreto requiera su aplicación*" (Tunc & Tunc, 1957, p. 253). De lo contrario, al no aplicar del mismo modo las operaciones lógicas del razonamiento judicial la decisión del juez raya en la arbitrariedad y se reviste de inseguridad jurídica para las partes, lo que pone en tela de juicio el criterio del juez.

## **V. EL PROBLEMA DEL VALOR LEGAL DEL PRECEDENTE JUDICIAL.**

Además de los anteriores argumentos, también se cuestiona la vinculatoriedad del precedente judicial para el juez, alegando de nuevo su independencia y sujeción exclusiva a las leyes y la Constitución (art. 172 CnSv). Sin embargo, el error se encuentra en la confusión que genera identificar ley y derecho como sinónimo. Y es que la ley obliga de forma general por su contenido abstracto

en virtud de la legalidad con la que la reviste su proceso formal de elaboración dentro del orden constitucional por parte del legislador (arts. 133-143 CnSv, 1, 14 Código Civil).

En realidad, la ley no es derecho sino solo una de sus fuentes, por lo que no debe confundirse su contenido con el contenido mismo del derecho (Rivera Ayala, 2015). En ese sentido, el precedente judicial no es una ley y por tanto no obliga legalmente al juez en el ejercicio de la jurisdicción. Sin embargo, cabe preguntarse ¿Está obligado el juez jurídicamente, no legalmente, por el precedente judicial? Para responderlo hay que tomar en cuenta que el juez es un profesional del derecho y que, como tal, se caracteriza por haber desarrollado un pensamiento jurídico, con criterio propio, que se enmarca dentro de cualquiera de las distintas corrientes que componen el pensamiento jurídico mismo (art. 186 CnSv).

Como resultado, el pensamiento jurídico del juez se sujeta a la forma general del pensamiento jurídico, más allá de la concreción personal de su criterio pero reconociendo su propio sentido de justicia (Tunc & Tunc, 1957), por lo que hay reglas epistemológicas jurídicas que él debe cumplir al operar lógicamente su razonamiento jurídico. Desde esta perspectiva, el juez está obligado por el derecho a través de su pensamiento jurídico a pensar jurídicamente al momento de resolver una controversia que conoce. Y siendo la jurisprudencia una fuente creadora del derecho es razonable concluir que el precedente jurisprudencial también vincula al juez jurídicamente sin que ello contradiga el contenido del art. 172 CnSv.

No obstante, debe hacerse una precisión. Dicha vinculación jurídica es necesaria para la actividad del juzgador porque garantiza la coherencia de su criterio jurídico con el pensamiento jurídico a través del razonamiento judicial general, de lo contrario el juez no resolvería conforme a derecho sino conforme a su propia voluntad. Pero esa vinculación jurídica no significa para el juez un apego inamovible al criterio del precedente judicial (David, R. & Jauffret-Spinozi, 2010), porque cada controversia que conoce tiene supuestos fácticos diferentes y únicos que deben ser estudiados específicamente por el juez para que tome una decisión en la sentencia. Es por ello que el juez puede apartarse del criterio judicial sostenido en casos análogos anteriores (art. 216 CPrCM), lo que explica a su vez que el tribunal de casación pueda aceptar el error de fundamentación jurídica de una sentencia, siempre que *"se establezca que tal sentencia es correcta y ajustada a derecho conforme a otros*

*fundamentos y motivos jurídicos de derecho*" (art. 538 CPrCM), sin que esto sea contrario a derecho, en virtud de las circunstancias particulares que justifican dicho cambio (Ahumada Ruíz, 2003) a fin de ser equitativos, justos y proporcionales para garantizar la tutela judicial efectiva.

De modo que el precedente judicial también tiene un límite en su propia naturaleza pues la jurisprudencia es creadora de derecho (Alamanni de Carrillo, 2010, p. 147) y está en su contante reconstrucción a través de la práctica judicial, como si los tribunales constituyesen un "*laboratorio del derecho*" (Ahumada Ruíz, 2003, p. 353) en el cual nace una "*legislación judicial de los casos particulares*", que tiene su base en principios generales del sistema legal determinados en la ley (Tunc & Tunc, 1957, p. 273). Así, el mismo precedente facilita al juez un ejercicio creativo más completo, al permitirle valorar mejor tanto las circunstancias específicas como las circunstancias análogas, a fin de construir el mejor criterio posible en su sentencia y una correcta fundamentación cuando haya necesidad de apartarse o reinterpretar un precedente anterior, con lo cual se constituye un nuevo precedente y se mantiene la dinámica progresiva de la jurisprudencia.

Sin embargo, esto no significa que el juez pueda cambiar de criterio cada vez que quiera sino que le garantiza que lo haga cada vez que deba, conforme a derecho. Es por ello que la vinculatoriedad jurídica del precedente judicial obliga al juez a tener un criterio jurídico propio que sea firme y sostenido dentro de su propia actividad decisoria, con lo que se evita la arbitrariedad propia de la natural subjetividad humana de su personalidad. Pero también lo obliga a sujetarse persuasivamente al criterio judicial general a fin de cumplir con la correcta ejecución de las operaciones lógicas del razonamiento judicial, por lo que cabe distinguir, como en la *common law*, entre el precedente vinculante y el precedente persuasivo (Ahumada Ruíz, 2003). De modo que la vinculatoriedad jurídica del precedente jurisprudencial en realidad es positiva para la consolidación del criterio judicial.

## **VI. EL PRECEDENTE JUDICIAL COMO FUNDAMENTO PARA UNA NUEVA PRÁCTICA PROCESAL.**

Dicho lo anterior, es propio advertir que el actual CPrCM contiene innovaciones legislativas que se incorporan al sistema procesal salvadoreño en la forma de un nuevo proceso común. Como re-

sultado, ya no es posible intentar comprenderlo únicamente desde la perspectiva tradicional del pensamiento jurídico procesal salvadoreño, pues ello implicaría un tropiezo para su desarrollo ante el pensamiento jurídico procesal contemporáneo.

Es de considerar que un nuevo proceso común requiere de una nueva práctica procesal y esta solo es posible a través de una práctica judicial que se adecue a la nueva realidad normativa, pues el juez sigue siendo el director y ordenador del proceso. En este

contexto, el precedente judicial aparece no como un elemento nuevo, porque ya se expuso su posibilidad de aplicación desde el anterior CPRC1881 y las dogmáticas razones

infundadas alegadas, para no ser utilizado en la práctica procesal salvadoreña, sino como un elemento que tiene cabida dentro de un proceso común más propio de un pensamiento jurídico que ya superó las radicales posiciones antagónicas que enfrentan al naturalismo y al positivismo para entender el derecho no como norma sino como hecho real (Barberis, 2015) dentro de la sociedad en la que se lo concibe (Ahumada Ruíz, 2003).

Y es que con la negativa hacia la doctrina del precedente jurisprudencial, el sistema procesal común antiguo se llenó de vicios que afectaron su propio funcionamiento, al mecanizarlo a través de observar legalistamente las solemnidades que lo estructuraban y que afectaron tanto a la práctica procesal como al desarrollo del pensamiento jurídico salvadoreño, relegándolo a resabios del pensamiento procesal universal que ya se habían superado en otros sistemas legales, pues el "laberinto de las decisiones judiciales" propio de la *common law* genera verdaderos debates jurídicos, que solo se relegan a un pensamiento jurídico más desarrollado, porque el jurista encuentra en ellos un fascinante mundo jurídico en el que "*personas adultas discutan en serio sobre la «autonomía» de las ramas del derecho [...] o se empleen con energía en debates sobre la naturaleza de determinada institución jurídica*" (Ahumada Ruíz, 2003, p. 353).

Con todo y lo dicho, su aplicación no depende del legislador sino del juez, puesto que es un elemento operativo del razonamiento judicial, por lo que recae sobre este la posibilidad de desarrollarlo dentro de la actividad de los tribunales. De esta manera, la práctica procesal se enriquece con los razonamientos judiciales que el juez constituye en las sentencias, en la medida en que reconoce el valor creativo de la jurisprudencia a través de la cual incluso pueden

crearse nuevas instituciones, como ocurrió en la *common law* con la *equity* (Morineau, 2001). Pero también se enriquece el pensamiento jurídico procesal salvadoreño en la medida en que se adecua al contexto contemporáneo y abre nuevas oportunidades para la producción jurídica a partir de la sentencia, más allá de lo limitado de la ley, al no contener supuestos fácticos para todo hecho que acontece en la realidad (Ahumada Ruíz, 2003), puesto que la actividad del abogado tendría que ser más técnica, científica y concedora de los casos reales que tratan los tribunales (Morineau, 2001).

Conviene recordar en este punto que dentro del razonamiento jurídico enmarcado en las sentencias hay al menos tres tipos de elementos que enriquecen el pensamiento jurídico, los cuales están claramente reconocidos en la *common law*. Estos son la *opinion of the court*, que se construye en las sentencias por unanimidad o mayoría de los magistrados que componen el tribunal; la *concurring opinions*, en la que alguno de los magistrados expresa una opinión personal mientras aprueba total o parcialmente el sentido de la sentencia; y la *dissenting opinion* o *disents*, en la que un magistrado que no está de acuerdo con el fallo fundamenta su voto en un sentido contrario al de la sentencia (Tunc & Tunc, 1957). Esta última, además de abrir nuevas perspectivas para la interpretación judicial permite al juez mantener la integridad e independencia de su propio criterio.

De ese modo, con el precedente jurisprudencial dentro del sistema procesal no basta con leer las leyes y limitarse a esperar su textualidad. En realidad requiere de un ejercicio intelectual más profundo que permite al abogado participar de la creación del derecho a través de su interpretación, que propone en forma de argumentación al juez, y de un mejor manejo de la oralidad para hacer uso de las competencias desarrolladas durante su formación, como la capacidad de pensar jurídicamente, la capacidad de argumentatividad, la capacidad de ejercer su libertad autónoma responsable, la capacidad de resolver problemas y la capacidad de pensar jurídicamente (Rivera Ayala, 2015).

Y como es lógico, una práctica procesal más dinámica basada en el precedente judicial, o al menos donde se aplica, además de contribuir a la reconstrucción permanente del pensamiento jurídico también contribuye a la mejora de los procesos de educación jurídica pues el derecho ya no se puede enseñar solo leyendo las leyes sino que también conlleva la constante actualización con la

actividad de los tribunales, a través de sus sentencias, y la enseñanza constructiva del derecho, a través de problemas y casos, que permitan al estudiante el desarrollo de su pensamiento jurídico y la formación de un criterio propio que luego continuará enriqueciendo en su práctica profesional.

## **VII. CONCLUSIONES.**

La cuestión del precedente judicial indudablemente va más allá de que se esté de acuerdo con él o no. En realidad atañe a cuestiones jurídicas complejas que marcan la diferencia entre el pensamiento jurídico procesal antiguo y el contemporáneo. Y su incidencia trasciende a la importancia de la decisión en el caso concreto, pues en realidad afecta a la misma reconstrucción intelectual del pensamiento jurídico, debido a que la jurisprudencia es una fuente creadora de derecho y sus posibilidades para el desarrollo del pensamiento jurídico son trascendentales, a través del significado que aporta la interpretación (Barberis, 2015), en la medida en que constituyen parte de una actividad científica del derecho que solo puede equipararse, epistemológicamente hablando, a la investigación jurídica en razón de que produce nuevos conocimientos del derecho.

Claro está, como se afirmó al inicio del artículo, que esta no es la primera vez que se aborda el tema y quizá tampoco será la última, porque hay muchas más cuestiones que abordar en torno al asunto. Sin embargo, algo es claro: el estudio de la cuestión requiere abordarse desde una perspectiva jurídicamente actual y enriquecida por algunas de las posturas que han sido poco estudiadas por el derecho continental y, particularmente, por los juristas latinoamericanos, como es el caso de las consideraciones del realismo jurídico, presentes en los sistemas jurídicos contemporáneos más avanzados, que marcan tendencias innovadoras y trascendentes a cuestiones que se abordaban parcamente desde la perspectiva tradicional, dentro de las cuales se encuentra la cuestión del precedente jurisprudencial.



## **NOTA**

- <sup>1</sup> A este respecto cabe mencionar una distinción importante entre la formación del sistema consuetudinario y el continental pues el primero estaba influenciado por una organización poco política y jurídicamente descentralizada, como es el caso de los antiguos pueblos del actual territorio europeo británico (Morineau, 2001, pp. 11-14), en contraposición a la unidad política y jurídica que caracterizó la base románica del pensamiento jurídico continental (Alamanni de Carrillo, 2010, pp. 8-12).



## BIBLIOGRAFÍA

- AHUMADA RUÍZ, M. A. 2003. Stare decisis y creación judicial de derecho (constitucional). A propósito de El precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano, de Ana Laura Magaloni Kerpel. *Revista española de derecho constitucional*, No. 67, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. [351-365].
- ALAMANNI DE CARRILLO, B. 2010. *Derecho romano público*. San Salvador: Universidad Centroamericana José Simeón Cañas.
- ATIENZA, M. 2005. *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- BARBERIS, M. 2015. "El realismo jurídico europeo-conti-nental". En J. L. Fabra Zamora & A. Núñez Vaquero (Eds.). *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, vol. 1. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- CARDOZO, B. N. 1996. *La función judicial*. México: Puzos Editores.
- GONZÁLEZ MARÍN, N. 2010. *Sistemas jurídicos contemporáneos. Colección cultura jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- MORINEAU, M. 2001. *Una introducción al common law*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- RIVERA AYALA, L. A. 2015. Cinco competencias genéricas claves para los estudios de derecho. *Revista de Educación y Derecho*, No. 11, Universitat de Barcelona, Barcelona, España. Disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/RED/article/view/11990>
- DAVID, R. & JAUFFRET-SPINOSI, 2010. C. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. 11ª ed. México: Universidad Nacional autónoma de México.

- TUNC, A. & TUNC, S. 1957. *El derecho de los Estados Unidos de América. Instituciones judiciales, fuentes y técnicas*. México: Universidad Nacional Autónoma de Barcelona.

# LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN

David Alejandro García Hellebuyck\*

## SUMARIO

1. Los deberes precontractuales de información. 2. El caso salvadoreño: Arrendamiento otorgado sin permiso del administrador de un Centro Comercial. 3. Conclusiones.

¿Alguna vez se ha preguntado si la falta de información o el engaño, sobre ciertos aspectos de un negocio que se plasmaran en un contrato durante los tratos preliminares (en la etapa de negociación de las cláusulas), podrían repercutir en un eventual proceso judicial frente a un conflicto de intereses? Le invito a averiguarlo en las siguientes líneas.

## 1. LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN.

Es un hecho que en las relaciones comerciales usted no se encuentra exento de que, durante las negociaciones previas a la firma de un contrato, tenga la carga de unos deberes precontractuales de información que se encuentren regidos por **criterios de buena fe y uso de los negocios**, por lo que debe darse por entendido de que el deber de información, es también el deber de que esta sea facilitada verazmente o, por lo menos, que responda al conocimiento que la parte que la suministra pueda tener al respecto.

La materia expuesta y la introducción de criterios valorativos y de arbitrariedad, debe arrancar de dos premisas claras.

En la primera, se dice que corresponde a cada parte el deber de buscar la información. Ejemplo: Corresponde al inversor o comprador, averiguar los factores de riesgo del negocio, el perfil de la persona con quien se contrata, las condiciones del negocio, sobre los permisos ambientales y la regulación legal de las operaciones, etc.

La segunda consiste en el deber de la contraparte contractual de dar respuesta a las peticiones expresas de información que la otra parte le pueda formular; así, cuando se solicita información

---

\* El autor es Abogado y Notario. Máster en Derecho de Empresa. (LL.M.) Postgrado Internacional en Derecho, Economía y Negocios. Colaborador Jurídico de la Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, San Salvador, Órgano Judicial. Especialista en Derecho Corporativo, Litigios Judiciales y Arbitraje Comercial.

específica como qué permisos son los que se deben adquirir para operar el negocio, o en su caso, si no hay problemas legales con determinado activo, debe proporcionarse esa información pero no de forma fraudulenta, sino de manera veraz y objetiva, siempre que no exista secreto bancario o un pacto de confidencialidad con otra persona. En este estado, entendemos que ello es así, debido a que una de las partes tendrá una posición privilegiada en la relación comercial o, en su caso, mayor experiencia en el manejo del negocio, motivando que la parte contractual más débil o menos experta busque información con quien va a contratar y esta le sea brindada como producto de la buena fe que debe imperar en los negocios y en el tráfico mercantil.

En El Salvador, no puede afirmarse categóricamente, que una de las partes esté en el deber de informar a la otra por el hecho de que esta última se encuentre en una situación de imposibilidad o gran dificultad de obtener información por sí misma; pero puede admitirse que, en algunos casos, cuando entre las partes existe una situación específica de confianza, ésta determine un especial deber de información. Nuestro ordenamiento jurídico tampoco es especialmente claro en si la existencia de los deberes precontractuales de información influye o no en su costo.

En líneas generales se obtiene lo siguiente: i) En el Salvador existe un deber precontractual de información, regido en buena medida por la buena fe; y, ii) Existen al menos dos premisas claras: **cada parte tiene la carga de proveerse información**, pero en caso de peticionarse la misma, se tiene el deber de responder a las preguntas que sean formuladas en el curso de la negociación, de forma veraz.

En ese sentido, resulta de provecho la distinción entre deberes precontractuales de información típicos y atípicos.

En los primeros basta verificar el supuesto de hecho de la norma jurídica, para cerciorarse de que existe el deber de prestar dicha información, como en el caso de la compraventa donde el Art. 1663 C.C. estipula que si el vendedor conocía los vicios y no los declaró, o si los vicios eran tales que el vendedor haya debido conocerlos por razón de su profesión u oficio, será obligado, no solo a la restitución o la rebaja del precio, sino a la indemnización de perjuicios; pero si el vendedor no conocía los vicios ni eran tales que por su profesión u oficio debiera conocerlos, solo será obligado a la restitución o la rebaja del precio.

En los segundos, el juez carece de una respuesta pre-configurada en el ordenamiento jurídico que le indique la consecuencia de la inobservancia del deber de informar, pero en nuestro medio el operador judicial la puede construir a partir del principio general del derecho, como es la buena fe, de donde puede extraer los criterios que justifiquen su imposición.

En concordancia con lo anterior, lo que caracteriza las relaciones contractuales en que se introducen deberes típicos, es una cierta desigualdad característica entre las partes, en términos tales que una dispone de un acceso privilegiado a la información respecto de la otra.

## **2. EL CASO SALVADOREÑO: ARRENDAMIENTO OTORGADO SIN PERMISO DEL ADMINISTRADOR DE UN CENTRO COMERCIAL.**

El caso inicia debido a que entre el señor N, arrendante; y el señor Z, arrendatario, el día 28 de noviembre de 2012, se celebró un contrato de arrendamiento con la finalidad de instalar un negocio propiedad del demandado, consistente en compra y venta de oro, por un canon de arrendamiento mensual, pagaderos los días uno de cada uno de los meses comprendidos dentro del plazo o sus prórrogas. Tal convenio inició sus efectos el día uno de febrero del año dos mil trece, para el plazo de tres años prorrogables. Sin embargo, el señor Z. retira los bienes del local, sin pagar el canon mensual de arrendamiento, porque le fue imposible hacer las modificaciones pertinentes, en virtud de que los administradores del centro comercial se lo impidieron, ya que era necesario un permiso previo para realizar tales modificaciones.

El señor N demanda al señor Z pidiendo la terminación del contrato de arrendamiento y, además, la desocupación del inmueble arrendado, el pago de cánones adeudados, las cuotas de mantenimiento y de consumo de electricidad; y los cánones de arrendamiento que faltaban para que expirara el plazo, sobre el inmueble ubicado en el Centro Comercial. El juez desestima la pretensión de la demanda, por lo que el demandante apela de la sentencia.

Analizado el proceso, la Cámara de Segunda Instancia estimó que si bien corría agregada al proceso una carta suscrita por el arrendante, dirigida al arrendatario, mediante la cual se le autorizaba *"para que se hagan las modificaciones internas necesarias para la adecuación del giro del negocio objeto del arrendamiento"*,

también aparece otra autorización del señor A, representante de la sociedad que administra el Centro Comercial, donde se expresó que dependía de este último la continuación de las actividades de rediseño al local, y en ella, entre otras cuestiones se afirma que *“los planos de remodelación del mencionado local, se encuentran aprobados desde el día once de febrero de 2013, pendientes a la fecha de ser retirados.”*

Ante esta última circunstancia, el tribunal de apelación, establece que esta última carta, era un dato objetivo que reflejaba que la autorización definitiva tiene fecha de más de cinco meses posteriores al día en que entraría en vigor el contrato, y aun cuando se relaciona que estaba autorizado desde el mes de febrero, en todo caso lo sería casi un mes después de la fecha en que se entregaría el inmueble para las respectivas modificaciones. De manera que el contrato no pudo entrar en vigencia en las condiciones pactadas, esto es, en tiempo y con las facultades establecidas en el convenio, **ya que el arrendatario no pudo tomar posesión del inmueble por causas extrañas a su voluntad**, pues personas ajenas al contrato bilateral se lo impidieron, estando obligado el arrendante a garantizar la remoción de cualquier impedimento jurídico o material.

Lo interesante de la sentencia, es lo expresado en las siguientes líneas, cuando se menciona que **el demandado tenía la obligación de informar al arrendatario acerca del estado o situación legal del inmueble, lo que incluye lógicamente los requisitos que debían cumplirse para cualquier tipo de modificación material**, obligación a la que, desde luego, no pudo haber renunciado, atendido el principio de buena fe que debe estar presente en todo contrato. **La expectativa es que en la etapa precontractual, los contratantes intercambien toda la información necesaria para definir los términos del contrato y que esté orientada a ilustrar de la mejor forma a la otra parte, en una actitud de corrección y lealtad.** En el caso que hemos visto, al no haber comunicado el arrendante de manera oportuna al arrendatario, la necesidad de gestionar el permiso de la administración del centro comercial en que se ubica el local arrendado, o realizar el trámite a iniciativa propia del arrendante, para garantizar la fecha de inicio de las obras de remodelación y el funcionamiento normal de actividades previstas en el contrato, **hace que se constate un evidente incumplimiento de las cláusulas esenciales del contrato.**

## CONCLUSIONES

Expuesto el contenido de la sentencia y las ideas preliminares que anteceden, resulta posible examinar de qué forma se concretan en el ordenamiento jurídico salvadoreño, los deberes precontractuales de información, obteniéndose las siguientes conclusiones:

- Los deberes precontractuales de información pueden ser típicos o atípicos: los primeros están en la ley y los segundos, pueden construirse a partir del principio de buena fe. Si usted es abogado asesor, tiene la obligación de verificar si la fuente es de una u otra naturaleza, a fin de elaborar de mejor forma su reclamo judicial, en caso que se contraenga este deber.
- Si usted se encuentra próximo a celebrar un contrato, tome en cuenta que la falta de proporcionar información de un determinado aspecto del negocio, es una conducta que el Derecho salvadoreño sanciona como incumplimiento contractual. En el caso jurisprudencial proporcionado, produjo que el demandante no tuviera éxito en su demanda, dado que había omitido proporcionar información relevante para la explotación del negocio que el arrendatario estaba dispuesto a iniciar.
- La sentencia se refiere a dos cuestiones: la fuente del deber precontractual de informar no proviene en este caso de una norma jurídica, sino un principio general del derecho: la buena fe. La segunda cuestión que parece precisar el tribunal de apelación es la extensión del deber precontractual de informar, dicha extensión, en palabras del tribunal abarca "toda la información necesaria para definir los términos del contrato y que esté orientada a ilustrar de la mejor forma a la otra parte, en una actitud de corrección y lealtad".
- A mi juicio, las acciones judiciales, en caso de contravenir este deber de informar pueden ser múltiples; así, puedo recomendar una acción de nulidad por vicio en el consentimiento, más los daños y perjuicios, si el agraviado ya nada puede hacer para superar el obstáculo y continuar la marcha del negocio: **o una acción de daños y perjuicios, si la falta de información no es tan grave, manteniéndose** vigente el contrato.

- La legislación salvadoreña no contempla una regulación expresa sobre los deberes precontractuales de información, por lo que lastimosamente usted quedará al arbitrio y criterio del juez que conozca de su caso, de si se le otorga lo pedido en el reclamo.
- Aunque el caso analizado parece aislado, es necesario una reforma profunda en cuanto al marco jurídico de la contratación en El Salvador; en Europa ya se cuenta con una propuesta de *Draft of Common Frame of Reference* (Principios Generales de Contratación) donde se contempla un Capítulo, en el Libro II, en cuanto a los deberes precontractuales; lo mismo ocurre en Suramérica, con el anteproyecto de “principios latinoamericanos de derecho de los contratos.”

## BIBLIOGRAFÍA

- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial, I: Introducción. Teoría del contrato*, 6ª Ed., Cizur Menor, Navarra, Thomson Civitas, 2007. pp. 312-313.
- DE LA MAZA GAZMURI, I. *Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información*. En Revista Chilena de Derecho Privado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXIV, Valparaíso, Chile, 1º Semestre de 2010. pp. 75-99. En [http://www.fundacionfueyo.udp.cl/publicaciones\\_revista.php](http://www.fundacionfueyo.udp.cl/publicaciones_revista.php).
- Sentencia dictada en apelación por la Cámara Primera de lo Civil de la Primera Sección del Centro a las ocho horas y doce minutos del día veintiséis de agosto de dos mil catorce, en el incidente de apelación con referencia 97-42CM2-2014. Para un análisis de derecho comparado véase la causa N° 1287/2008, en la Resolución N° 12630, pronunciada por la Corte Suprema de Chile, por medio de la Sala Primera, del 19 de Mayo de 2008.
- Consúltese el caso europeo en: [http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr\\_outline\\_edition\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf).
- En cuanto el caso latinoamericano, véase: <http://fundacionfueyo.udp.cl/proyecto-sobre-principios-latinoamericanos-de-derecho-de-los-contratos/>



# TÉCNICA PARA CONFIGURAR LA INFRACCIÓN IMPUGNABLE EN CASACIÓN

René Alfonso Padilla y Velasco

## SUMARIO

1.- Introducción. 2.- Sistema de las causales típicas. 3.- Motivo de casación en el fondo. 4.- Eficacia causal del error. 5.- La invocación de la causal de casación. 6.- Fundamento del recurso por error *in iudicando*. 7.- Las diversas formas de error en el fondo. 8.- Síntesis.

## 1. INTRODUCCIÓN

La legislación salvadoreña responde a la evolución o mutación que ha experimentado el Recurso de Casación en las zonas de influencia de nuestro ordenamiento jurídico.

Y es así cómo el sistema aplicable durante la vigencia de la Ley de Casación supuestamente quedó superado con el nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, mediante el establecimiento de un *motivo único* como fundamento del recurso de casación en el fondo, a saber: la infracción de la norma de derecho o de la jurisprudencia para resolver el objeto litigioso (art. 522 CPCM).

Desafortunadamente, el sistema contenido en la Ley de Casación para la formulación de los motivos de error en el juicio ha sido revitalizado por la jurisprudencia de la Sala de lo Civil, volviendo por la vía interpretativa a una doctrina que se suponía superada por medio de reforma legislativa. Cito algunos pasajes para ilustrar esta realidad:

“Son los Arts. 521 y 522 C. Pr. C. y M. los que hablan de la procedencia del recurso de casación por motivos de fondo, y en lo que respecta a la segunda disposición legal, debe señalarse específicamente a qué tipo de infracción de ley se refiere conforme los tres diferentes supuestos señalados en el inciso segundo de dicha norma; ya sea, aplicación indebida, aplicación errónea, o bien la inaplicación, siendo esta última un caso típico de violación de ley. Se denota cómo se han mal empleado los términos arriba mencionados, ya que se dice que el recurso se interpone por aplicación indebida o errónea de la ley, y al momento de verter el concepto de la infracción se manifiesta que la Cámara violó la ley al aplicarla erróneamente, términos todos con significados y consecuencias diferentes.”

(Auto de inadmisibilidad Ref.: Casación N° 276-CAC-2012 de fecha: 10/12/2012).

“La infracción de ley, por aplicación indebida de la norma, se comete al subsumir los hechos en qué consiste el caso concreto en la hipótesis contenida en la norma, suponiendo que dicha norma ha sido bien elegida y bien interpretada, apreciando de acuerdo al juzgador de forma correcta los hechos, pero no obstante ello produciendo un resultado contrario, por alteración en el último momento o conclusión.” (Auto de inadmisibilidad Ref.: Casación N° 382-CAC-2013 fecha: 07/11/2014)

“Finalmente, la denuncia de interpretación errónea como tal no existe, la infracción de ley por motivos de fondo regula tres supuestos —art. 522 inc. 2° CPCM-: a) errónea aplicación, que como se adujo antes, pueden deducirse cuestiones de interpretación de las normas sustantivas y de aquéllas procesales vinculadas al fondo del asunto; b) inaplicación, que implica pura y llanamente la no aplicación de la norma que reclama el caso, sin más; y, c) aplicación indebida, cuando se provee una solución normativa distinta a la regulada en las normas.” (Sentencia Sala de lo Civil Ref.: Casación N°16-CAC-2013 de fecha:11/03/2015).

## **2. SISTEMA DE LAS CAUSALES TÍPICAS**

Los razonamientos transcritos denotan que la Sala de lo Civil entiende que el párrafo segundo del art. 522 CPCM establece tres figuras típicas, ya que “aplicación indebida”, “aplicación errónea” o “falta de aplicación” son términos todos con significados y consecuencias diferentes.<sup>1</sup>

El sistema de causales típicas para describir la infracción cometida en la resolución impugnada, adoptado en la extinta Ley de Casación, tenía el propósito de facilitar la fundamentación del recurso, ya que así se evitaba desarrollar el requisito de la *eficacia causal del error*.

Según los postulados de aquella doctrina, al momento de verter el concepto de la infracción denunciada en una de las figuras tipificadas o previamente clasificadas por la normativa jurídica, la corte de casación podía entender en qué consistía específicamente

el error denunciado (“violación de ley”, “interpretación errónea”, “aplicación indebida”, etc.) y, así, el recurrente se evitaba la descripción de la manera en que el error influyó en el fallo injusto o incorrecto; pues bastaba la incursión en la figura típica para configurar la infracción.

No obstante, con el tiempo y el ejercicio práctico las causales de infracción “supusieron el establecimiento de un formalista mecanismo para inadmitir o desestimar recursos de casación, provocando en algunos casos verdaderas denegaciones de justicia al amparo de este filtro artificialmente montado y justificado únicamente por el culto a la forma”.<sup>2</sup>

Bajo la vigencia de la Ley de Casación, cuando la Sala de lo Civil pedía como requisito “tener el cuidado de realizar una motivación clara y precisa de la infracción denunciada”, o “determinar concretamente el agravio”, a lo que se refería era a tener la pericia de conectar la resolución impugnada con una de las causales de error en el juicio descritas en la Ley, o a explicar cómo la resolución recurrida se acomodaba a una de las figuras establecidas como motivos de casación en el fondo.

El caso más destacable era el de *violación de ley*, en tanto que para la procedencia de esta forma de infracción exigía que el juzgador “hubiera dejado de aplicar la norma pertinente, haciendo una falsa elección de otra”, por cuanto las más de las veces la resolución recurrida simplemente transgredía lo que la norma aplicable disponía para el caso en concreto, sin que necesariamente fuera acompañada de la errónea elección de otra norma en su lugar.

Por lo tanto, para poder invocar los motivos de casación en el fondo, los recurrentes acudían a elucubraciones complicadas para lograr encartar la resolución recurrida en la figura específica de las diferentes calificaciones del error en el juicio.

### **3. MOTIVO DE CASACIÓN EN EL FONDO**

La redacción del art. 522 CPCM, siguiendo el modelo español, pretende superar el engorroso sistema basado en causales típicas, instaurando como causal única de casación en el fondo la *infracción a la norma jurídica o a la jurisprudencia* utilizada para resolver el caso.

Así, cuando el párrafo segundo de esta disposición dispone que se entienda por *infracción* la “aplicación indebida o errónea” y por “haber dejado de aplicar la norma”, no está estipulando infracciones

específicas, en las cuales debe enmarcarse o encuadrarse el error denunciado, como sucedía con el sistema efectivo durante la vigencia de la Ley de Casación, el cual fue expresamente derogado por el art. 705 CPCM.

Es verdad que el acápite del art. 522 CPCM reza "*motivos de fondo*", pero ello fue un aporte de la comisión redactora y de la comisión final, para evocar los dos motivos genéricos: "infracción de ley o de doctrina legal" y "quebrantamiento de algunas de las formas esenciales de juicio";<sup>3</sup> ya que según el sistema español, que sirvió de modelo a la vigente normativa, por la casación se impugnan los errores de juicio, mientras que los errores *in procedendo* se reclaman por el recurso extraordinario de infracción procesal.

Por tanto, la correcta interpretación de dicho canon es que al dejarse de lado el sistema de las infracciones típicas, podemos decir con propiedad que el legislador incluyó dentro del motivo de casación en el fondo todas las posibles hipótesis de error en el juicio, que según la doctrina más recibida pueden consistir en la propia *existencia* de la norma, en su *interpretación*, o en la pura *transgresión*,<sup>4</sup> que como se aprecia constituye la triple clasificación contenida en el párrafo segundo.

De esa manera tenemos que las posibilidades de error se refieren a: a) falta de aplicación de la norma jurídica que corresponde al caso; b) aplicación de una norma a una hipótesis no contemplada; c) abierta desobediencia o transgresión a la norma, y d) en general, todos los errores de Derecho que constituyen el desconocimiento de una norma jurídica en su alcance general y abstracto.<sup>5</sup>

Sin embargo, la Sala de lo Civil, por un fenómeno de "inercia" o por apego a los postulados de la Ley de Casación, continúa en la creencia de que el texto del art. 522 CPCM describe figuras especiales de infracción, y cuando los recurrentes desarrollan o explican de qué manera el error denunciado influye en el fallo recurrido, simplemente para fundamentar su recurso o para desarrollar las razones para su estimación, la Sala califica todas esas explicaciones como "meras valoraciones" y "falta de tecnicismo", sin prestarles la más mínima atención, en tanto no se apeguen al criterio establecido. A modo de ejemplo transcribo la siguiente resolución:

"...asimismo, vuelve el interponente a incurrir en la impropiedad jurídica incurrida en el sub-motivo de fondo invocado, pues hace estribar la incongruencia por *citra petita*, en su desacuer-

do con la falta de acreditación de la existencia de los dividendos y el pago de éstos a persona diferente a las que por vinculación dispositiva corresponde, cuestión que se abstrae en forma absoluta de lo que debe entenderse por el motivo en análisis, pues la denuncia casacional no radica en explicar qué punto de apelación no fue resuelto por la Cámara *Ad-quem*." (Auto de inadmisibilidad Ref.: N° 293-CAM-2014 fecha: 21/11/2014).

#### 4. EFICACIA CAUSAL DEL ERROR

No puedo mostrarme de acuerdo con el criterio de la Sala de lo Civil pues, por el contrario, la técnica de casación consiste en describir cuál es el equívoco en el razonamiento de la Cámara de apelación, complementada con la solución correcta que se pretende.

De acuerdo a don Alberto MONTÓN REDONDO: "Por infracción ha de entenderse tanto que la norma se aplique incorrectamente, como que ni siquiera se tenga en cuenta para resolver; pero en cualquier caso afectando directamente al sentido del fallo de tal manera que, si no se hubiera producido, sería diferente."<sup>6</sup>

Es decir, que no basta invocar cualquier error de derecho, en tanto que respetando la correcta técnica para configurar la infracción cometida por el tribunal de apelaciones, según exige la naturaleza del recurso de casación, el error denunciado debe ser trascendente, al grado de que tenga "influencia decisiva en el fallo"; o sea, invocar la llamada *eficacia causal del error*, que consiste en el requisito de que la infracción a la norma de derecho debe influir en la decisión, concretamente en el fallo, para que sea impugnada en casación.<sup>7</sup>

El jurista italiano Piero CALAMANDREI explica este requisito desde la perspectiva de que el recurrente solo puede invocar "aque- llos vicios que aparezcan como causa necesaria y suficiente de su vencimiento y en la corrección del cual tiene un interés práctico."<sup>8</sup>

Este requisito no aparecía en el texto de la Ley de Casación, puesto que no era necesario si las figuras típicas de infracción ya le explicaban a la corte de Casación en qué consistía el error denun- ciado.

En lo que respecta al actual Código, de suyo cae que si la na- turaleza del recurso es la de corregir un error de derecho en la re- solución impugnada (art. 521 CPCM), el requisito de la pertinencia y fundamentación de los motivos alegados (art. 528 CPCM) exige que se indique cuál es la aplicación de la norma que se pretende; lo

que dicho de otro modo, pues puede pretenderse errónea interpretación, significa que debe reclamarse el error y la correcta solución de la situación jurídica objeto de la sentencia de que se recurre.<sup>9</sup>

De acuerdo a esta doctrina, para la correcta fundamentación del recurso de casación debe explicarse cómo el error denunciado introduce un elemento distorsionador en el razonamiento, que lleva al juzgador a arribar a una conclusión injusta o inadecuada. En ese mismo sentido, para completar la explicación, debe formularse cuál hubiera sido la correcta conclusión, de no haberse cometido el vicio invocado.

Este requisito resulta más difícil de considerar en lo que se refiere a los errores del procedimiento; razón por la cual, en ese caso, basta proponer que se haya presentado la *posibilidad* de otra resolución (en caso de no haberse cometido el error) para que la casación se presente como fundada.<sup>10</sup>

Es decir, que el criterio adoptado por el nuevo Código postula que la correcta técnica de casación consiste en que el afectado formule una hipótesis en que (especialmente tratándose de errores *in procedendo*) existiría la posibilidad de una resolución alternativa, de no haberse incurrido en el vicio denunciado.

## **5. LA INVOCACIÓN DE LA CAUSAL DE CASACIÓN**

La Sala de lo Civil, basándose en la naturaleza extraordinaria del recurso –esto es, que procede por causales o motivos taxativamente señalados–, entiende que el requisito o exigencia de razonar en párrafos separados la pertinencia y fundamentación de los motivos alegados (art. 528 No. 2º CPCM) significa que se deben desglosar por separado cada uno de los motivos (*aplicación indebida, errónea o inaplicación*), teniendo el cuidado de no confundir los tres tipos de vicio o error determinados en el párrafo segundo del art. 522 CPCM.<sup>11</sup>

No estoy de acuerdo con esta interpretación porque según la doctrina más recibida esta disposición lo que prescribe y desarrolla son los requisitos de la mención de la norma de derecho infringida (o erróneamente aplicada) y la causal de casación.<sup>12</sup>

En cuanto a *norma de derecho* se refiere, como dispone el párrafo primero del art. 522 CPCM, a la ley o a la doctrina legal (jurisprudencia).

La voz *ley* utilizada de un modo general incluye todas las normas de derecho que el juzgador debió tomar en cuenta para resolver, lo

que abarca la *Constitución*, los *tratados y convenciones* ratificados por la República; las *leyes secundarias* y el *derecho extranjero*, cuando sea observable; los *reglamentos*, los *decretos ejecutivos* y las *ordenanzas municipales*, cuando desarrollan la ley pertinente; la *costumbre*, cuando la ley se remita a ella (art. 2 C C); los *principios generales del derecho*, cuando integran la norma (art. 24 C C), y las *estipulaciones contractuales*, a las que las partes se deben como a la ley misma (art. 1,416 C C).

La naturaleza de la ley que puede ser infringida es tanto la *sustancial* como la *procesal*, por cuanto el código no ha hecho ninguna distinción al respecto; no pudiendo ser de otra forma, ya que ambas son igualmente importantes en la resolución de la causa, de tal modo que la nomofilaxia y la uniformidad de la jurisprudencia (art. 524 CPCM) se verían seriamente limitadas si solo incumbiera respecto de una parte del ordenamiento jurídico –en este caso, de las leyes materiales o sustanciales–, negando a la corte de casación la facultad de declarar el derecho adjetivo aplicable y la correcta interpretación de las normas procesales correspondientes a la cuestión litigiosa.

El segundo requisito trata de exponer la existencia de un *error de derecho* (art. 521 CPCM) y que dicho error está incluido dentro de las causales de casación (de fondo o de forma).<sup>13</sup>

Lo anterior significa que se debe indicar cuál es la aplicación de la norma que se pretende, o –en razón de que puede tratarse de una errónea interpretación– el error y la alegada solución del caso. La invocación, por tanto, debe ser clara y no referida a una crítica de la sentencia que se recurre.<sup>14</sup>

Por lo tanto, en el caso específico del error *in iudicando*, la invocación de la causal de casación (aplicación indebida o errónea e inaplicación) en mi criterio no exige una discriminación o separación en los términos que entiende la Sala, puesto que no constituyen figuras incompatibles.

## **6. FUNDAMENTO DEL RECURSO POR ERROR IN IUDICANDO**

Para entender el significado de *infracción de ley o de la jurisprudencia* es necesario recordar que tanto para la averiguación como para la descripción del error de fondo en las providencias judiciales, se utiliza la comparación con un silogismo en el que pueden distinguirse tres elementos básicos que, expuestos de una manera simplista, se corresponden a los componentes del llamado “silogismo judicial”: *premisa mayor*, *premisa menor* y *conclusión*.

a) *Premisa mayor*. La mayoría de los errores *in iudicando* se dan en la premisa mayor, pues se trata precisamente de la elección de la norma de derecho aplicable al asunto; tenemos así que las posibilidades de error en esta fase o etapa de la construcción lógica de la sentencia pueden estar referidas a la propia *existencia* de la norma, en su *interpretación* o en su pura *transgresión*.<sup>15</sup>

Históricamente esta circunstancia tiene su explicación, pues la casación nació como la facultad del Consejo de Estado de controlar la *aplicación* de la norma jurídica que hacían los tribunales ordinarios; luego, cuando Napoleón restituyó a los jueces la facultad *interpretativa*, se extendió el control a la "falsa interpretación de la ley", y más adelante se admitió la posibilidad de juzgar los errores en la premisa menor del silogismo u *operación de subsunción*.<sup>16</sup>

b) *Premisa menor*. En el caso de la premisa menor, el error ocurre cuando los hechos del caso se encuadran en una indebida hipótesis jurídica. Como dice CALAMANDREI, el magistrado yerra en la realización de la "diagnosis jurídica", que consiste en reunir y reducir los hechos probados en un "tipo" legalmente previsto o en un determinado instituto jurídico. En otro giro, ROSENBERG dice que estamos en presencia de este error "cuando de la norma exactamente comprendida son injustamente tenidos por inexistentes los hechos presentes, en otras palabras, es defectuosa la subsunción, la apreciación o estimación jurídica de la materia litigiosa."<sup>17</sup>

El concepto de "infracción o violación de la ley y de la doctrina legal" en esta fase del razonamiento no puede tener sino un significado general, comprensivo de cualquier clase de operaciones intelectuales que verifica el magistrado, al llevar a cabo el acercamiento o compaginación de los datos de derecho a los de hecho, pues puede configurarse tanto por la mala elección de la norma, por entender su sentido de un modo que la propia norma efectivamente no tiene, o porque desconoce los efectos que en el tiempo y en el espacio establece la norma pertinente para el caso en concreto, que puede ir acompañada o no de la errónea elección de otra en su lugar.

c) *Conclusión*. En esta fase o etapa del razonamiento judicial la infracción o violación se produce cuando suponiendo bien elegidas y bien interpretadas las normas, así como correctamente apreciados los hechos, no obstante se produce un resultado contrario al derecho, por alteración o error en el último momento en la construcción del fondo de la sentencia.

Esta infracción es muy rara, por cuanto supone que las premisas se hallan bien construidas, en tanto que si no habría incorrecta elección, interpretación errónea o equivocación en la aplicación de la norma jurídica a los hechos.

Sin embargo, también es posible que el juzgador cometa aquí algunas de las infracciones que se traducen en errores determinantes del motivo de casación en el fondo porque pueden estar referidas a la inexacta utilización de todos aquellos estándares jurídicos que el derecho positivo emplea en numerosas ocasiones y que el juez debe integrar en cada caso, según un modelo legal propuesto en fórmulas objetivamente tipificadas.<sup>18</sup>

En esta categoría podemos incluir la contravención de las normas sobre *interpretación de los contratos* ( la intención de los contratantes sobre la literalidad de las palabras, la interpretación que mejor cuadre a la naturaleza del contrato, la interpretación de las cláusulas ambiguas a favor del deudor, etc.); la *calificación jurídica* de los hechos (caso fortuito o imprevisión, dolo o culpa, diligencia o negligencia, abuso del derecho, etc.); la *valoración de las pruebas* (el valor "tasado" de los instrumentos, apreciación para fines probatorios de la conducta objetiva de las partes, las reglas de la pertinencia y utilidad de las pruebas, etc.); los *conceptos jurídicos indeterminados* ("la moral y las buenas costumbres", "la diligencia de un buen padre de familia", "los usos mercantiles", etc.), y las reglas de la *sana crítica* (reglas de la lógica y de la experiencia, absurdo evidente, exceso ritual manifiesto, etc.).<sup>19</sup>

## 7. LAS DIVERSAS FORMAS DE ERROR EN EL FONDO

Desde esa perspectiva es fácil advertir que el triple criterio que menciona el párrafo segundo del art. 522 CPCM está referido a todos los errores de derecho que constituyen el desconocimiento de una norma jurídica en su alcance general y abstracto, ya en cuanto a su existencia, su interpretación o su contravención.

Cuando hablamos de la existencia, interesa determinar si se ha resuelto sin errar en cuanto a su validez, o sea, a la *aplicación temporal y espacial* de la norma; si ya entró en vigencia, si fue derogada; los casos de retroactividad o de ultractividad de la norma, etc.<sup>20</sup>

Sobre el límite espacial, nos referimos a su validez dentro del territorio nacional; esto es, los casos en que el derecho extranjero es aplicable al asunto.

Respecto de la validez, otro aspecto es el relativo a la *jerarquía* de la norma y, por ende, a la cuestión de la inconstitucionalidad de los tratados o convenciones (art. 145 Cn) y de las leyes (art. 185 Cn); la competencia del órgano (municipal o nacional) que dictó la norma (art. 164 Cn), etc.<sup>21</sup>

Aceptado que la norma es la aplicable, el error puede consistir en la *falta o indebida aplicación*; es decir, no aplicar la disposición que corresponde al caso o aplicarla a una hipótesis inadecuada.<sup>22</sup>

Finalmente, puede tratarse de un caso de *desobediencia o transgresión* a la norma, tergiversando los efectos jurídicos de la misma que, descartando la intención positiva de contravenirla flagrantemente, solo puede deberse a que la Cámara de apelaciones le dio un sentido que no tiene, desatendiendo su tenor literal y los demás elementos de la interpretación de las leyes.

## **8. SÍNTESIS**

Definitivamente que todo lo expuesto es mi personal lectura de las disposiciones legales y de la doctrina aplicable, lo que me lleva a no estar de acuerdo y reprochar el criterio de la Sala de lo Civil.

Sin embargo, no se trata de una crítica vacía, sino que he tratado de exponer cómo llego a esas conclusiones y por qué no considero acertado el razonamiento utilizado por la corte de casación. Aunque estoy consciente de que la primordial motivación del tribunal es que el recurso conserve su carácter extraordinario, rodeado de formalidades especiales que se refieren a causales o motivos específicos; pero mi preocupación es que el criterio de la Sala de lo Civil se convierta en un valladar para el acceso al recurso por una mera formalidad y no por disposición legal.

En efecto, los distingos en cuanto a lo que debe entenderse por "aplicación indebida", "aplicación errónea" o "falta de aplicación" los considero artificiales, explicables únicamente como una costumbre o apego al sistema ya superado contenido en la Ley de Casación, pues no tienen asidero en la vigente normativa y enervan el sentido y alcance del párrafo segundo del art. 522 CPCM.

## NOTAS

- 1 Auto de inadmisibilidad Ref.: Casación N° 276-CAC-2012 de fecha: 10/12/2012.
- 2 Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ y Víctor MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil*, Parte General, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 355 y 356.
- 3 Román Gilberto ZÚNIGA VELIS, *Aspectos de la normativa del Recurso de Casación*, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Tecnológica de El Salvador, Año 7, No. 12, Julio 2015, pp. 56-64.
- 4 Enrique VÉSCOVI, *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Depalma, 1988, p. 255.
- 5 Óp. cit., pp. 255 y 256, nota 69.
- 6 Juan MONTERO AROCA y otros, *El nuevo Proceso Civil*, Tirant lo Blanch, 2001, pág. 595.
- 7 VÉSCOVI, óp. cit., pp. 242 y 243.
- 8 Citado por VÉSCOVI, Óp. cit., p. 246.
- 9 Óp. cit., p. 282.
- 10 Óp. cit., p. 246.
- 11 Cfr. auto de inadmisibilidad Ref.: Casación N° 378-CAC-2013, fecha: 01/10/2014.
- 12 VÉSCOVI, óp. cit., p. 282.
- 13 Ídem.
- 14 Ibídem.
- 15 Óp. cit., p. 255.
- 16 Óp. cit., p. 255, nota 68.
- 17 Óp. cit., pp. 256 y 257, nota 72.
- 18 Jaime GUASP (+) y Pedro ARAGONESES, *Derecho Procesal Civil*, Tomo Segundo, Civitas, 2002, pp. 394 y 395.
- 19 Óp. cit., pág. 395.
- 20 VÉSCOVI, óp. cit., p. 256.
- 21 Ídem.
- 22 Ibídem.



# LOS PROCESOS COLECTIVOS / CLASS ACTIONS EN AMÉRICA\*

Santiago Pereira Campos\*\*

Con la colaboración de Virginia Barreiro\*\*\*

y Santiago Labat\*\*\*\*

## SUMARIO

I. La búsqueda de soluciones entre el caos y el laberinto. II. Estado de la legislación sobre procesos colectivos/class actions en América. III. Recaudos para aprobar acuerdos en materia de procesos colectivos/class actions en América. IV. La Cosa Juzgada en los Procesos Colectivos / Class Actions en América. V. Liquidación y ejecución de sentencias sobre procesos colectivos/class actions en América. VI. Conclusiones.

## I. LA BÚSQUEDA DE SOLUCIONES ENTRE EL CAOS Y EL LABERINTO

Desde hace ya unos cuantos años, en diversos eventos académicos, la doctrina procesal trabaja en la difícil tarea de encontrar

---

\* El presente trabajo tiene como base el relato general por América a la "I Conferencia Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Coloquio de la Asociación Internacional de Derecho Procesal", celebrado en Buenos Aires, Argentina, del 6 al 9 de junio de 2012.

\*\* Profesor Titular de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Vicepresidente del Consejo Directivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA-OEA). Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y de la Asociación Uruguaya de Derecho Procesal "Eduardo J. Couture". Profesor de Derecho Procesal del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (CEJU – Poder Judicial uruguayo). Profesor Titular de la Especialización en Derecho Procesal y Litigación de la Universidad de Montevideo. Socio de RUEDA ABADI PEREIRA. Profesor del Diplomado sobre Reforma Procesal Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor del Programa sobre Reformas Procesales en América y Estados Unidos de la American University (Washington, D.C.). Ha sido consultor de PNUD, ONUDI, BID, FOMIN, CEJA y del Instituto del BANCO MUNDIAL. Las opiniones del autor son formuladas a título personal y no comprometen a las instituciones que integra. Email: spereira@rap.com.uy. Twitter: @SantiagoPCampos

\*\*\* Docente de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

\*\*\*\* Docente de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

soluciones al fenómeno de los procesos colectivos. En Iberoamérica el Código Modelo de Procesos Colectivos es, sin lugar a dudas, el jalón más importante en este trabajo incesante.

Mucho se ha avanzado en los últimos años. Sin embargo, en varios países de América, existe todavía nula o escasa regulación y poca información y jurisprudencia sobre procesos colectivos, siendo aún una temática de especialistas, difícil de transmitir a juristas de otras disciplinas, a legisladores, administradores y a la sociedad civil. Como se señala en la Exposición de Motivos del Código Modelo de Proceso Colectivos: "la situación de la defensa de los derechos trans-individuales en Iberoamérica, es insuficiente y heterogénea, por no decir caótica. Y también se percibe que diversos países están sintiendo la necesidad de legislar sobre la materia".

En los países con regulación más específica y mayor experiencia sobre procesos colectivos/class actions (Brasil, Estados Unidos, Canadá, Colombia, Argentina), los sistemas son objeto de defensa cerrada de parte de unos y críticas feroces de parte de otros. A ello se suman grandes intereses económicos en pugna y el riesgo de la utilización con propósitos espurios de estos procesos, que podrían transformarse, para las voces apocalípticas que nunca faltan, en un monstruo ingobernable<sup>1</sup>.

Se nos plantea entonces el apasionante desafío de encontrar soluciones para la Justicia Colectiva, que sean adecuadas a la realidad social y al sistema jurídico de cada uno de los países de América. Es que, a pesar de todos los esfuerzos, como lo ha señalado OTEIZA<sup>2</sup>, hay un creciente grado de incertidumbre sobre cuáles son las mejores estrategias de política pública para regular los procesos colectivos<sup>3</sup>.

Entre el caos<sup>4</sup>, la indiferencia, la falta de soluciones y/o los intrincados laberintos<sup>5</sup> creados por el legislador y/o por la jurisprudencia, muchos de los países de América requieren de nuestro esfuerzo. Nuestra tarea, más que explicar los sistemas, es esencialmente encontrar la forma de dar las soluciones más simples posibles a un tema por demás complejo. Ello, en el convencimiento de que los procesos colectivos son necesarios y es por ende imprescindible un mecanismo adecuado que efectivice los derechos sustanciales colectivos, permitiendo hacer justicia. Como enseñan MORELLO y CAFFERATTA<sup>6</sup>, no hay problema que

no deba ser captado en sus diversos pliegues y dificultades desde tres dimensiones: la constitucional, la social y la internacional<sup>7</sup>, de manera sistémica y finalista, procurando que las respuestas valiosas, oportunas y acordes con la paz social y la justicia, SUPEREN los "tests" de validez y eficacia para plasmar soluciones de resultados efectivos.

Nuestro trabajo pretende, desde esa perspectiva, analizar tres temas esenciales: los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos/class actions en América. Buscamos dar un panorama de la situación sobre los tres temas en América y proponer algunas líneas de solución para los principales problemas planteados.

Este informe hubiera sido imposible sin el valioso aporte de los expertos nacionales, con quienes tenemos una enorme deuda de gratitud<sup>8</sup>.

## **II. ESTADO DE LA LEGISLACIÓN SOBRE PROCESOS COLECTIVOS/CLASS ACTIONS EN AMÉRICA**

El estado de la legislación en materia de procesos colectivos, de acuerdo a lo que surge de los informes nacionales relevados, es muy disímil en los países de América. Mientras que ha tenido un avance significativo en algunos países (sin perjuicio de existir grandes diferencias entre ellos, tanto respecto al grado de ese avance como a las soluciones implementadas), en otros no existen previsiones legales respecto de los procesos colectivos. Como ha señalado PELLEGRINI GRINOVER<sup>9</sup>, en relación a los países del civil law, el estado de los procesos colectivos si bien aún no alcanzó el estado de madurez de las class actions norteamericanas, la tendencia es que cada vez más países crean verdaderos sistemas de procesos colectivos.

A efectos de graficar la situación, clasificamos los países relevados en tres categorías: a) aquellos que no poseen regulación procesal sobre procesos colectivos/class actions, b) aquellos que poseen regulación procesal genérica o fragmentada (generalmente vinculada a la materia de relaciones de consumo y/o protección del medio ambiente, o alguna previsión general escueta sobre procesos colectivos en la codificación procesal) y, c) aquellos que poseen una regulación procesal específica y más integral para los procesos colectivos.

<b>CUADRO 1</b>			
<b>Regulación legal de los procesos colectivos/class actions en América</b>			
<b>País</b>	<b>Ausencia de regulación</b>	<b>Regulación fragmentada o genérica</b>	<b>Regulación específica integral</b>
Argentina		X	
Brasil			X
Bolivia	X		
Canadá			X
Chile		X	
Colombia			X
Ecuador	X		
EUA			X
Guatemala	X		
Paraguay	X		
Perú		X	
Uruguay		X	
Venezuela <sup>10</sup>	X		

Del Cuadro 1<sup>11</sup> surge que varios países de América poseen regulación sobre procesos colectivos/class actions, y que en la mayoría de ellos es muy incompleta o se prevé para cierta clase de procesos colectivos en particular (medioambiente o consumidor, por ejemplo), careciendo de una regulación de carácter específico integral aplicable a todos los procesos colectivos.

En doctrina, el debate sobre si debe legislarse y cómo legislar sobre procesos colectivos/class actions, es complejo. En efecto, aunque existen importantes voces que reclaman la aprobación de legislación en la materia en aquellos países que no la poseen<sup>12</sup> -posición a la que se pliega el autor- no siempre la exhaustiva regulación en si misma representa una solución a la problemática identificada, pudiendo constituirse incluso en un problema más, como indican los expertos nacionales en algunos de los sistemas en los que estos marcos legislativos ya existen. En virtud ello y conforme los informes nacionales, consideramos que la regulación sobre procesos colectivos es necesaria pero debe realizarse de manera ex-

tremadamente cuidadosa, porque la forma de implementar la Justicia Colectiva está esencialmente vinculada con las características de cada país<sup>13</sup>. Las soluciones estandarizadas en códigos –como es el Código Modelo<sup>14</sup>- o los sistemas de derecho comparado más avanzados, son sin lugar a dudas un punto esencial de partida pero no necesariamente cubren todas las necesidades propias de cada nación<sup>15</sup>. Está demostrado además que el trasplante automático de soluciones legislativas de un país a otro suele fracasar, debiendo siempre pasarse por el tamiz de la realidad<sup>16</sup>.

### **III. RECAUDOS PARA APROBAR ACUERDOS EN MATERIA DE PROCESOS COLECTIVOS/CLASS ACTIONS EN AMÉRICA**

#### **1. Planteo de la cuestión**

Los acuerdos en materia de procesos colectivos plantean interesantes cuestiones. La trascendencia del tema se pone de manifiesto a poco que pensemos en la posibilidad de que un acuerdo colectivo pueda estar viciado en su consentimiento, o que quien actúa en representación de los derechos colectivos o difusos no cuente con la representación adecuada, o en el riesgo de fraude o colusión procesal entre las partes intervinientes para perjudicar al grupo.

Frente a ello, son varias las cuestiones a resolver:

- a) ¿Es procedente la realización de acuerdos en materia de procesos colectivos/class actions? ¿Es aconsejable optar por un sistema que admita la disponibilidad de estos derechos colectivos mediante transacción o conciliación o tal posibilidad debiera estar vedada por la legislación?
- b) De admitirse, ¿cuál debe ser el alcance/límites de los acuerdos colectivos?
- c) ¿Es necesaria la intervención del Juez para dotar al acuerdo de eficacia? En caso afirmativo, ¿qué recaudos debieran exigirse para la aprobación judicial?
- d) ¿Cómo se realiza la publicidad de los acuerdos?
- e) ¿El contenido del acuerdo puede alcanzar a aquellos que no participaron en él pero que pertenecen a la clase o grupo que lo suscribió?
- f) ¿Qué sistema se adopta para permitir que miembros de la clase se incluyan o se excluyan del acuerdo?

- g) En caso de no existir regulación sobre acuerdos colectivos, ¿son aplicables las normas clásicas que asimilan el efecto de la transacción aprobada judicialmente al de la cosa juzgada? Los efectos del acuerdo colectivo aprobado ¿se extienden a todos los miembros de la clase o grupo?
- h) ¿Cómo se solucionan los eventuales conflictos de interés entre los propios miembros de la clase y/o entre abogados y/o entre el abogado de la clase y la propia clase?

## **2. Las previsiones sobre acuerdos colectivos en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica**

Si bien en el Código Modelo no se regulan específicamente los acuerdos colectivos, de varias de sus disposiciones surge la posibilidad de que las partes arriben a un acuerdo conciliatorio<sup>17</sup>. El Par. 3º del art. 11 dispone: "preservada la indisponibilidad del bien jurídico colectivo, las partes podrán transigir sobre el modo de cumplimiento de la obligación". En lo que se refiere a la aprobación de un acuerdo conciliatorio se prevé en el parágrafo 4º que será homologado por sentencia, la que constituirá título ejecutivo judicial<sup>18</sup>. El art. 3º, Par. 5º prevé que el "Ministerio Público y los órganos públicos legitimados podrán requerir de los interesados el compromiso administrativo de ajuste de su conducta a las exigencias legales, mediante conminaciones, que tendrán eficacia de título ejecutivo extrajudicial".

No obstante estas referencias del Código Modelo al acuerdo conciliatorio, no se incorporaron disposiciones relativas a los requisitos para la celebración del acuerdo, ni al rol que deberá desempeñar el juez al momento de su intervención, ni a los efectos que un acuerdo de esta naturaleza puede tener sobre las personas que no estuvieron presentes a la hora de su celebración pero que ingresan en la clase o pertenecen al grupo de sujetos que sí lo hicieron. Ello tiene íntima relación con los efectos (alcance) que el acuerdo puede tener, respecto de aquellos sujetos que pertenecen a la clase o grupo pero que no comparecen a celebrar el acuerdo. En definitiva, el Código Modelo ha optado por la indisponibilidad del bien jurídico colectivo, lo que determina que los acuerdos colectivos se limitan fundamentalmente a compromisos de ajuste de la conducta del condenado<sup>19</sup>.

### 3. La regulación de los acuerdos colectivos en los países de América

Varios ordenamientos americanos carecen de una regulación puntual sobre acuerdos colectivos y, en algunos que cuentan con disposiciones referidas a los mismos, se cuestiona su alcance.

<b>CUADRO 2</b>			
<b>Regulación legal de los acuerdos colectivos en América</b>			
<b>País</b>	<b>Ausencia de regulación</b>		<b>Previsión específica</b>
<b>Argentina</b>			X
<b>Brasil</b>			X
<b>Bolivia</b>	X		
<b>Canadá</b>			X
<b>Chile</b>			X
<b>Colombia</b>			X
<b>Ecuador</b>	X		
<b>EUA</b>			X
<b>Guatemala</b>	X		
<b>Paraguay</b>	X		
<b>Perú</b>	X		
<b>Uruguay</b>	X		
<b>Venezuela</b>	X		

De los informes nacionales analizados se desprende que, en general, es escasa la regulación sobre este punto, pudiendo destacarse previsión específica en Argentina, Brasil, Canadá, Colombia, Chile y Estados Unidos de América, admitiéndose en algunos casos los acuerdos con alcance muy limitado y en otros con amplio alcance.

En ARGENTINA, según informan PAGÉS y ROJAS, aunque no existe una ley específica general sobre procesos colectivos<sup>20</sup>, existe legislación especial relativa a consumidores<sup>21</sup>. El mecanismo de homologación del acuerdo por auto judicial fundado<sup>22</sup>, consiste en un proceso sumario con preceptiva intervención del Ministerio Público, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados

(naturalmente, con la salvedad de que el mismo sea el promotor de la incidencia colectiva). En cuanto a la eficacia de la sentencia homologatoria, la ley argentina parece relativizar la fuerza de la cosa juzgada en la especie, ya que el tercero usuario o consumidor que pretenda amparo en la sentencia obtenida en el proceso homologatorio del cual no participó, debe tener condiciones similares a las de quienes hayan participado y no debe haber manifestado con anterioridad a la sentencia – en los términos y condiciones que el juez disponga – su voluntad de exclusión del acuerdo arribado. Esta solución legal adoptada a nivel nacional, ha sido incorporada por la legislación interna de algunas provincias (entre otras, San Luis, Chubut y Santa Cruz).

La ausencia o escasez de regulación sobre los acuerdos colectivos en algunos países no responde necesariamente a una falta de consideración del tema por parte del legislador, sino a la problemática referente a la posibilidad de disponer sobre los derechos o intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos. En efecto, en algunos casos la falta de específica previsión legal responde a una posición de principio o “policy” del Estado al respecto. Tal pareciera ser el caso de BRASIL, tal como lo ilustra ARENHART<sup>23</sup>. Ante la imposibilidad de disposición sobre estos derechos, se disciplina la figura del “compromiso de ajustamiento de conducta”, instrumento mediante el cual se estipula un plazo y determinadas condiciones para que el eventual infractor adecue su conducta a las previsiones legales en materia de defensa de estos intereses. Así, destaca que este tipo de instrumentos no permite la disposición del derecho en cuestión sino que únicamente tiene por finalidad, bien la prevención del conflicto, bien la reparación del daño. Esta clase de compromisos puede ser utilizado exclusivamente por entidades de “derecho público” que se encuentran legitimadas para el ejercicio de la acción civil pública, y no pueden ser aplicados en lo que tenga relación con actos de deshonestidad administrativa<sup>24</sup>.

En CANADA señala WALKER que existe regulación de los procesos de clase en las reglas de la Corte Federal y en la legislación de las provincias, basada en la Federal Rule 23 de los Estados Unidos. Los acuerdos colectivos son ampliamente admitidos, teniendo el tribunal un rol preponderante en su aprobación. La legislación prevé que los procesos que hayan sido certificados como procesos colectivos o de clase, pueden ser suspendidos o abandonados con

la aprobación del juez en los términos que este considere apropiados. Los acuerdos son obligatorios para todos los miembros de la clase, únicamente después de ser aprobados por el juez<sup>25</sup>. En cuanto al contenido del acuerdo, la relatora nacional informa que generalmente tendrá como fin la creación de un fondo del cual los demandantes podrán cobrarse una indemnización, o un mecanismo mediante el cual individualmente se presenten los reclamos.

Los procesos colectivos suelen resolverse en Canadá antes del litigio. Como hemos dicho, los demandados prefieren llegar a un acuerdo en cuanto a la creación de un fondo que les asegure saber cuánto dinero está comprometido. La determinación del monto que integre el fondo puede resultar complejo y requerir evidencia por muestra o estadística. Por su parte, los demandantes también suelen preferir un acuerdo, ya que les permite conocer la cantidad de dinero que recibirá cada uno de ellos. Como esta solución puede ser desventajosa para el demandado por la incertidumbre que se crea respecto del límite de su responsabilidad, se plantea la alternativa, denominada "ratcheting down", que implica incluir en el acuerdo un tope máximo, que en caso de ser excedido, implicará que se prorrateen los montos adjudicados individualmente.

En aquella nación, los abogados de la clase y del demandado deben solicitar conjuntamente la aprobación judicial del acuerdo ("fairness hearing"). Se han presentado dificultades para los jueces en el manejo de estas audiencias de aprobación de acuerdos, por razones tales como el interés económico del abogado de la clase, que está fuera de toda proporción en comparación con el del abogado de un miembro de la clase actuando individualmente. El interés del abogado de la clase puede entrar en conflicto con el interés de la clase<sup>26</sup>. Estas dificultades pueden ser atenuadas a través de la participación del tribunal en la certificación del reclamo. Así, el juez debe determinar si el representante de la clase podrá representarla de manera justa y adecuada, analizando el plan de litigio y, por tanto, evaluando el asesoramiento legal de la clase, así como la probabilidad de que el abogado acepte una oferta desventajosa de acuerdo, debido a las dificultades económicas por prolongadas negociaciones<sup>27</sup>.

Existen otras dificultades con esa audiencia ("fairness hearing") porque los jueces del common law prácticamente no tienen experiencia en audiencias sin confrontación de partes<sup>28</sup>, a lo que se

suma la difícil posición en que se coloca al juez al tener que analizar las motivaciones del abogado en la celebración del acuerdo. Para la relatora canadiense, las circunstancias descriptas, sumadas a la difícil cuantificación de las concesiones hechas en el acuerdo, hacen que sea muy difícil asegurar que el acuerdo propuesto sea justo para la clase. A los efectos de asegurar que la "fairness hearing" cumpla su propósito, a veces es necesario presentar dos veces al tribunal el acuerdo propuesto; en una primera oportunidad, a fin de obtener la aprobación judicial para circularlo entre miembros de la clase potenciales; y en una segunda oportunidad, en una audiencia a la que los demandantes potenciales puedan asistir y manifestar sus objeciones. Estos eventuales opositores al acuerdo pueden ayudar al tribunal a determinar si el acuerdo es justo y adecuado<sup>29</sup>. Si bien el juez no tiene la posibilidad de volver a redactar el acuerdo, en caso de que el mismo le genere dudas, puede requerir que el abogado vuelva con una nueva propuesta para su consideración.

Cuando la certificación de la clase y la aprobación del acuerdo son solicitados al mismo tiempo, se requiere una particular vigilancia por parte del tribunal. La relatora se refiere al fenómeno conocido como "reverse auction", que implica que el abogado del demandado elija al abogado de la clase que conoce que aceptará la oferta más baja. Ello solo podrá ser evitado por el tribunal actuando con máxima diligencia en el análisis.

En lo que se refiere a los aspectos del acuerdo que la Corte debe analizar, la relatora canadiense señala los siguientes: posibilidad de obtener una indemnización, posibilidad de tener éxito en el proceso, monto y naturaleza de la prueba, términos y condiciones del acuerdo, recomendación y experiencia del abogado, costo y duración probable del proceso, consejo de partes neutrales de ser posible, número de opositores y naturaleza de sus objeciones, presencia de buena fe y la ausencia de colusión. Sin perjuicio de ello, el tribunal no tiene como función sustituir la voluntad de las partes que arribaron al acuerdo, ni cuestionar el fundamento de la acción. Pero tampoco su función es simplemente sellar la propuesta.

Los honorarios de los abogados<sup>30</sup> serán aprobados en la misma audiencia que el acuerdo o pueden ser aprobados en una audiencia posterior. No obstante, ello es complejo porque los honorarios que el abogado de la clase espera que sean aprobados podrían tener un impacto en la naturaleza del acuerdo, cuya aprobación solicitará<sup>31</sup> el abogado de la clase.

En COLOMBIA, GUAYACÁN distingue las "acciones populares" de las "acciones de grupo"<sup>32</sup>. En el caso de las "acciones populares" se prevé la celebración de una audiencia llamada "pacto de cumplimiento". En esta audiencia las partes pueden establecer formas tendientes a la protección del interés colectivo y restablecerse las cosas al estado anterior, debiendo el Juez controlar la legalidad del acuerdo, sin más, en el entendido de que el magistrado debe exclusivamente preservar la indisponibilidad del interés. En esta oportunidad, se pueden obtener soluciones reales discutidas entre los intervinientes, con el compromiso respaldado por sus firmas de llevar a cabo las medidas convenidas y con el seguimiento de un comité o de un auditor para apoyar al Juez en la búsqueda del cumplimiento de los acuerdos plasmados en la sentencia. Para las "acciones de grupo" la ley (art. 61 de la Ley 472 de 1998) prevé la figura de la audiencia de conciliación que debe estar obligatoriamente programada por el juez. En la misma intervienen eventualmente y con funciones de mediación, la Defensoría del Pueblo y el Ministerio Público (si la Defensoría fuera la promotora de la convocatoria a audiencia). En cuanto a los específicos recaudos exigidos por la ley, el relator nacional indica que no se han establecido directrices específicas pero se le ha dado fuerza de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada "ultra partes" a aquellos acuerdos celebrados ante el Juez, como ocurre con los fallos proferidos en este tipo de procesos. En general, no han existido conciliaciones en las acciones de grupos abiertos y solo algunas pocas en grupos cerrados en donde el juez tiene la dimensión del grupo. En estos eventos, los jueces no han entrado a analizar la capacidad del representante del grupo para conciliar, ni se exige un poder expreso para el efecto.

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA posee una regulación que habilita ampliamente los acuerdos. La regla 23 (e) de las Federal Rules of Civil Procedure (FRCP)<sup>33</sup> dispone que los acuerdos en materia de procesos colectivos abarcan a todos los miembros de la clase, exceptuando a aquellos que hubieren solicitado expresamente ser excluidos. En este sistema se establece un procedimiento de homologación del acuerdo por el Juez que comienza con la adecuada difusión del mismo a los posibles afectados, quienes pueden solicitar ser excluidos, si es que no han manifestado ya su voluntad de no participar en el proceso (class actions bajo la Rule 23 (b)(3)). El Juez actuante debe resolver en audiencia si aprueba el acuerdo arribado, considerando si el mismo implica una solución justa, razonable y

adecuada a la problemática planteada. El magistrado debe verificar los alcances del acuerdo para establecer si se presenta como una solución que protege debidamente los intereses en juego. A tal fin, se consideran diversos factores, entre los cuales tiene especial relevancia el número de impugnaciones presentadas por los integrantes de la clase, las posibilidades con que cuenta la clase para triunfar en el pleito, la complejidad de las cuestiones de hecho y de derecho involucradas en el asunto, el monto del acuerdo comparado con el pretendido en la demanda, el costo que irrogaría proseguir con el proceso, el plan de distribución presentado con el acuerdo así como las posibilidades de su cumplimiento por parte de los demandados y, finalmente, la regularidad de las notificaciones sobre el acuerdo a los miembros ausentes<sup>34</sup>. La trascendencia de la regulación de los acuerdos se pone de manifiesto en el hecho de que un altísimo porcentaje de los conflictos colectivos en Estados Unidos, termina en ellos. Señala GIDI<sup>35</sup>: “los representantes en las acciones colectivas norteamericanas negocian agresivamente con la contraparte, pudiendo hacer concesiones substanciales, incluso renunciando, total o parcialmente, a derechos de miembros del grupo con el objeto de obtener concesiones de la contraparte en otros aspectos de la controversia colectiva. Ese poder está legitimado por un sofisticado control de la adecuación del representante, del abogado, del proceso y del acuerdo. Tal procedimiento incluye una notificación amplia al grupo, la realización de una audiencia pública, el derecho de los miembros a intervenir, contestar los términos del acuerdo o excluirse del proceso y la aprobación judicial de la adecuación del acuerdo. (*Rule 23 (e)*)”<sup>36</sup>.

En CHILE, SILVA y AGUIRREZABAL señalan que en el procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores<sup>37</sup> se prevé la posibilidad del llamado a las partes a conciliación por el Juez, cuantas veces lo estime necesario, pudiendo el demandado realizar ofertas públicas de avenimiento. Los acuerdos quedan librados al control del Juez, quien puede rechazar los mismos, si los estima contrarios a derecho o abiertamente discriminatorios.

Finalmente, los restantes países relevados (BOLIVIA, ECUADOR, GUATEMALA<sup>38</sup>, PARAGUAY, PERÚ, URUGUAY y VENEZUELA<sup>39</sup>), según los relatos nacionales, no cuentan con regulación específica sobre acuerdos colectivos.

#### **4. Posible aplicación a los acuerdos colectivos de las soluciones clásicas sobre acuerdos (conciliación y transacción) previstas en las normas generales**

En casi todos los países de América que carecen de regulación sobre los acuerdos colectivos, se señala la posible aplicación de las normas clásicas de nuestras codificaciones sobre conciliación y transacción, sin perjuicio de prevenir sobre sus limitaciones, inadecuaciones y riesgos<sup>40</sup>.

#### **5. Recaudos a controlar para la aprobación de un acuerdo colectivo**

Considerando los aportes de los relatores nacionales, en nuestra opinión, los principales requisitos a considerar al momento de aprobar un acuerdo colectivo, están condicionados por la política pública que cada país adopte en cuando a la disponibilidad o indisponibilidad de los derechos en juego.

Con carácter general, de admitirse los acuerdos colectivos, los requisitos principales serían los siguientes:

##### **A) Control de la representatividad adecuada**

Este punto está esencialmente vinculado al tema de la legitimación y representatividad de quienes actúan en el proceso colectivo, lo cual escapa al alcance de este relato general. La clave está en que quien actúe en el acuerdo represente en forma adecuada los intereses del grupo<sup>41</sup>. Y aquí se plantean también las cuestiones del eventual conflicto de intereses que se puede generar entre la clase y el abogado, por sus honorarios.

##### **B) Difusión y posibilidad de control del acuerdo por parte de los no presentes**

La publicidad resulta imprescindible para salvaguardar la garantía del debido proceso y en todo caso, advertir a los terceros eventualmente interesados en atacar la eventual homologación del acuerdo.

Ante las dificultades de determinar quiénes son los eventuales integrantes del grupo y permitir el control del acuerdo colectivo alcanzado por parte de ellos, pueden aplicarse los mecanismos de "opt in" (derecho a estar incluido) u "opt out" (derecho de exclusión)<sup>42</sup>.

ESTADOS UNIDOS se ha inclinado por adoptar una solución de "opt out". La parte que no ha participado se puede ex-

cluir del eventual acuerdo colectivo<sup>43</sup>. VERBIC<sup>44</sup> en Argentina señala que como el instrumental colectivo descansa sobre la ficción de considerar presentes a todos aquellos sujetos afectados, de difícil determinación en muchos casos, la publicidad tiende a garantizar su derecho de defensa. El autor prevé dos tipos de publicidad, una genérica, por edictos judiciales o comunicados masivos en diversos medios de comunicación; y otro particular a cada uno de los legitimados, presentes en el proceso y eventuales que se pudiera afectar. Es de suma importancia que antes de que el acuerdo sea sometido a homologación judicial, se le brinde una adecuada difusión entre quienes eventualmente estarían afectados por el mismo, para que manifiesten lo que consideren oportuno, así como su intención de estar incluidos o excluidos del acuerdo, dependiendo del sistema por el que se opte. El sistema que adopte la legislación condicionará el valor otorgado al silencio de los particulares. Así, en un caso, la falta de expresión de voluntad por la vía hábil implicará quedar fuera del acuerdo ("opt in") y, en el otro, significará quedar comprendido ("opt out").

### **C) Contralor y homologación del acuerdo por el Juez**

Como señala VERBIC<sup>45</sup>, las prestaciones involucradas en una transacción pueden afectar de manera diferente a los interesados, lo cual obliga al tribunal a seguir de cerca las negociaciones, ya que (además de las complejidades intrínsecas que suelen presentar los acuerdos) existe siempre latente el potencial conflicto entre los miembros de la clase y entre éstos y el abogado que suele prestar sus servicios profesionales al representante, en base a un pacto de cuota litis. Los relatores nacionales han sido contestes en la conveniencia de que el solicitante exponga cómo afecta el acuerdo los derechos de terceros no firmantes del mismo, y en que el Juez debería estar en condiciones de evaluar si el acuerdo cumple con ciertos mínimos sustanciales para su aprobación, no limitándose a ser un mero controlador del cumplimiento de requisitos formales<sup>46</sup>.

Como hemos visto, en el sistema estadounidense (Federal Rule 23) – y en Canadá es similar– se requiere la aprobación judicial de la transacción en función de que ésta vincula a todos los miembros del grupo, no admitiéndose la transacción sin la intervención del magistrado. En estos sistemas el

Juez desempeña un rol preponderante, ya que es él quien determina la manera en que se hará conocer (notificar) el acuerdo a todos los componentes del grupo, de modo que se garantice el conocimiento del mismo por parte de aquellos miembros del grupo o clase que deseen ser excluidos. La doctrina<sup>47</sup> ha destacado que la intervención del tribunal es vital en la celebración de este tipo de acuerdos, correspondiendo redimensionar la figura del Juez Civil, quien debe contar con amplias facultades de control, en especial de los derechos de los ausentes, debiendo activarse medios de publicidad y notificación adecuados. En función de ello suele proponerse que hasta que se regulen los procesos colectivos, incluyéndose específicamente la instancia de la transacción, sea la prudencia judicial la encargada de construir pautas de litigación para cada caso, en la marco de la existencia de una garantía constitucional.

#### **D) Eventual impugnación**

Los sistemas, cualesquiera sean, deben en todo caso prever un mecanismo de impugnación que tendrá evidente relación con las oportunidades procesales que se brinden, para el ejercicio de las manifestaciones de voluntad que prevén los sistemas "opt in" y "opt out".

GIDI<sup>48</sup>, en su propuesta de Código de Proceso Civil Colectivo (apartado 14.7.2) sugiere que la propuesta de acuerdo sea notificada al grupo y a sus miembros, y que esa notificación contenga, entre otras cosas, la información sobre el procedimiento y un plazo razonable para la impugnación de la propuesta.

### **6. Propuesta resultado del relevamiento**

Como resultado del relevamiento realizado, consideramos conveniente que, en cuanto a los acuerdos colectivos, se realicen al menos una serie de previsiones legislativas<sup>49</sup>, que obviamente están condicionadas en cada uno de los países a definiciones de políticas públicas.

La primer decisión de política pública a adoptar en cada país es si se admitirán o no los acuerdos colectivos y con qué grado y alcance. En otras palabras, debe definirse cuán disponibles son los derechos en juego<sup>50</sup>. Y aquí se abren tres principales opciones:

- a) No aceptar ningún tipo de acuerdo colectivo, dada la indisponibilidad total de los derechos en juego (solución que parece la menos apropiada);
- b) Aceptar únicamente acuerdos de cumplimiento o ajuste de conducta como ocurre en Brasil, Colombia y lo prevé el Código Modelo<sup>51</sup>;
- c) Aceptar los acuerdos colectivos con amplio alcance y eficacia, lo que impone reglamentar el procedimiento para evaluar la adecuación de los acuerdos, tal como ocurre en Estados Unidos. La existencia de controles adecuados en el caso de dársele efecto vinculante a cualquier acuerdo colectivo, se vuelve esencial para evitar situaciones de fraude o indefensión:

En cuanto a la forma de regular el procedimiento de aprobación de los acuerdos para el caso de que éstos se admitan, puede a su vez señalarse dos grandes caminos:

- a) Prever una detallada regulación de todas las etapas a cumplirse y los elementos a controlar para aprobar un acuerdo, como lo propone GIDI en su Proyecto de Código Modelo<sup>52</sup>;
- b) Prever una regulación más escueta, con derecho de exclusión ("opt out"), salvándose siempre la acción individual, otorgándose discrecionalidad reglada al Juez para instrumentar lo más adecuado a las características de cada caso.

La elección de una u otra solución depende de las características de cada país y la realidad imperante al momento de intentar la reforma.

#### **IV. LA COSA JUZGADA EN LOS PROCESOS COLECTIVO / CLASS ACTIONS EN AMÉRICA**

##### **1. Modelos de referencia**

La cuestión de la cosa juzgada y los efectos de la sentencia en los procesos colectivos es el elemento más importante de cualquier legislación sobre la materia. El principal tema de debate sobre los procesos colectivos que se ha presentado históricamente y se mantiene aún en nuestros días, refiere al alcance subjetivo de la sentencia. No existe consenso en el mundo jurídico acerca de cuál es la mejor solución para proteger los derechos de aquellos que, si bien integran la clase o grupo de interés representado en el proceso, no

han participado directamente en el litigio que da lugar a la sentencia (e incluso, muchas veces, desconocen su existencia).

Están en juego valores tan esenciales como la salvaguarda de la garantía del debido proceso para los damnificados que no litigaron directamente y la necesidad de precaver el dolo, el fraude y la colusión procesal<sup>53</sup>.

El tema es insoslayable porque, como señala GIDI<sup>54</sup>, una acción es una acción colectiva si resuelve los intereses de los miembros ausentes de un grupo. La sentencia debe tener efectos obligatorios más allá de las partes, por lo cual el carácter *erga omnes* de la cosa juzgada es un elemento esencial del proceso colectivo.

En forma resumida, en relación a la cosa juzgada pueden mencionarse tres grandes modelos estructurales en América que regulan soluciones diversas en cuanto al derecho de los miembros ausentes:

- a) El sistema estadounidense de las class actions (Federal Rule Nº 23), que está basado principalmente en una efectiva garantía de publicidad y protección a los integrantes del grupo pero ausentes en el proceso, para que manifiesten su voluntad de participar o no en el resultado del mismo. La ley aporta líneas generales librando a la jurisprudencia la concreción de la norma específica en el caso concreto;
- b) El sistema brasileño, que en los sistemas del "civil law" introdujo la tutela de los intereses difusos y colectivos, de naturaleza indivisible, y luego la categoría de los llamados "intereses individuales homogéneos", que abrieron camino a las acciones reparadoras de los perjuicios individualmente sufridos (equivalentes en el sistema norteamericano a las "class actions for damages");
- c) La codificación modelo para Iberoamérica elaborada por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal<sup>55</sup>: primero el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (1988)<sup>56</sup> y luego el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (2004). Como se señala en la Exposición de Motivos del Código Modelo de Procesos Colectivos: "Para los intereses o derechos difusos, el régimen de la cosa juzgada es siempre la eficacia de la sentencia *erga omnes* (o *ultra partes*), en caso de procedencia o improcedencia del pedido, salvo cuando la improcedencia se diera por insuficiencia de pruebas, hipótesis en que la demanda

puede ser repetida, con nuevas pruebas. Esta solución ya es tradicional en los países de Iberoamérica, pero el Código avanza, admitiendo nueva acción, con base en pruebas nuevas, en el plazo de 2 (dos) años contado desde el conocimiento de la prueba nueva sobreviniente al proceso colectivo (cosa juzgada *secundum probationem*, como derivación especial de la cláusula *rebus sic stantibus*). Con relación a los intereses o derechos individuales homogéneos, la opción de la legislación brasileña, mantenida en el Código, es de la cosa juzgada *secundum eventum litis*: o sea, la cosa juzgada positiva actúa *erga omnes*, beneficiando a todos los miembros del grupo; pero la cosa juzgada negativa solo alcanza a los legitimados a las acciones colectivas, pudiendo cada individuo, perjudicado por la sentencia, oponerse a la cosa juzgada, promoviendo su acción individual, en el ámbito personal. Otras normas cuidan de la extensión, *in utilibus*, de la cosa juzgada positiva resultante de una acción en defensa de intereses o derechos difusos o colectivos, en provecho de las víctimas individuales del mismo evento dañoso. Y también se regulan la conexión y la litispendencia entre acciones colectivas o entre una acción colectiva y las acciones individuales”<sup>57</sup>.

El Código Modelo es innovador al regular la acción colectiva pasiva (“defendant class action” del sistema norteamericano). Se señala en la Exposición de Motivos: “La cuestión principal que se planteaba, en esos casos, era la del régimen de la cosa juzgada: en obsequio al principio general de que la sentencia solo puede favorecer a los integrantes del grupo cuando se trata de derechos o intereses individuales homogéneos, el mismo principio debía ser mantenido cuando la clase figurase en el polo pasivo de la demanda. Así, cuando se trata de bienes jurídicos de naturaleza indivisible (intereses difusos), el régimen de la cosa juzgada es *erga omnes* simétricamente a lo que ocurre cuando el grupo litiga en el polo activo (pero sin el temperamento de la improcedencia por insuficiencia de pruebas, inadecuado cuando la clase se coloca en el polo pasivo); pero cuando se trata de bienes jurídicos de naturaleza divisible (intereses o derechos individuales homogéneos), la cosa juzgada positiva no vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase, que podrán pro-

mover acciones propias o discutir la sentencia en el proceso de ejecución, para apartar la eficacia de la sentencia en su esfera jurídica individual. *Mutatis mutandis*, es el mismo tratamiento de la cosa juzgada *secundum eventum litis* para los intereses o derechos individuales homogéneos, cuando la clase litiga en el polo activo<sup>58</sup>.

Existen tres grandes soluciones para resolver el delicado equilibrio de la cosa juzgada en los procesos colectivos:

- a) La ley da efecto obligatorio general a la sentencia colectiva siendo irrelevante su resultado ("pro et contra"), generalmente previéndose instrumentos de difusión y opción de exclusión ("opt out");
- b) La ley da efecto obligatorio general a la sentencia tan solo si el grupo triunfa: preclusión unilateral ("one-way preclusion") en la terminología del sistema norteamericano o cosa juzgada "secundum eventum litis" en la terminología del civil law;
- c) La ley da efecto obligatorio general a la sentencia, salvo si fuere absoluta por ausencia de pruebas ("secundum eventum probationem");

Los países de América han ido incorporando algunas de tales soluciones (en algunos casos, la influencia viene dada en exclusividad por una sola fuente y, en otros casos, por más de una);

## **2. Regulación de la cosa juzgada en los procesos colectivos /class actions en América**

En lo que se refiere a la cosa juzgada, se advierte diferente grado de evolución de la legislación sobre procesos colectivos/class actions en los países americanos, pudiendo en forma simplificada clasificarse en tres grandes grupos:

- A) Países con elevado grado de experiencia y regulación: Brasil y Estados Unidos de América<sup>59</sup>.
- B) Países con regulaciones generales o puntuales sobre cosa juzgada en los procesos colectivos/class actions, que presentan gran heterogeneidad y siguen, en mayor o menor medida, las soluciones de los modelos mencionados.
- C) Países sin regulación existente en la materia, sin perjuicio de que algunos presentan soluciones a nivel jurisprudencial.

<b>CUADRO 3</b> <b>Regulación legal de la cosa juzgada en los procesos colectivos/class actions en América</b>			
<b>País</b>	<b>Ausencia de regulación</b>	<b>Regulación</b>	<b>Alto grado de experiencia y regulación integral</b>
<b>Argentina</b>		X	
<b>Brasil</b>			X
<b>Bolivia</b>	X		
<b>Canadá</b>		X	
<b>Chile</b>		X	
<b>Colombia</b>		X	
<b>Ecuador</b>	X		
<b>EUA</b>			X
<b>Guatemala</b>	X		
<b>Paraguay</b>	X		
<b>Perú</b>		X	
<b>Uruguay</b>		X	
<b>Venezuela<sup>60</sup></b>	X		

### **A) *Brasil y Estados Unidos de América***

Brasil y Estados Unidos de América han logrado un grado de evolución que los convierte en referentes ineludibles (uno con predominancia de los principios y estructuras lógicas del civil law y el otro de claro raigambre en el common law).

#### **a) BRASIL**

En materia de cosa juzgada colectiva, en el sistema brasileño, se pueden distinguir, según el relator nacional tres aspectos:

#### **i) Alcance de la cosa juzgada en procesos sobre derechos difusos y colectivos.**

La cosa juzgada que se forma en estos procesos va a extenderse a todos los integrantes del grupo o colectividad, tanto en el caso de fallo favorable o desfavorable, salvo que la sentencia sea desfavorable por ausencia de prueba. En similar solución al artículo 33 del Código Modelo

de Procesos Colectivos, el artículo 103 inc. I del Código de Defensa del Consumidor de Brasil establece que en el proceso por intereses difusos "la cosa juzgada será erga omnes, excepto si el pedido fue juzgado improcedente por insuficiencia de pruebas, hipótesis en la cual cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, valiéndose de nueva prueba". Seguidamente, cuando la ley refiere a derechos colectivos, aclara que la cosa juzgada es calificada como "ultra partes, más limitadamente al grupo, categoría o clase, salvo improcedencia por insuficiencia de pruebas, en los términos del inciso anterior"<sup>61</sup>.

ii) Alcance de la cosa juzgada en procesos sobre derechos individuales homogéneos.

Explica el relator nacional que, en este caso, la solución dada por el Derecho Brasileño no sigue el principio "secundum eventum probationem" sino que se ligó el alcance de la cosa juzgada a la suerte de la pretensión en la sentencia, con independencia de si el rechazo se produce por falta de pruebas o no, adoptándose así la solución "secundum eventum litis". Así, dispone el art. 103 num. 2º del Código de Defensa del Consumidor que la cosa juzgada es "erga omnes, solo en el caso de procedencia del pedido, para beneficiar a todas las víctimas y sus sucesores", y aclara el relator que naturalmente quedan exceptuados de esta solución quienes han intervenido en el proceso en el cual se declaró la improcedencia de la demanda, aplicándose a su respecto las normas generales de la cosa juzgada en los procesos individuales.

iii) Limitación territorial de la cosa juzgada colectiva

Destaca el relator nacional la limitación operada por el artículo 16 de la Ley Nº 7345/85, según la

cual la cosa juzgada en las acciones civiles públicas es "erga omnes", pero solo opera dentro del límite de la jurisdicción territorial del juez que dictó la sentencia ("nos limites da competência territorial do órgão prolator")<sup>62</sup>.

b) ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Como señala GIDI<sup>63</sup>, en el sistema norteamericano nos encontramos ante una acción representativa ("representative action"). El actor representa en juicio los intereses de los demás miembros del grupo o clase que no participan del proceso. Entonces, como el representante de la acción colectiva reclama tanto a nombre propio como por los sujetos a quienes representa, existen en estos proceso dos pedidos independientes; uno individual, el pedido del representante y otro colectivo o de clase, en beneficio del grupo. Por lo expuesto, el sistema se basa en la ficción de que todos los miembros de la clase o grupo se encuentran completamente abarcados por el representante, motivo por el cual se considera que el juicio se sigue con todos ellos y por consecuencia, la sentencia hace cosa juzgada "erga omnes", abarcando a todos. Y este resultado, a diferencia de lo que prevé el Código Modelo o el Código del Consumidor del Brasil, se aplica sea cual sea la suerte de la pretensión (haya sido acogida o rechazada por la sentencia), y en todo caso, es irrelevante el motivo por el que fuere rechazada<sup>64</sup>. Por consecuencia, la introducción de mecanismos para la defensa de la garantía del debido proceso es de vital importancia en el proceso estadounidense.

**Tipos de class actions.** El literal (a) de la Rule 23<sup>65</sup> regula los requisitos básicos (genéricos) de toda class action ("prerequisites"): i) la cantidad de sus miembros es tan numerosa que no resulta posible hacerlos presentes a todos en juicio; ii) existen cuestiones de hecho y/o de derecho en común para la clase; iii) las pretensiones y defensas son propias de la clase, y; iv) los representantes de cada parte (actora y demandada) constituyen una garantía de protección suficiente y adecuada de los intereses de la clase.

El literal (b) de la Rule 23<sup>66</sup> estructura las diferentes categorías o tipos de class actions (lo que en los sistemas del civil law, equivaldría a la descripción de los elementos básicos de las diferentes pretensiones o más específicamente, la causa petendi en cada uno de estos procesos)<sup>67</sup>:

- (b)(1): *class action* que se verifica cuando resulta imposible a los titulares del interés la deducción por separado de sus pretensiones o defensas, por verificarse dos diferentes factores de riesgo: (A) que las diferencias de tratamiento por sentencias individuales a los diversos miembros de la clase perjudique los intereses de la clase como conjunto y (B) que la disposición de derechos de algún o algunos de sus miembros, represente o pueda representar un impedimento u obstáculo para la satisfacción del derecho de los restantes. Señala GIDI<sup>68</sup> que la doctrina las ha denominado respectivamente como “incompatible standards class actions” y “prejudice class actions”.
- (b)(2): la pretensión consiste en una obligación de hacer o no hacer, buscándose mediante el proceso un mandato judicial para modificar la conducta de la demandada. Por el contenido específico de este tipo de acciones se las denomina “injunctive class actions”.
- (b)(3): class actions en que las cuestiones jurídicas o de hecho comunes a los miembros de la clase predominan sobre cualquier cuestión que afecte solo a los miembros individuales y por eso la class action es el mecanismo o método más satisfactorio para dilucidar esa pretensión. Como expone GIDI, se trata de la acción más genérica de carácter típicamente residual que abarca a todas aquellas pretensiones no comprendidas en las dos anteriores hipótesis y en estos casos, debido a que la cohesión de los

miembros del grupo no es tan fuerte como en las hipótesis anteriores, la Rule previó las garantías de notificación y "opt out". Se trata de la estructura procesal por la que se sustancia la "class action for damages"<sup>69</sup> que en la actualidad, de los tres tipos de class actions analizados, es la de mayor aplicación en la vida forense. Por ende, este relato general se centra en la misma.

En cuanto a los efectos de la sentencia, GIDI<sup>70</sup> indica que en las class actions previstas en el núms. (1) y (2) del literal (b) de la Rule 23, el Juez de primer grado debe describir en la sentencia las características básicas de pertenencia necesarias para que un individuo pueda ser considerado miembro de la clase y en virtud de ello ser abarcado por la cosa juzgada. En el caso del num. (3) del literal (b) la sentencia debe especificar o describir los miembros del grupo a quienes la notificación prevista en el núm. (2) (B) del literal (c) de la Rule 23 fue dirigida, excluyendo específicamente a quienes hubieren ejercido la opción de "opt out". Los miembros así especificados serían aquellos abarcados por la cosa juzgada.

**Notificación y "opt out"**<sup>71</sup>. Como uno de los mecanismos de garantía al debido proceso legal, la Rule 23 (c)(2)(B)<sup>72</sup> prescribe que en las acciones colectivas de tipo (b)(3), se debe cumplir con la notificación judicial a todos los miembros del grupo con la advertencia de que el Juez excluirá a todos quienes así lo soliciten en la forma y en el plazo estipulado por él. Aquellos miembros que dentro del término fijado por el Juez en la notificación no ejercieran su derecho de auto exclusión ("opt out") se encontrarán abarcados por los efectos de la sentencia, haya sido la misma favorable o no a sus intereses. Señala GIDI<sup>73</sup> que el derecho de auto exclusión proporciona un balance entre los intereses de autonomía del individuo y la necesidad de dar un tratamiento colectivo a la controversia. En los hechos, los miembros del grupo ejercen su derecho

de auto exclusión por asesoramiento de su abogado personal que aconseja que muchas veces resulta conveniente dejar a salvo la acción propia para obtener un mejor resultado en el reclamo individual que el que obtuvo el grupo en conjunto.

**B) Países con previsiones legales específicas sobre cosa juzgada en procesos colectivos /class actions**

Además de los países de referencia (Brasil y Estados Unidos), y generalmente inspirada en ellos y/o en los Códigos Modelos, se ha desarrollado en otros países de América legislación sobre cosa juzgada en procesos colectivos.

En ARGENTINA, pueden destacarse dos sistemas diferentes: A) En materia de consumidores, señalan los relatores nacionales que se sigue la solución de los Estados Unidos de América. La norma dispone<sup>74</sup>: "La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga." Indican los relatores nacionales que en cuanto a la cosa juzgada "se sigue claramente el sistema americano de las class actions, ya que alcanzará a todo el grupo, brindándose la posibilidad a cada interesado, de ejercitar su derecho de autoexclusión (opt-out)". B) En materia ambiental, los relatores argentinos citan la solución de la Ley General del Ambiente que contiene la solución de la cosa juzgada "secundum eventum probationem", brindando la posibilidad de que se reitere el planteo si el rechazo se debió a defectos en materia probatoria: "la sentencia hará cosa juzgada y tendrá efectos erga omnes, a excepción que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente por cuestiones probatorias"<sup>75</sup>.

En CANADÁ, ilustra la relatora nacional WALKER, la sentencia en materia de cuestiones comunes de un grupo o clase o subgrupo de clase<sup>76</sup> debe determinar los integrantes de la misma, la naturaleza de los reclamos y defensas esgrimidas, y especificar la solución dada por el magistrado. La sentencia afecta a cada uno de los miembros de la clase

que no hayan ejercido su derecho de "opt out" en tiempo y forma, y este efecto vinculante - desde un punto de vista objetivo - alcanza exclusivamente a las cuestiones comunes de la clase. La sentencia no abarcará, ni a quien haya ejercido el derecho de exclusión, ni tendrá eficacia en un proceso posterior iniciado por quien haya salvado la acción individual mediante su ejercicio.

Los principales debates vinculados a la cosa juzgada en Canadá refieren a la certificación del proceso colectivo y a la competencia entre los abogados para verificar cuál es a juicio del juez el más capacitado para llevar adelante el proceso, cuestión por demás compleja y delicada. Esto lleva muchas veces a acuerdos entre los abogados para solucionar la cuestión<sup>77</sup>.

En CHILE, los relatores nacionales citan de la Ley de Protección del Consumidor (art. 54) que: "la sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad del o los demandados producirá efectos erga omnes", lo que implica que se ha optado por extender los efectos de la sentencia a todo el grupo de consumidores afectados, hayan o no intervenido en el proceso. Para el caso que la sentencia definitiva rechace la pretensión contenida en la demanda, el inciso final del artículo 54 citado dispone que: "cualquier legitimado activo podrá interponer, dentro del plazo de la acción, ante el mismo tribunal y valiéndose de nuevas circunstancias una nueva acción, entendiéndose suspendida la prescripción a su favor por todo el plazo que duró el juicio colectivo". La norma parece encontrar su antecedente en el sistema brasileño que sigue la regla: "secundum eventum probationem".

En COLOMBIA se distinguen las "acciones populares" de las "acciones de grupo". Informa el relator nacional que en ese país la cosa juzgada en las "acciones populares" adquiere efectos de cosa juzgada "erga omnes"<sup>78</sup>, aunque ello fue cuestionado por la Corte Constitucional<sup>79</sup>. La cosa juzgada en las "acciones de grupo" tiene efectos ultra partes si dentro del término de 5 días del vencimiento del traslado de la demanda ningún miembro del grupo ha manifestado su voluntad de exclusión. También pueden excluirse de esta

eficacia quienes dentro de los 20 días de publicada la sentencia acrediten que sus intereses no fueron debidamente representados (mecanismos de "opt out" como forma de protección del debido proceso, especialmente para quienes no han tenido oportunidad de participar en el juicio).

En PERÚ, según expuso el relator nacional, el Código Procesal Civil en el artículo 82 regula expresamente el punto, estableciendo que la sentencia definitiva que acoge la pretensión vinculada al derecho difuso objeto de controversia resulta eficaz erga omnes, es decir "será obligatoria incluso para quienes no hayan participado en el proceso" admitiéndose así los efectos expansivos de la sentencia. Señala la ausencia de mención expresa en la norma acerca de las hipótesis de infundabilidad, bien por rechazarse expresamente la pretensión, bien por tratarse de un caso de insuficiencia probatoria, lo que presentaría dificultades interpretativas.

En URUGUAY, según informa el relator nacional, el artículo 220 del Código General del Proceso, muy similar al artículo 194 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, establece que la sentencia dictada en este tipo de procesos tiene eficacia general, con excepción de aquella que resultare desestimatoria de la demanda por ausencia de pruebas. Cabe señalar que la norma solo refiere a procesos "promovidos en representación de intereses difusos", pero la jurisprudencia amplió el alcance también a los intereses colectivos. La solución constituye una expansión del alcance subjetivo de la cosa juzgada. La doctrina ha valorado favorablemente la no aplicación de la cosa juzgada erga omnes al caso de falta de prueba, ya que persigue evitar pactos fraudulentos entre reclamantes y demandados, que tuvieran por objeto sellar la suerte de otros damnificados en sus derechos a reclamar.

**C) Países sin previsión legal respecto a la cosa juzgada en los procesos colectivos / class actions**

Son todavía varios los países de América que carecen de regulación legislativa sobre la cosa juzgada en los procesos colectivos (BOLIVIA, ECUADOR, GUATEMALA, PARAGUAY, VENEZUELA)<sup>80</sup>.

### **3) Recursos contra la sentencia en procesos colectivos / class actions en América**

En cuanto a los recursos extraordinarios que en los países de América pueden afectar de algún modo la sentencia del proceso colectivo (tema esencialmente vinculado al de la cosa juzgada), existen escasas previsiones específicas, debiendo en casi todos los países recurrirse a los medios impugnativos generales regulados en los códigos procesales. Quizás por esa razón algunos relatos nacionales se limitan a mencionar los recursos ordinarios<sup>81</sup>.

En BRASIL, informa el relator nacional, así como acontece con la cosa juzgada individual, la cosa juzgada colectiva puede ser impugnada por medio de la acción rescisoria (art. 485 y ss. del Código del Proceso Civil), instrumento empleado para atacar la cosa juzgada por vicios graves (como "o impedimento do juiz ou a ofensa a literal disposição de lei").

En CANADÁ informa la relatora nacional que es posible apelar tanto la negativa de certificación como la des-certificación del proceso como class action. También se puede apelar la certificación, pero en Ontario esto solo puede hacerse con autorización. Pueden ser apelados también el fallo respecto de cuestiones comunes y los daños reconocidos y su indemnización. Para el caso que el representante no hubiere apelado, pueden los individuos de la clase solicitar autorización para ejercer la representación a efectos de apelar.

En COLOMBIA, señala el relator nacional que por aplicación de la Ley 1285 de 2009, las sentencias de segunda instancia que se pronuncien en acciones populares y de grupo tramitadas ante jueces administrativos (contra el Estado u otras personas de Derecho Público), son susceptibles de un recurso de revisión ante el Consejo de Estado, como máximo tribunal de lo contencioso administrativo. Respecto de las sentencias dictadas en las acciones de grupo en que el demandado es una persona particular, es posible la interposición del recurso de casación (Cfe. Ley 472 de 1998), el que no impide en ningún caso la ejecución de la sentencia. Agrega el relator nacional que estas sentencias pueden ser además objeto del recurso de extraordinario revisión en circunstancias especiales, si se verifican sus causales.

En ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, GIDI<sup>82</sup> enseña que entre las causales de impugnación más frecuentes en los tribunales, existen dos de especial relevancia: la falta de representación adecuada o

suficiente de quien actuó en el proceso por la colectividad, clase o grupo de interés y la nulidad del emplazamiento o ausencia de notificación adecuada. La class action reposa en la idea histórica y filosófica de que un pequeño grupo lucha en un proceso judicial por los derechos de una colectividad (mayoría ausente), motivo por el cual la representación adecuada es primordial. Para el caso de que se acredite que uno o algunos miembros del grupo no han sido representados adecuadamente en el proceso colectivo, los tribunales en un proceso posterior (individual o colectivo), no reconocerán el efecto vinculante de la cosa juzgada y pueden decidir nuevamente la cuestión. Esta impugnación lleva el nombre de "collateral attack"<sup>83</sup>. También en recta aplicación de la regla del debido proceso legal se puede excluir de los efectos de la cosa juzgada a aquellos miembros que siendo fácilmente identificables no fueron notificados personalmente para que puedan ejercer su derecho de autoexclusión.

En los países que no tienen regulación especial para la impugnación de la sentencia de los procesos colectivos, los relatores nacionales analizan los medios previstos para los procesos tradicionales que podrían ser aplicados a los procesos colectivos<sup>84</sup>.

## **V. LIQUIDACIÓN Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS SOBRE PROCESOS COLECTIVOS/CLASS ACTIONS EN AMÉRICA**

### **1. El "drama" de la ejecución**

La liquidación<sup>85</sup> y ejecución de las sentencias constituye un aspecto medular en la protección de los derechos colectivos, difusos e individuales homogéneos. La existencia de una regulación legal que garantice el efectivo cumplimiento de la sentencia condenatoria o del acuerdo transaccional (en caso de admitirse el mismo en la legislación) resulta de extrema importancia. En las sabias palabras de COUTURE<sup>86</sup>: "conocimiento y declaración sin ejecución es academia y no justicia, ejecución sin conocimiento es despotismo y no justicia". Las dificultades derivadas de la ineficacia del proceso de ejecución civil ha sido objeto de profundos debates y análisis por parte de la doctrina procesal, considerando que el proceso de ejecución integra el concepto de debido proceso, siendo fundamental encontrar soluciones adecuadas<sup>87</sup>. Como señala ORTELLS<sup>88</sup>, "es efectivo el proceso de ejecución que alcanza su finalidad de plena satisfacción del ejecutante en un plazo razonable."

A la problemática general del proceso de ejecución cuya eficacia es cuestionada en casi todos los países del mundo, se suman los propios problemas de los procesos colectivos, producto de las especiales características de los derechos involucrados y, fundamentalmente, la cuestión de la identificación de los beneficiarios de la condena.

En cuanto a la implementación de la ejecución de las sentencias colectivas complejas, resulta necesario acordar al Juez la posibilidad de disponer de todas las medidas legítimas necesarias para asegurar el resultado práctico buscado. Muchas veces las sentencias no condenan a dar o a indemnizar sino a hacer o no hacer, lo que implica complejas etapas<sup>89</sup>.

## **2. La liquidación y ejecución de la sentencia en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica**

El Código Modelo contiene una precisa regulación de los diversos aspectos de la liquidación y ejecución de la sentencia del proceso colectivo<sup>90</sup>. Como se señala en su Exposición de Motivos, al prevalecer los proveimientos jurisdiccionales que se pueden obtener por el ejercicio de la acción colectiva, se procura preeminentemente la efectividad del proceso colectivo que debe conducir a una respuesta jurisdiccional, realmente capaz de satisfacer los derechos transindividuales violados o amenazados. Contiene normas sobre la anticipación de tutela y sobre su posible estabilización; sobre la acción condenatoria a la reparación de los daños al bien indivisiblemente considerado, y al destino de la indemnización para la recuperación del bien dañado o a finalidades conexas; sobre la condenación a una obligación de hacer o no hacer (inhibitoria), en que la indemnización es la última ratio, a la cual se prefiere el régimen de multas diarias (astreintes) o hasta incluso el de mandamientos judiciales aptos a la obtención de un resultado práctico equivalente al cumplimiento de la obligación, sobre la condenación a una obligación de dar. Se prevé el Fondo de los Derechos Difusos e Individuales Homogéneos administrado por un Consejo Gestor Gubernamental, del que participarán necesariamente miembros del Ministerio Público, jueces y representantes de la comunidad. Sus recursos serán destinados a la reconstitución de los bienes lesionados o, si esto no fuere posible, a la realización de actividades tendientes a minimizar la lesión o a evitar que ella se repita, entre otras que beneficien el bien jurídico

perjudicado<sup>91</sup>. Se regula la legitimación para la liquidación y ejecución de condena y la ejecución definitiva y la ejecución provisional de la sentencia. Se regulan las acciones colectivas en defensa de intereses o derechos individuales homogéneos y, particularmente, sobre la acción colectiva reparadora de los daños individualmente sufridos (la *class action for damages* norteamericana), promovida por los legitimados sin necesidad de indicación de la identidad de las víctimas. Se da conocimiento del enjuiciamiento de la acción a los posibles interesados, para que puedan intervenir en el proceso, si lo desean, como asistentes o coadyuvantes, siéndoles vedado, por eso, discutir sus pretensiones individuales en el proceso colectivo de conocimiento. Se tomó cuidado especial con las notificaciones. En caso de acogimiento del pedido, la sentencia podrá ser genérica, declarando la existencia del daño general y condenando al vencido a la obligación de indemnizar a todas las víctimas y sus sucesores (aún no identificados). Incumbirá a éstos, individualmente o por los legitimados colectivos, probar en la liquidación de la sentencia su daño personal, el nexo causal con el daño global reconocido por la sentencia, y cuantificar el perjuicio individualmente sufrido. Pero el Código también prevé la posibilidad de que el juez, en la sentencia condenatoria, fije las indemnizaciones individuales, cuando esto fuera posible. Se cuida, también, del caso de concurso de créditos y se prescribe que, transcurrido un año sin la comparecencia de interesados en número compatible con la gravedad del daño, habrá ejecución colectiva de la indemnización debida a título de daños causados, cuidando que ellos sean vertidos con destino al Fondo. Aquí el Código adopta la solución de la “fluid recovery” del sistema norteamericano.

### **3. La regulación de la liquidación y ejecución de la sentencia en los procesos colectivos /class actions en América**

De conformidad con los relatos nacionales, cabe distinguir en América aquellos países que tienen una regulación especial sobre la liquidación y ejecución de sentencias en procesos colectivos de aquellos que carecen de ella, aplicando por ende las normas generales sobre liquidación y ejecución de sentencias de los procesos individuales, que suelen ser insuficientes e ineficientes.

<b>CUADRO 4</b>		
<b>Regulación de la liquidación y ejecución de la sentencia en procesos colectivos en América</b>		
<b>País</b>	<b>Ausencia de regulación</b>	<b>Regulación específica</b>
<b>Argentina</b>		X
<b>Brasil</b>		X
<b>Bolivia</b>	X	
<b>Canadá</b>		X
<b>Chile</b>		X
<b>Colombia</b>		X
<b>Ecuador</b>	X	
<b>EUA</b>		X
<b>Guatemala</b>	X	
<b>Paraguay</b>	X	
<b>Perú</b>		X
<b>Uruguay</b>	X	
<b>Venezuela</b>	X	

**A) Países con regulación específica sobre liquidación y/o ejecución de sentencias colectivas**

En ARGENTINA, los relatores nacionales explican que si la sentencia tiene contenido patrimonial, se establecerán las pautas para la reparación económica así como el procedimiento para su determinación, “teniendo siempre en miras el principio de reparación integral”. Si no fuera posible identificar a los beneficiarios, es el Juez quien indica cómo el resarcimiento debe ser instrumentado, buscando siempre el beneficio del grupo afectado. Si se trata de una pretensión de daños respecto de los cuales corresponde hacer una diferencia entre diversos usuarios o consumidores, se pueden establecer grupos o clases diferenciadas<sup>92</sup>. La vía procesal para la determinación de la indemnización y el quantum de cada reclamo en estos casos, es por imperio legal, la del incidente. Respecto de la ejecución colectiva en materia de derechos del consumidor, señala GOZAÍNI<sup>93</sup> que

cuando la sentencia alcance a terceros representados por una asociación de defensa del interés colectivo, o afecte derechos difusos de pertenencia general, la condena tiene particularidades para ejecutarla. Indica que los efectos de la sentencia solamente alcanzan a quienes puedan identificarse, porque cuando litiga un grupo de afectados perfectamente determinado, los resultados de la sentencia se acotan a las personas que la sentencia menciona. "Sin embargo, si la determinación individual no es posible (por ej. cuando existe contaminación de alimentos y no se puede encontrar la nómina total de afectados por la ingesta), la sentencia –además de pronunciarse respecto a las personas concretas que se personaron en el juicio – establecerá los requisitos necesarios para que cualquier afectado pueda instar la ejecución. En estos casos donde la sentencia tiene efectos *erga omnes* y comprende a quienes no han sido partes en el proceso, deben presentarse en las actuaciones para que se les asigne legitimación procesal en la causa, y, de este modo, poder extender los dichos del pronunciamiento en su propio beneficio".

En BRASIL explica el relator nacional que existen reglas diferentes aplicables a la tutela de derechos difusos y colectivos y a la tutela de derechos individuales homogéneos. La diferenciación tiene fundamentalmente el propósito de adecuar el procedimiento, para autorizar las ejecuciones individuales de sentencias proferidas en el proceso colectivo, cuando refiere a derechos individuales homogéneos, ya que en ese caso estamos delante de derechos nítidamente individuales. La prestación objeto de la condena no necesariamente tiene que implicar un "dar" sino que se admite cualquier especie de condena, según surge establecido por el art. 83 del Código del Consumidor, y se regularon medios coercitivos especiales en el artículo 84 del mismo Código, para forzar al cumplimiento de las condenas de hacer y no hacer, como son las multas coercitivas o la intervención judicial, que son calificados como más eficaces, tanto para la tutela de los derechos meta individuales como para los derechos individuales de masas, pues implican una exención a los damnificados beneficiarios de participar individualmente en la ejecución. El relator brasileño comenta

que, por la esencia de los derechos difusos y colectivos, las condenas pecuniarias no son las más eficaces, como sí puede resultar la imposición de conductas de hacer o de no hacer. En cuanto refiere a las condenas en procesos por la defensa de intereses individuales homogéneos, si bien existe una concreta protección por medio de una condena pecuniaria genérica, a la que le siguen las respectivas ejecuciones individuales, se presentan serios inconvenientes para muchos de los interesados. Por tal motivo el relator nacional se manifiesta también en estos casos proclive a las soluciones que impliquen de alguna manera la imposición de la conducta del demandado para restituir – en la medida de lo posible – las cosas al estado anterior. Sin embargo, admite el relator que en cuanto a lo que se refiere a los intereses colectivos, difusos e individuales homogéneos, la mayoría de los casos se resuelven todavía mediante sentencias de condena pecuniarias, e ilustra que en su país la regulación es “bastante minuciosa” y básicamente sigue los parámetros tradicionales. La ejecución puede ser iniciada a instancia de cualquier legitimado activo para la demanda del proceso de conocimiento, y en caso de que una asociación haya sido la gananciosa, pasados los 60 días contados desde la ejecutoria, podrá el Ministerio Público o los demás legitimados pedir la ejecución<sup>94</sup>. El producido de la ejecución es destinado a un Fondo Público, que cuenta con representatividad de los interesados pero cuya gestión ha recibido muchas críticas<sup>95</sup>.

La legitimación activa para la promoción de la ejecución de la sentencia que refiere a derechos colectivos, prevista en el ordenamiento brasileño, se asemeja en parte la solución que propone el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica (art. 14) en cuanto establece que está legitimado el Ministerio Público a iniciar la ejecución del fallo cuando se trate de interés social relevante, y siempre que transcurridos 60 días del dictado de la sentencia, el demandante no lo hubiese promovido.

En cuanto a la ejecución de sentencias colectivas de condena pecuniarias en tutela de intereses individuales homogéneos, informa el relator nacional que el artículo 95 del Código de Defensa del Consumidor prevé que de regla la

sentencia de condena es “genérica” y se limita a establecer la responsabilidad de los demandados por los daños causados. A partir de esa condena genérica se abre la posibilidad de que las víctimas (o eventualmente, sus sucesores) puedan liquidar y ejecutar de forma individual ese título. Si en el plazo de un año, no se habilitan víctimas para la ejecución en número compatible con la gravedad del daño, los legitimados para la acción colectiva podrán promover liquidación y ejecución del valor total de la indemnización debida, cuyo producto revertirá en favor del Fondo (art. 100 Código de Defensa del Consumidor). En el concurso entre créditos destinados al Fondo y aquellos referentes a las indemnizaciones individuales, éstos prefieren a aquéllos (art. 99 del Código de Defensa del Consumidor).

Explica la relatora nacional que en CANADÁ la legislación prevé que la sentencia puede establecer directamente la distribución de los montos que considera apropiados, ordenar el pago personal de la demandada a los damnificados integrantes de la clase, o también nombrar una tercera persona que tome a su cargo la tarea de distribuir el monto de la condena entre los miembros de la clase actora, con amplias facultades que pueden incluir el otorgamiento de financiación y hasta quitas de la deuda. El tribunal puede disponer el pago de la condena directamente a la corte o a cualquier otro depositario apropiado. Al decidir cómo distribuir la condena, el tribunal debe considerar cuál es la solución más práctica y eficiente. Cuando sea oportuno, el Juez puede designar un Administrador (“Claims Administrator”) que le asista en la evaluación de los reclamos y la administración del proceso. También puede nombrar personas para mediar o arbitrar reclamos, quienes son remunerados de cargo a gastos del proceso o directamente por el demandado y se encuentran sujetos a control del tribunal. Asimismo, indica WALKER, que si la condena no ha sido distribuida en el plazo determinado por el tribunal, este puede darle otro destino, siempre que el mismo razonablemente signifique un beneficio para los miembros de la clase. Este tipo de ordenes se pueden verificar, conozca o no el tribunal la cantidad de miembros de la clase, así como el monto que corresponde a cada uno de ellos, e incluso,

si el mecanismo alternativo de distribución beneficia a personas que no son miembros de la clase o que igualmente recibirían una indemnización como resultado del proceso colectivo.

En cuanto a los aspectos formales de la ejecución, el tribunal es quien se encarga del control de la misma y en ejercicio de esa competencia es que puede verificar suspensiones por los plazos que considere apropiados, establecer la forma de pago (contado o mediante financiación), y descontar del fondo los gastos del nombramiento de Administrador, si lo hubiera.

Una vez transcurrido el plazo determinado por el tribunal para la ejecución y distribución de la condena, sin que la totalidad de la misma haya sido reclamada o distribuida, el remanente será devuelto al demandado.

Finalmente, informa la relatora nacional que los tribunales canadienses han considerado las controversias y la problemática que en los Estados Unidos de América ha generado la administración y distribución de la condena y han aprendido de ello. Como ejemplo de estos problemas cita el caso de los "cupon settlements"<sup>96</sup>, que pueden fracasar como mecanismo de compensación adecuado, siendo más bien un premio para los demandados en la medida que se los anima a seguir vendiendo en el futuro en lugar de operar como una sanción<sup>97</sup>.

En COLOMBIA, según señala el relator nacional, además de distinguirse según se trate de acciones populares o acciones de grupo, se establecen distintos procedimientos atendiendo al contenido de la sentencia a ejecutar. Así, se prevé el llamado "incidente de desacato", cuando la sentencia recae en una acción popular que impone una obligación de hacer, que implica la aplicación de conminaciones pecuniarias convertibles en personales para el caso que se incumplan las órdenes dadas por el Juez. En cambio, cuando el contenido de la sentencia dictada en las acciones populares es indemnizatorio, no existe norma expresa, por lo que se aplica el proceso de ejecución clásico. Con respecto a la ejecución de las sentencias dictadas en las acciones de grupo, no existe en Colombia aún regulación específica. No obstante, en este tipo de procesos se establece en la sen-

tencia una suma total de indemnización, la cual es recibida por el "Fondo para la Protección de los Intereses Colectivos", una dependencia de la Defensoría del Pueblo, que se encarga de su distribución entre los diferentes miembros del grupo. En cuanto a la aplicación práctica de estos procedimientos el relator colombiano plantea desconocer juicios ejecutivos al respecto en la experiencia jurisdiccional colombiana.

En las acciones populares (acción colectiva para la protección de intereses colectivos), se autoriza la condena "in genere" y el posterior incidente de liquidación<sup>98</sup>. En cambio, en las acciones de grupo no es posible que la sentencia profiera una condena ilíquida, toda vez que el artículo 65 de la Ley 472 de 1998, le indica al juez que debe hacer una condena global que sea el producto del ponderado de las condenas individuales. Además, le obliga a calcular una suma para cada uno de los integrantes del grupo, que potencialmente puedan presentarse dentro de los 20 días siguientes a la publicación de la sentencia. Sin embargo, cuando se trata de grupos abiertos, los jueces han optado por esperar a que transcurran 20 días después de la publicación de la sentencia, ocurrido lo cual, le piden al Fondo para la Protección de los Intereses Colectivos que les envíe la lista de las personas que concurrieron al llamado, para de esa manera señalar, mediante sentencia adicional, un monto que se distribuirá a prorrata entre tales personas. El relator nacional explica que la puesta en práctica de estas soluciones ha presentado severas dificultades como que el grupo resulte superior al previsto en la sentencia, que un Juez haya olvidado establecer el monto para los miembros del grupo que pueden presentarse dentro de los 20 días siguiente a la publicación, la existencia de imprecisiones sobre la identidad de los miembros del grupo e, incluso, el desplazamiento de parte de las actuaciones del Juez hacia el Fondo<sup>99</sup>. El juez puede revisar por una sola vez la distribución de la condena, en caso de que se presentaran más personas que las estimadas. En caso de que se presentara una cantidad menor, debe restituirse el excedente. Pese a ello, en la práctica, señala el relator nacional que los jueces se han resistido a pronunciarse luego de dictada la sen-

tencia, y en el caso de presentarse un mayor número de personas a las estimadas en el fallo, han considerado que tal cuestión corresponde al Fondo y el juez pierde competencia.

En CHILE, los relatores nacionales informan el procedimiento regulado para la ejecución de la sentencia, que parte de la publicación del fallo<sup>100</sup>. Una vez efectuadas las publicaciones comienza a correr un plazo de 90 días dentro del cual los interesados - por sí o representados - pueden comparecer y acreditar su condición de miembros del grupo afectado. Una vez vencido el plazo aludido se confiere un traslado por un plazo de 10 días, extensible por resolución fundada, a los efectos de que se conteste las alegaciones de quienes pretenden la calidad de miembros del grupo. Cabe la posibilidad de que se abra un proceso de conocimiento, con prueba, tomándose para ello la estructura del proceso incidental. El incidente puede ser susceptible de los recursos ordinarios y es competente, tanto para su dilucidación así como para la ejecución del fallo, el tribunal que entendió en primera instancia en la demanda colectiva<sup>101</sup>. Como interesante norma de constricción, la solución chilena impone al demandado efectuar las reparaciones o consignar el monto íntegro de las indemnizaciones en el plazo de 30 días corridos, contados desde aquél en que se haya fallado el incidente recién aludido. Asimismo vale destacar la ponderación de la ley chilena en cuanto prevé la posibilidad de que el Juez establezca mecanismos alternativos al pago contado de las indemnizaciones cuando el mismo pueda afectar la solvencia del condenado de manera drástica<sup>102</sup>.

Si la sentencia no es cumplida por el demandado, "la ejecución se efectuará a través del procurador común en un único procedimiento, por el monto global de las indemnizaciones o reparaciones o por el saldo total insoluto, efectuándose el pago a los interesados a prorrata de sus derechos declarados en la sentencia definitiva".

En ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, en cuanto al contenido de las sentencias que acogen la pretensión, podemos distinguir- siguiendo a GIDI<sup>103</sup> - dos tipos de class actions: aquellas de naturaleza indemnizatoria ("damages", gene-

ralmente dentro del tipo (b)(3) y, por otra parte, las meramente declarativas (“declaratory relief”) o que imponen al demandado una prestación de hacer (“injunctive relief”). Tanto en caso de sentencia indemnizatoria o acuerdo indemnizatorio verificado entre las partes, se procede a la formación de un fondo común (“Common Fund”) del que se reparten las sumas por los daños reconocidos en la sentencia o acordados a los miembros del grupo (que no hubieren ejercido el derecho de auto exclusión – “opt out”). GIDI<sup>104</sup> define al “Common Fund” como “un fondo de dinero, perteneciente al grupo, producido con la condena al demandado o en acuerdo realizado en una acción colectiva”. De ese fondo se pagan primero gastos judiciales de la acción, honorarios de abogados y finalmente se distribuye el resultado entre los miembros del grupo<sup>105</sup>.

Como lo destaca VERBIC<sup>106</sup>, resulta interesante la técnica creada por las cortes estadounidenses para implementar aquellas decisiones orientadas a imponer la modificación de la estructura u organización de entidades y organismos de distinto tipo conocidas como “structural injunctions” o “institutional decrees”. Debido a que tales proveimientos imponen al obligado el cumplimiento de prestaciones complejas, diversificadas y prolongadas, el tribunal que las dicta confía la misión de gestionar la ejecución específica de la decisión a comités colegiales o a colaboradores del tribunal designados ad hoc (“master”, “receiver” o “administrator”) que, bajo la dirección del tribunal, elaboran programas de actividades para lograr el objetivo perseguido, pudiendo controlar la actividad del obligado o incluso actuar en su lugar si es posible. También resulta de interés destacar la modalidad de liquidación y pago que presentan los “coupon settlements”: acuerdos para que el demandado indemnice total o parcialmente al grupo mediante descuentos en la venta de sus mercaderías o equipamientos de su fabricación (estos acuerdos reciben también el nombre de “in kind settlements”)<sup>107</sup>.

En PERÚ si bien no existe una regulación general referida a la ejecución de sentencias recaídas en procesos sobre derechos colectivos (aplicándose por ende las normas procesales de alcance general), sí cuentan con una disposi-

ción expresa en el ámbito de los intereses colectivos de los consumidores. Señala el relator peruano que el Código de Protección y Defensa del Consumidor prevé en el art. 131 que consentida o ejecutoriada la sentencia que ordena el cumplimiento de la obligación demandada, ésta es cobrada por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial (Indecopi). Este organismo prorratea su monto entre los consumidores que se apersonen ante él y que acrediten ser titulares del derecho discutido en el proceso. Luego de transcurrido un año desde que este instituto cobra la indemnización, el saldo se destina a un fondo especial para financiar y difundir los derechos de los consumidores, información relevante para los mismos y al sistema de patrocinio de intereses de los consumidores.

**B) Países que no cuentan con regulación específica sobre liquidación y ejecución de la sentencia en procesos colectivos**

En este grupo pueden reunirse aquellos países de América que teniendo o no regulaciones sobre algunos aspectos de los procesos colectivos, carecen de disposiciones específicas sobre la liquidación y ejecución de sentencias dictadas en este tipo de procesos. Los relatores de BOLIVIA, ECUADOR, GUATEMALA, PARAGUAY, URUGUAY Y VENEZUELA, manifiestan que en sus países no existe normativa específica sobre liquidación y ejecución de las sentencias dictadas en procesos colectivos, por lo cual suelen aplicarse las normas comunes de liquidación y ejecución de sentencias<sup>108</sup>.

**4. Principales tendencias, problemas y soluciones para la liquidación y ejecución de la sentencia en los procesos colectivos/class actions en América**

De los informes nacionales relevados pueden extraerse tendencias sobre liquidación y ejecución de sentencia colectivas, de las que surgen los problemas que requieren de nuestra búsqueda de soluciones:

- Los problemas sobre el proceso de ejecución en la Justicia Colectiva y sus posibles soluciones, guardan íntima vinculación con las posibilidades propias de la economía de cada país, así como con las pautas de la jurisprudencia en mate-

ria de montos de condenas pecuniarias, principalmente.

- La mayoría de los países de América no cuenta con regulación específica sobre el proceso de liquidación y ejecución en los procesos colectivos/class actions, debiendo recurrirse a la regulación general del proceso de liquidación y ejecución cuando el condenado no cumple voluntariamente con el fallo.
- Resulta evidente que en casi todos los países el régimen general de liquidación y ejecución no es eficiente para los procesos individuales; mucho menos lo es para los procesos colectivos, al no contemplar sus especialidades.
- Algunos países cuentan con normas que establecen un procedimiento especial de liquidación y ejecución de sentencias de los procesos colectivos/class actions, y, eventualmente, distinguen la ejecución de sentencias relativas a derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos.
- Las sentencias pueden tener diversos contenidos (dar, hacer, no hacer) y, si bien desde el punto de vista teórico resultan más eficaces las condenas a hacer o no hacer, en muchos países de América la mayoría de los casos se resuelven mediante sentencias de condena pecuniarias.
- Se plantean dificultades a la hora de determinar el destino de las indemnizaciones provenientes de las condenas en los procesos colectivos, su distribución y eventual reserva para quienes se ven alcanzados por la sentencia o acuerdo.
- La creación, administración y funcionamiento de “fondos” u organismos recaudadores o administradores de las condenas se ha visto como una necesidad en nuestros países. Sin embargo, lograr su rol eficiente en el proceso de ejecución es también un problema que se presenta en varios casos. Algunos países cuentan con dichos “fondos” creados para administrar las indemnizaciones producto de procesos colectivos, pero los mismos suelen ser objeto de críticas y especulaciones<sup>109</sup>.
- Se destaca la necesidad de que los jueces utilicen medidas conminatorias eficaces para obtener el cumplimiento efectivo de la condena impuesta en la sentencia<sup>110</sup>.
- El problema del tiempo en la ejecución suele ser un drama en los países iberoamericanos y probablemente para evitarlo, en Estados Unidos y Canadá la mayor parte de los asun-

tos termina en acuerdos<sup>111</sup>.

- Suelen plantearse dificultades en la larga fase de ejecución de las sentencias en la asignación y división de las funciones y competencias del tribunal, el “fondo” y los órganos administrativos. Fundamentalmente cuando se trata de condenas de hacer o no hacer se vuelven difusos los límites entre la función jurisdiccional y la función administrativa al ejecutar los fallos<sup>112</sup>.
- Al momento de la compleja ejecución de la sentencia colectiva puede afectarse la división de poderes<sup>113</sup>.
- No está aun suficientemente analizada ni evaluada en la mayor parte de nuestros países, la creación de una “microinstitucionalidad” para implementar con suficientes garantías la ejecución del fallo<sup>114</sup> ni las órdenes judiciales de organización para dicha implementación<sup>115</sup>. Ello podría ser de gran utilidad para lograr eficiencia en la ejecución.
- Tampoco existen desarrollos en casi ninguno de los países de América en cuanto a la posible división de la ejecución por etapas cuando el objeto del litigio es demasiado amplio y/o la sentencia es comprensiva de situaciones diversas. Sería conveniente preverlo, al menos en relación a las sentencias que condenan a hacer y/o a no hacer<sup>116</sup>.

## **VI. CONCLUSIONES**<sup>117</sup>

1. El panorama legislativo sobre los procesos colectivos es heterogéneo en América: son pocos los países que han desarrollado un sistema jurídico integral sobre procesos colectivos, varios países carecen de regulación sobre acuerdos colectivos, cosa juzgada y liquidación y ejecución de la sentencia; y otros presentan legislación dispersa, asistemática e incompleta al respecto.
2. En términos generales, los procesos colectivos en los países americanos del civil law no alcanzaron aún el estado de evolución de las class actions norteamericanas. Sin embargo, se mantiene la tendencia en el sentido de que cada vez más países van creando o proyectando sistemas de procesos colectivos.
3. Los países de América que han adoptado regulaciones sobre procesos colectivos en los temas analizados en este

informe, suelen estar inspirados en los sistemas norteamericano, brasileño y/o en la codificación modelo para Iberoamérica.

4. El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica cobra paulatinamente mayor difusión y, gradualmente, se percibe una tendencia a adoptar al menos algunas de sus soluciones en los países americanos del civil law.
5. A medida que se profundiza en el análisis de las complejidades de los procesos colectivos, se vislumbra con mayor claridad la necesidad imperiosa de proponer regulaciones legislativas simples y sencillas en los temas objeto de este informe. La experiencia de sistemas con excesiva y complejísima regulación y diversificación de situaciones que provocan distorsiones jurisprudenciales, puede desalentar la consideración por algunos países de posibles regulaciones o, peor aún, visualizar a los procesos colectivos como laberintos de los que difícilmente el grupo o la clase que plantee pretensiones fundadas y/o el Estado, salgan razonablemente satisfechos.
6. La forma de regular los procesos colectivos presenta elevado grado de complejidad y sofisticación y en su debate suelen involucrarse intereses contrapuestos de sectores poderosos de la sociedad (grandes empresas, organizaciones ambientalistas o de consumidores, el Estado, etc.). Ello dificulta la comprensión del tema y el análisis objetivo de sus aristas por parte de los operadores jurídicos no especializados, legisladores y sociedad civil y, por tanto, suele ser visto con cierto recelo por los políticos, diseñadores e implementadores de políticas públicas.
7. Se percibe que en América existen dificultades en varios países para adoptar un marco regulatorio general y completo sobre procesos colectivos, además de existir opiniones encontradas sobre si ello constituye la mejor solución.
8. Ante la aprobación en muchos países de marcos legales sustantivos que habilitan e impulsan procesos colectivos (en materia medioambiental, de consumidores, etc.) y/o ante el planteo de demandas colectivas que ponen a prueba el sistema judicial, se hace patente la necesidad de regulaciones procesales de la Justicia Colectiva.
9. Existe en América consenso acerca de que los institutos y

- criterios tradicionales acerca de los acuerdos, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de las sentencias, no son ni suficientes ni adecuados para los procesos colectivos.
10. En el diseño de las mejores soluciones para cada país sobre acuerdos, cosa juzgada y liquidación y ejecución de sentencias, es fundamental considerar la realidad de cada nación y promover los instrumentos que permitan prevenir el fraude, la colusión y otras formas espurias de utilizar los mecanismos procesales.
  11. Los países del civil law y del common law presentan técnicas diferenciadas e institutos propios sobre acuerdos colectivos, cosa juzgada y liquidación y ejecución de la sentencia, conforme a los principios que rigen sus sistemas procesales. Sin embargo, es interesante notar como en algunos países, fundamentalmente en la regulación de la cosa juzgada, se ha verificado una influencia mixta del sistema norteamericano y del brasileño, operando así una suerte de "mestizaje" de las bases lógicas y estructurales de los sistemas del common law y del civil law, lo que puede resultar innovador y positivo para el continente.
  12. La determinación del alcance de los acuerdos colectivos y los recaudos que debe controlar el juez, está íntimamente ligada con definiciones de políticas públicas en materia de disponibilidad o indisponibilidad de los derechos y con las fortalezas, debilidades y rol de los jueces. Se destacan dos grandes sistemas: el que limita la posibilidad de celebrar acuerdos colectivos (sin perjuicio de "compromisos de ajuste de conducta" como sucede en Brasil o "pactos de cumplimiento" en Colombia) y el que admite ampliamente los acuerdos, asignándole un rol preponderante al juez en el de estricto contralor de los requisitos necesarios para su aprobación, confiriéndole a quien no desea quedar alcanzado por el mismo el derecho de autoexclusión (como sucede en Estados Unidos y Canadá).
  13. En cuanto al alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos, se presenta un panorama muy variado en América. Los países que lo regulan le confieren alcance general a la sentencia, considerando alguna de las tres principales soluciones: a) efecto obligatorio general de la sentencia, sea a favor o en contra de los actores (previéndose ge-

neralmente instancias de publicidad y "opt out"; b) efecto obligatorio general de la sentencia tan solo si los actores triunfan ("secundum eventum litis"); y c) efecto obligatorio general de la sentencia, salvo si fuere absolutoria por ausencia de prueba ("secundum eventum probationem"). Algunos de los países que regulan la cuestión han adoptado exclusivamente uno de los referidos sistemas y otros utilizan fórmulas mixtas o diferenciadas según la materia sustantiva (derechos el consumidor, medio ambiente, etc.).

14. En materia de alcance de la cosa juzgada se valoran como positivos tanto el mecanismo del "opt out" de los sistemas norteamericano y canadiense, como el de la cosa juzgada "secundum eventum probationem" de Brasil, seguido por la codificación modelo y varios países.
15. En materia de cosa juzgada en derechos individuales homogéneos, que más excepcionalmente aparecen regulados en los países de América, se adopta la cosa juzgada "secundum eventum litis" (solo favorece pero no perjudica las pretensiones individuales, por lo cual la sentencia colectiva desestimatoria no impedirá que los perjudicados ejerzan una acción individual reparatoria).
16. En algunos casos se prevé que la eficacia de la sentencia favorable respecto de derechos difusos y colectivos pueda ser aprovechada en el proceso individual posterior en el que se reclame una indemnización.
17. El contenido de las sentencias de los procesos colectivos/class actions puede ser meramente declarativo, condenar a dar, hacer y/o a no hacer o indemnizatorio.
18. La mayoría de los países de América no cuenta con regulación específica sobre el proceso de liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos/class actions, debiendo recurrirse a las normas generales clásicas del proceso de liquidación y/o ejecución cuando el condenado no cumple voluntariamente con el fallo, lo cual es inadecuado e ineficiente.
19. Es imprescindible profundizar en la búsqueda de instrumentos idóneos para lograr en tiempos razonables la eventual liquidación de la sentencia y, fundamentalmente, su ejecución, mediante la regulación de fondos adecuados, ordenación de intervenciones, conminaciones, rendición de

cuentas al juez del avance en el cumplimiento del fallo, y en casos muy complejos hasta la creación de una "microinstitucionalidad" para implementar los diversos aspectos de la sentencia, debiendo prestarse especial atención a no vulnerar la separación de poderes.

20. Finalmente, si bien queda mucho por hacer y el panorama es muy diverso entre nuestros países, se percibe en América una clara evolución en materia de procesos colectivos. Algunos han aprobado leyes nuevas, otros han perfeccionado sus sistemas y en aquellos países que carecen de regulación o la misma es muy incipiente, se comienza a oír con más fuerza las voces de doctrina y jurisprudencia acerca de la necesidad de encontrar soluciones legales adecuadas para la Justicia Colectiva. La larga lucha de nuestros maestros comenzó a dar sus primeros frutos, pero queda mucha tarea por delante aún.

## NOTAS

- 1 En Estados Unidos, las class actions tienen defensores pero también fervientes críticos que llegan a hablar de la "holy war against class actions" e incluso se las ha denominado el monstruo Frankenstein (Ver el ya famoso trabajo de MILLER "Of Frankenstein monster and shining knights: myth, reality and the class action problem", 92 *Harvard Law Review*, 1979). PÉREZ RAGONE señala que los excesos y el empleo errado del instituto procesal en EEUU deben ser tenidos en cuenta al momento de definir un modelo de procesos colectivos para Iberoamérica. Indica que la visión negativa de las acciones de clase parte de consideraciones no sólo empíricas, sino también dogmáticas y jurisprudenciales dentro del propio sistema procesal norteamericano y las feroces críticas a los procesos de acciones de clase (PÉREZ RAGONE, A., "¿Necesitamos los procesos colectivos?", *Procesos Colectivos*, con OTEIZA, E., Santa Fé, 2006, pp. 81 y 135).
- 2 OTEIZA, E., "Prologo" a VERBIC, F., *Procesos Colectivos*, Buenos Aires, 2007, p. VII.
- 3 PÉREZ RAGONE, por su parte, señala que la temática de los procesos colectivos está imbuida de una infinidad de mitos y falacias que parten ya de erróneas premisas procesales y prejuicios, ya de la mezcla argumental entre puntos de vista de derechos sustancial-formal y moral (PÉREZ RAGONE, "¿Necesitamos los procesos colectivos?", cit., p. 80).
- 4 Escribió Ernesto SÁBATO en *Abaddón el Exterminador*: "Estaba tan cómodo en el caos que lo explicó, en lugar de solucionarlo". Con esta cita literaria tan acertada se inicia el libro de VERBIC, *Procesos Colectivos*, cit., p. V.
- 5 Dijo Jorge Luis BORGES en una entrevista: "En el laberinto hay algo muy curioso, porque la idea de perderse no es rara, pero la idea de un edificio construido para que la gente se pierda, es una idea rara. La idea de construir un edificio de una arquitectura cuyo fin sea que se pierda la gente o que se pierda el lector, es una idea rara, por eso sigo siempre volviendo al laberinto".
- 6 MORELLO, A. y CAFFERATTA, N., *Visión procesal de cuestiones ambientales*, Santa Fe, 2004, p. 10.
- 7 La dimensión internacional del problema en América tiene su ejemplo paradigmático en el polémico caso Chevron en Ecuador. En lo que constituye una de las condenas más grandes del mundo por daños ambientales, el juicio contra Chevron comenzó en 1993 cuando 88 ecuatorianos presentaron ante una corte federal de Texas una demanda por daño ambiental. En 1994, el mismo grupo presentó una demanda ante tribunales de Nueva York. Ambas cortes desecharon la demanda entendiendo que debía litigarse en Ecuador. Finalmente el caso recayó en la corte de la provincia de Sucumbíos, que tardó 18 años en dictar la sentencia y a inicios de 2012 fijó en 18 mil millones de dólares el monto que debe pagar Chevron para resarcir los daños ambientales, humanos y comunitarios causados en la amazonia norte ecuatoriana durante las operaciones de extracción de crudo de Texaco entre 1972 y 1990 por derramar toneladas de desechos tóxicos en la selva, lo que provocó enfermedades a los pueblos indígenas (Chevron compró a Texaco en 2001 y asumió sus obligaciones). Un nuevo fallo de esa Corte ecuatoriana, del 1/3/2012 ratificó la sentencia y el monto que debía pagar Chevron, mientras la Corte de Arbitraje de La Haya, pocos días

después, requirió a Ecuador evitar la ejecución de ese fallo aduciendo que viola tratados de protección de inversiones suscritos entre Ecuador y Estados Unidos. La Corte Provincial de Sucumbíos no acogió el pedido de la Corte de La Haya. Los actores anunciaron que intentarán cobrar la sentencia con activos que la compañía posee en Panamá y Venezuela ya que Chevron tiene muy pocos activos en Ecuador. Chevron por su parte ha dicho que irá a cualquier tribunal, en cualquier país del mundo para luchar contra lo que calificó de fraude, conductas ilícitas y poco éticas de los demandantes. El caso se complejizó aún más por la destitución en febrero de 2012 de dos de los jueces ecuatorianos que participaron en la redacción del fallo.

- 8 Los países relevados especialmente con informe de experto son los siguientes: ARGENTINA: Roberto M. PAGÉS y Jorge A. ROJAS; BOLIVIA: Primitivo GUTIÉRREZ; BRASIL: Sergio Cruz ARENHART; CANADÁ: Janet WALKER; COLOMBIA: Juan Carlos GUAYACÁN; CHILE: José Pedro SILVA y Maite AGUIRREZABAL; ECUADOR: Juan FALCONI; GUATEMALA: Mauro Roderico CHACÓN; PARAGUAY: Pablo VILLALBA; PERÚ: Adrián SIMONS; URUGUAY: Luis M. SIMÓN; VENEZUELA: Rodrigo RIVERA. También agradecemos a Antonio GIDI por sus aportes respecto del sistema de los ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA y a Alfredo TAULLARD por sus informaciones.
- 9 PELLEGRINI GRINOVER, A., *Novas tendências em matéria de legitimação e coisa julgada nas ações coletivas - Civil Law*, Relato general al XIII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Salvador, Bahia, 2007.
- 11 Este cuadro se realiza a los solos efectos de simplificar la exposición, debiendo señalarse que el criterio adoptado no siempre refleja acabadamente la realidad toda del país. Ello ocurre de manera especial en aquellos países que poseen un sistema federal.
- 12 En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fallo de 2009 ha recomendado de especial manera al Congreso, la aprobación de un texto legal que recoja y regule adecuadamente estos procesos (Caso "Halabi" de fecha 24/2/2009).
- 13 A los procesos colectivos en Uruguay nos hemos referido en anteriores trabajos, de los que surgen nuestras opiniones y a los cuales nos remitimos: PEREIRA CAMPOS, S., "Intereses difusos y efectos de la cosa juzgada", *Estudios de Derecho Procesal en homenaje al Prof. Dr. Enrique Vescovi*, Montevideo, 2000; VESCOVI, E., DE HEGEDUS, M., KLETT, S., SIMON, L., CARDINAL, F. y PEREIRA CAMPOS, S., *Código General del Proceso - Comentado, Anotado y Concordado*, tomo 6, Montevideo, 2000, comentario al art. 220; PEREIRA CAMPOS, S., "Intereses difusos y colectivos en Uruguay: marco conceptual, legitimación y efectos de la cosa juzgada", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* N° 2/2000; LANDONI, A. y PEREIRA CAMPOS, S., "Tutela de los intereses colectivos y difusos en Uruguay", Roma, 2002 y *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* N° 1/2002; PEREIRA CAMPOS, S., "Los procesos colectivos - Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica", Roma, 2004 y *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* N° 3/2003; PEREIRA CAMPOS, S. y GARDERES, S., "Representación de intereses difusos y defensa del medio ambiente", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* 2/2003; PEREIRA CAMPOS, S. y GARDERES S., "Intereses difusos y defensa del medio ambiente (Inhibición o interdicción a ANCAP de producir y poner en el mercado gasolinas con plomo)", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* 2/2005; PEREIRA CAMPOS, S., "Nuevas tendencias en materia de legitimación y cosa juzgada en los procesos

- colectivos”, Bahía, 2007 y *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* N° 1/2007.
- 14 El estado de situación de la influencia del Código Modelo de Procesos Colectivos en las legislaciones internas fue tratado en las XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Lima, 2008). Indicó el relator general RAMÍREZ: “Es anecdótico constatar que, pese a esa importancia (el Código Modelo) no haya recibido el impulso que merece para tener vigencia entre nuestros países. Las razones para ello de alguna manera están explicadas en las conclusiones de los informes recibidos de Uruguay, Colombia y Argentina. Sin embargo se percibe que algo más se puede hacer para que despliegue su influencia. Es probable que haber denominado Código a la propuesta pueda constituir un impedimento formal, pues bien sabemos lo difícil que es llegar a promulgar un código desde nuestros poderes legislativos” (RAMÍREZ, N., “El Código Modelo de Procesos Colectivos y su influencia en Iberoamérica”, *Derecho Procesal*, Lima 2008, p. 284).
- 15 Se señala en la Exposición de Motivos del Código Modelo de Procesos Colectivos: “El Código – como su propia denominación dice– debe ser tan sólo un modelo, a ser adaptado a las peculiaridades locales, que serán tomadas en consideración en la actividad legislativa de cada país; pero debe ser, al mismo tiempo, un modelo plenamente operativo”.
- 16 PÉREZ RAGONE habla de “trasplante legal responsable”: “el trasplante de institutos de sistemas jurídicos de un sistema a otro demuestra que pueden afinarse las virtudes, evitarse los errores y obtenerse un resultado menos defectuoso del ‘sistema madre’” (PÉREZ RAGONE, “¿Necesitamos los procesos colectivos?”, cit., p. 137). En este sentido, TRIONFETTI ha dicho: “La tutela jurisdiccional de los derechos colectivos no puede hacerse en el vacío sino sobre un tipo determinado de sistema judicial... El Derecho es un oficio de lugar. Siempre se trata de extraer inducciones y leyes generales de y para situaciones locales... El Derecho depende de cómo una sociedad determinada observa las cosas y qué cosas importan. Y esto varía. Frente al tema de la polución que generan los automóviles, Toyota contrató ingenieros y Ford, abogados. Las perspectivas cambian según las culturas” (TRIONFETTI, V., “Aspectos preliminares sobre la tutela jurisdiccional de los derechos difusos, colectivos y homogéneos”, *Procesos Colectivos*, cit., pp. 174 y 175).
- 17 En efecto, en el art. 11, al establecer las actividades que se desarrollan en la audiencia preliminar, se admite implícitamente la posibilidad de conciliar, al establecerse que a la audiencia comparecerán las partes o sus procuradores, quienes deberán estar habilitados para transigir. Vuelve a admitirse la posibilidad de un acuerdo conciliatorio, en el párrafo 1º del mismo artículo, al cometerle al Juez tentar la conciliación e incluso a sugerir otras formas adecuadas de solución del conflicto como la mediación, el arbitraje y la evaluación neutral del conflicto. Al referirse a la evaluación neutral del tercero, el Código Modelo establece que su resultado no es vinculante para las partes, desde que su finalidad es orientarlas en la tentativa de composición amigable del conflicto.
- 18 La distinción entre juicio ejecutivo y juicio de ejecución, y entre título ejecutivo y título de ejecución, suele ser confusa en los distintos países de Iberoamérica.
- 19 Expresa GIDI: “La mayoría de los juristas brasileños, incluso el autor de este artículo, niega que los representantes en las acciones colecti-

vas brasileñas (o en el Código Modelo) tengan amplios poderes para negociar acuerdos colectivos con la contraparte del grupo. Los órganos públicos sólo pueden hacer concesiones limitadas sobre la forma como el demandado cumplirá o “ajustará” su conducta a la ley. El propio Código Modelo prescribe que “el bien jurídico colectivo” es indisponible.” Agrega luego: “Mientras no exista una norma reglamentando un procedimiento para evaluar la adecuación de los acuerdos en Brasil y en el Código Modelo, tal como sucede en el derecho norteamericano, la práctica de realizar nuevos acuerdos no deberá ser permitida y el “compromiso de ajuste de conducta”, previsto en el art. 3o 5º del Código Modelo, deberá ser la única posibilidad. Sin la existencia de controles adecuados, la concepción de un efecto vinculante a cualquier acuerdo en una acción colectiva sería una solución extremadamente peligrosa en Iberoamérica y de nefastas consecuencias” (GIDI, A., “Notas críticas al anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal”, *La Tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales Homogéneos*, México 2003, pp. 418 y 419).

- 20 Señala DE LOS SANTOS que no existe en Argentina una regulación procesal general para este tipo de procesos que contemple de modo eficaz sus relevantes particularidades (DE LOS SANTOS, M., “Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos”, *Revista Inter-nauta de Práctica Jurídica*, 2006).
- 21 Dicen los expertos argentinos: “...el art. 54 de la ley de defensa del consumidor 24.240 con su última modificación por la ley 26.361, dispone que “para arribar a un acuerdo conciliatorio o transacción, deberá correrse vista previa al Ministerio Público Fiscal, salvo que este sea el propio actor de la acción de incidencia colectiva, con el objeto de que se expida respecto de la adecuada consideración de los intereses de los consumidores o usuarios afectados. La homologación requerirá de auto fundado. El acuerdo deberá dejar a salvo la posibilidad de que los consumidores o usuarios individuales que así lo deseen puedan apartarse de la solución general adoptada para el caso. La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga”.
- 22 Cf. LORENZETTI, R., *Justicia Colectiva*, Buenos Aires, 2010, pp. 281-282.
- 23 El informe brasileño explica el punto: “La ley brasileña no trata propiamente al acuerdo sobre las acciones colectivas. Y no lo hace por una razón: se supone para la doctrina mayoritaria que son indisponibles en forma generalizada los intereses metaindividuales y, al menos para los legitimados para la acción colectiva, los intereses individuales de masa. Todavía, esta valla a la transacción (respecto del contenido del derecho) comporta ciertas peculiaridades. Por ello se admite un cierto margen de “discrecionalidad” en la estipulación de la “forma” y del “plazo” para la satisfacción de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Vale decir que, si no puede el legitimado colectivo transigir sobre el contenido del derecho en sí, puede, con ciertos límites, acordar respecto del plazo para el cumplimiento de determinadas obligaciones o sobre la forma de satisfacer el derecho” (traducción libre del relator general).

- 24 Art. 5º, num. 6º de la Ley N. 7.347/85 y art. 17 num. 1º de la Ley 8.492/92.
- 25 Señala la relatora canadiense que a los efectos de determinar la procedencia de la certificación de un proceso colectivo y sus condiciones, la corte debe considerar si se debe notificar a los miembros de la clase, si dicha notificación debe incluir un detalle de la forma en que se conducirá el proceso, una declaración sobre el resultado del proceso y la descripción acerca del plan de distribución de los fondos producto del acuerdo (traducción libre del relator general).
- 26 Las negociaciones incluyen, por ejemplo, el análisis del honorario del abogado de la clase, quien podría estar tentado de poner en riesgo el recupero para la clase a fin de conseguir que se le asegure un mejor honorario. Además, en la medida que el abogado de la clase normalmente es quien asume el costo y riesgo del financiamiento del litigio con un acuerdo de honorario condicional, podría estar bajo presión de aceptar un acuerdo por un monto menor que el que se podría conseguir si siguiera negociando o siguiera el proceso, a fin de evitar largas esperas.
- 27 Otro dificultad que señala la relatora canadiense, es la posibilidad de que existan diferencias en los intereses de los miembros de la propia clase, que pueden surgir en el curso de las negociaciones. El abogado de la clase podría estar tentado de pasar por alto los beneficios de ciertos miembros de la clase, a fin de obtener un acuerdo para la clase como un todo. Sean cual fueren los conflictos de interés que afecten el compromiso del abogado de la clase de obtener el mejor resultado para la clase, el problema se agrava por el hecho de que los miembros de la clase suelen estar menos involucrados y tener menos información de la negociación que aquella con la que cuenta el abogado (traducción libre del relator general).
- 28 El rol tradicional de Juez en el "common law" es observar la evidencia presentada por los abogados que intentan persuadirlo a favor de su cliente y oír los argumentos de ellos a fin de determinar el mejor resultado. Por ende tiene pocas oportunidades de ganar experiencia desarrollando sus propios interrogatorios y perfeccionando sus habilidades de cuestionar testigos para poner a prueba la evidencia durante la audiencia.
- 29 Señala WALKER que los miembros de clase potenciales que sean notificados del acuerdo propuesto tendrán la oportunidad de presentar sus objeciones por escrito o en la audiencia. También pueden oponerse los abogados que hubiesen querido actuar como abogados del proceso colectivo, organizaciones de consumidores y otras organizaciones públicas preocupadas con el bienestar de grupos como aquellos que probablemente se encuentren en la clase involucrada en dicho proceso colectivo. Estos opositores podrían estar más familiarizados que el juez con los varios temas y opciones a tener en cuenta, presentando argumentos que, de lo contrario, podrían no ser considerados por este (traducción libre del relator general).
- 30 Señala la relatora canadiense que puede ocurrir que varios abogados representando a distintos grupos de demandantes estén involucrados, por lo que tendrán que determinar qué parte o cantidad de trabajo hizo cada uno a fin de obtener el acuerdo en cuestión.
- 31 Los honorarios del abogado de la clase constituyen un tema de relevancia en los acuerdos. En algunos acuerdos ("common fund settlements") los demandados ofrecen una suma global para cubrir todos los gastos,

deduciendo los costos de notificación, administración del acuerdo y costos del litigio antes de repartir el monto restante a los demandantes. En otros casos, el demandado ofrece pagar los reclamos de los demandantes y, por separado, los costos asociados al proceso hasta un monto ya convenido. También puede suceder que el abogado de la clase fije un porcentaje del acuerdo, ya sea del fondo común o del monto total estimado de los reclamos efectuados, mientras que en otros casos el monto solicitado se basará en el tiempo que le dedicó al proceso multiplicado por un número que refleje el riesgo del asunto y el resultado obtenido. Muchas veces el abogado del demandado no cuestiona los honorarios del abogado del demandante porque necesita que este apoye la propuesta de acuerdo negociada.

32 En Colombia, la Ley 472 de 1998 reglamentando el artículo 88 de la Constitución Política regula dos procedimientos: uno para las acciones populares, mediante las cuales se protegen los intereses colectivos (aquellos compartidos indivisiblemente por un número plural de personas) y, por otra parte, las acciones de grupo que son las acciones indemnizatorias para reclamar colectivamente perjuicios derivados de una causa uniforme (lo que el Código Modelo y el Código Brasileño del Consumidor denominan los intereses individuales homogéneos).

33 Al respecto la FRCP Rule 23 establece: "(e) Settlement, Voluntary Dismissal, or Compromise. The claims, issues, or defenses of a certified class may be settled, voluntarily dismissed, or compromised only with the court's approval. The following procedures apply to a proposed settlement, voluntary dismissal, or compromise: (1) The court must direct notice in a reasonable manner to all class members who would be bound by the proposal. (2) If the proposal would bind class members, the court may approve it only after a hearing and on finding that it is fair, reasonable, and adequate. (3) The parties seeking approval must file a statement identifying any agreement made in connection with the proposal. (4) If the class action was previously certified under Rule 23(b)(3), the court may refuse to approve a settlement unless it affords a new opportunity to request exclusion to individual class members who had an earlier opportunity to request exclusion but did not do so. (5) Any class member may object to the proposal if it requires court approval under this subdivision (e); the objection may be withdrawn only with the court's approval".

34 Cf. VERBIC, *Procesos Colectivos*, cit., p. 353.

35 GIDI, *La Tutela de los derechos*, cit., pp. 418 y 419.

36 PÉREZ RAGONE explica que, más allá de todas estas regulaciones garantistas, algunos autores como HODGES critican las acciones de clase americanas en tanto mecanismos de lucro poco éticos para los letrados participantes y el excesivo efecto público que lleva muchas veces a que se permita arribar a un acuerdo conciliador antes que continuar el proceso. Ello, aún cuando de haber continuado el proceso, pudiera obtenerse un pronunciamiento que exima al demandado de toda responsabilidad. Advierte que no toda acción está inspirada en motivos éticos y no toda conclusión o arreglo extrajudicial se adecua a la justicia sustancial del caso (PÉREZ RAGONE, "¿Necesitamos los procesos colectivos?", cit., p. 135).

37 Ley 19.496 (art. 52 y siguientes) con reformas introducidas por la Ley 19.955.

38 En GUATEMALA, el relator nacional indica que lo más aproximado a la temática de los acuerdos colectivos es la Ley de Protección al Consumi-

- dor Usuario (vigente desde 2003) que si bien no previó un proceso de resolución de conflictos y controversias que surjan entre proveedores y consumidores o usuarios, estableció la posibilidad de a) un arreglo directo conciliatorio entre las partes, b) un arbitraje de consumo y c) un procedimiento administrativo ante la Dirección y Asistencia al Consumidor dependiente del Ministerio de Economía (el procedimiento puede iniciarse oficio o ante una queja o denuncia presentada, y la impugnación de las resoluciones pueden dar lugar a un proceso contencioso administrativo).
- 39 En VENEZUELA, según indica el relator nacional RIVERA, no hay regulación sobre los recaudos para aprobar a un acuerdo. No obstante, por disposición de la Sala Constitucional (Sent. N° 656 de 2000), en los procesos sobre derechos colectivos y difusos debe notificarse al Ministerio Público y al Defensor del Pueblo porque son los legitimados conforme a la Constitución para los acuerdos. Además, en materia administrativa se creó recientemente por ley, el Instituto de Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, y en la misma se contempla la posibilidad de diferentes tipos de acuerdos conciliatorios.
- 40 En BOLIVIA, el relator nacional GUTIÉRREZ informa que no existe legislación específica en cuanto al punto pero remite a las normas generales sobre conciliación y transacción destacando que presentan limitantes dado que los efectos clásicos de la conciliación obligan exclusivamente a aquellos que estuvieron presentes en el acto. La transacción además de los requisitos propios de capacidad y legitimación dispositiva, presenta limitantes de orden prohibitivo en cuanto a las materias que pueden ser objeto de la misma. En ECUADOR señala el relator nacional FALCONI que podrían aplicarse supletoriamente las normas generales relativas a la transacción o la conciliación. En PARAGUAY el relator nacional VILLALBA, tras aclarar que en ese país las acciones populares no han tenido un tratamiento profuso, indica los preceptos regulatorios de la conciliación y la transacción como medios alternativos de composición para los procesos individuales civiles y laborales. Respecto de PERÚ, el relator nacional SIMONS señala que los temas ambientales están excluidos de la conciliación previa obligatoria como requisito para el acceso al sistema judicial. A fin de ilustrar la situación de su país cita un caso de jurisprudencia de la Corte Suprema (precedente jurisprudencial que vincula a todos los jueces de su país) en el que se admitió como excepción procesal la transacción extrajudicial no homologada judicialmente a la que había arribado tiempo atrás la demandada con varios de los damnificados reclamantes. En URUGUAY, el relator nacional SIMÓN informa que la aplicación de las soluciones clásicas plantea problemas al momento de asignar la eficacia al acuerdo. Así, habida cuenta de que a la transacción se le aplican los efectos de la cosa juzgada, plantea dudas acerca de la posibilidad de otorgar esta misma eficacia a los acuerdos en materia de intereses colectivos. Concluye: "la doctrina se ha inclinado por la negativa, partiendo de la óptica de la naturaleza colectiva o difusa de la titularidad del interés en juego, que incluso puede ser público en ocasiones. Esa naturaleza hace necesario que los actos dispositivos emanen de todos los legitimados para que puedan alcanzarlos. La eficacia de cosa juzgada podría restringirse al daño individual pero no al colectivo". Igual solución postulamos nosotros para Uruguay hace ya varios años (PEREIRA CAMPOS, "Intereses difusos y efectos de la cosa juzgada", cit., y VESCOVI, DE HEGEDUS,

- KLETT, SIMON, CARDINAL y PEREIRA CAMPOS, "Código General del Proceso", cit., t. 6, comentario al art. 220).
- 41 El art. 2º, Par. 3º del Código Modelo de Procesos Colectivos, prevé que el Juez "analizará la existencia del requisito de la representatividad adecuada en cualquier tiempo y grado del procedimiento". En COLOMBIA señala el relator nacional que la doctrina al comentar el artículo 61 de la ley 472 de 1998, se limita a exponer los efectos de cosa juzgada de tal conciliación y la obligación que tiene el juez de ordenar que el acuerdo sea publicado. Por tratarse de una acción indemnizatoria, y por lo tanto versar sobre derechos susceptibles de disposición, el juez no debe hacer control alguno. En cuanto a la capacidad para conciliar del representante del grupo en nombre de los ausentes, se entiende que si la ley autoriza a que se demande en nombre de ellos, quien asume la condición de representante del grupo, tiene también la posibilidad de conciliar. En ARGENTINA ha dicho GIANNINI que la salvaguarda de la garantía del debido proceso "hace necesaria la existencia de mecanismos que aseguren que quien va a actuar gestionando y hasta disponiendo de intereses que no le pertenecen, lo haga apropiadamente". Y concluye que en Argentina el control de la representatividad adecuada debe ser llevado a cabo de oficio por los jueces aun sin regulación específica sobre el punto, por hallarse en juego la garantía de defensa de los afectados y la seriedad y eficiencia del servicio de justicia, postulando de lege ferenda la inmediata rectificación de la laguna normativa. (GIANNINI, L., "La representatividad adecuada en las pretensiones colectivas", *Procesos Colectivos*, cit., pp. 185-188).
- 42 En el primer sistema sólo es considerado en el proceso quien manifiesta en la oportunidad procesal oportuna su intención de quedar comprendido y, en el segundo, se presume que todos los individuos integrantes de una clase están involucrados, salvo que manifiesten su voluntad expresa de exclusión (Cf. VERBIC, *Procesos Colectivos*, cit., pp. 344-346).
- 43 Señala GIANNINI: "En los Estados Unidos, como es sabido, la vinculatoriedad de la decisión final del pleito se extiende a favor y en contra de los miembros de la clase, razón por la cual el legislador ha previsto determinadas herramientas tendientes a impedir que alguien se vea privado de sus derechos sin la concurrencia de su voluntad. Entre ellas, cabe recordar el sistema de notificación de los miembros ausentes del grupo, el derecho al opt out y, principalmente, el estudio de la representatividad adecuada como uno de los más trascendentes capítulos en la certificación de una class action". Pero aun en el sistema de Estados Unidos se admite la posibilidad de que decisiones pasadas en autoridad de cosa juzgada sean declaradas inoponibles para determinados miembros de la clase que la decisión original contemplaba, con fundamento en la ausencia del recaudo de la representación adecuada ("collateral attack on adequacy of representation"). (GIANNINI, "La representatividad", cit., pp. 185-188).
- 44 Cf. VERBIC, *Procesos Colectivos*, cit., p. 343.
- 45 VERBIC, *Procesos Colectivos*, cit., p. 352.
- 46 Sin perjuicio de ello, la solución aportada por el sistema estadounidense en el que el Juez debe analizar la justicia, proporcionalidad y razonabilidad con el rol propio de componedor del acuerdo ("common law" - "keeper of the king's conscience") parecería, al menos, prima facie, de difícil adaptación a los sistemas de la mayoría de los países de Sudamérica herederos del romanismo propio del "civil law".

- 47 XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión de Obligaciones, La Transacción y los procesos colectivos por daños a intereses individuales homogéneos, Argentina, 2011.
- 48 GIDI, A., "Código de Proceso Civil Colectivo. Un modelo para países de Derecho Civil" *Procesos Colectivos*, cit, p. 472.
- 49 Estas soluciones podrían incorporarse tanto en los marcos legales de procesos colectivos existentes como también, en forma más modesta, respectivamente a los Capítulos de Conciliación Previa y Modos Extraordinarios de Concluir el Proceso en los diferentes Códigos Procesales vigentes en los países relevados.
- 50 VERBIC señala que el principal problema que se plantea es determinar si tanto la acción como el derecho resultan disponibles para aquel sujeto que asumió la representación del grupo involucrado en el conflicto. Se pregunta: "¿Puede el legitimado extraordinario transigir con el demandado sobre el objeto de la pretensión y obligar con ese acuerdo a los miembros ausentes?". Responde: "El interrogante merecería una respuesta afirmativa por razones de principio en la medida que los derechos en disputa resulten de naturaleza disponible. No obstante, tal principio general requiere adaptaciones inherentes a las características del conflicto involucrado en el caso colectivo y a la particularidad que configura el fenómeno de la representación extraordinaria" (VERBIC, *Procesos Colectivos*, cit., pp. 351-352).
- 51 Los riesgos de acuerdos colectivos con amplia eficacia y escaso contralor explica como aún en algunos de aquellos países con mayor desarrollo y especificidad en la legislación sobre procesos colectivos como es el caso de Brasil (sin perjuicio de permitirse los pactos de cumplimiento o compromisos de ajuste de conducta), se encuentra todavía vedada la posibilidad de realizar actos dispositivos con respecto a los derechos en cuestión. En cambio, en países donde el Juez tiene un rol activo en el contralor de los diversos requisitos del acuerdo, como es el caso de Estados Unidos, se habilita este tipo de acuerdos. El tema está especialmente vinculado al rol del Juez en los procesos colectivos.
- 52 En su Código Modelo, GIDI en el art. 14 regula el "acuerdo adecuado": "El representante del grupo podrá llegar a acuerdos con la contraparte del grupo. Si los términos del acuerdo fueran adecuados para tutelar los derechos e intereses del grupo y de sus miembros, el juez los homologará a través de sentencia motivada y el acuerdo vinculará a todos (véase artículos 18 y 20.1). 14.1. El acuerdo deberá tutelar los intereses del grupo en su conjunto y podrá incluir aspectos ajenos al objeto del proceso. En el acuerdo se incluirá una multa diaria a la parte que no cumpla con sus términos (véase artículo 15.2). 14.2. Si el acuerdo fuese parcial, la acción colectiva continuará respecto de los aspectos restantes de la controversia colectiva (véase artículo 17). 14.3. El Ministerio Público y los intervinientes tendrán derecho a participar en todas las fases de la negociación del acuerdo colectivo. 14.4. Excepcionalmente, el acuerdo podrá establecer que el demandado indemnizará a los miembros del grupo a través de descuentos en la compra futura de piezas o productos de su fabricación. Los cupones de descuento deben, en lo posible, establecerse sin condiciones. Cualquier tipo de limitaciones deben encontrarse justificadas, ya que pueden obstaculizar el carácter adecuado de la propuesta del acuerdo. Siempre que sea posible, deberá ser concedida a los miembros del grupo la opción de recibir un valor en efectivo. A efectos del cálculo de los honorarios de los abogados, la ventaja obtenida para el grupo será

calculada sobre la base de su valor en efectivo, y no en consideración a la suma del valor nominal de los cupones (véase artículo 21.4). 14.5. Las partes presentarán al juez la propuesta del acuerdo. La solicitud de aprobación de la propuesta de acuerdo deberá describirlo de forma neutra y completa, alertando al juez respecto de los aspectos positivos y negativos de la propuesta, incluyendo los eventuales perjuicios para el grupo y los motivos por los cuales el acuerdo debe ser considerado adecuado a pesar de dichas imperfecciones. La inadecuación del acuerdo o del representante podrá derivarse de omisiones sustanciales en la solicitud de aprobación. 14.6. Si el juez considera la propuesta de acuerdo satisfactoria, deberá notificar ampliamente al grupo y a sus miembros los términos y condiciones de la propuesta y promoverá una audiencia pública de aprobación, donde el juez oír a los interesados (véase artículo 5o.). 14.7. La notificación de la propuesta de acuerdo deberá contener, entre otras, la siguiente información (véase artículo 5.4): 14.7.1. Una descripción neutra e imparcial de la propuesta de acuerdo, con información sobre los argumentos a favor y en contra para su aprobación; 14.7.2. El procedimiento y un plazo razonable para la impugnación de la propuesta; 14.7.3. La fecha y lugar de la audiencia pública de evaluación de la propuesta; 14.7.4. El valor líquido o la ventaja a ser recibida por cada miembro del grupo; 14.7.5. Instrucciones sobre cómo obtener más información sobre el acuerdo y el proceso; 14.7.6. Cualquier otra información relevante en el caso concreto. 14.8. Cualquier interesado podrá presentar, independientemente de contar con un abogado, sus razones a favor o en contra de la propuesta del acuerdo. El juez podrá atribuir a uno de los interesados o a una persona de su confianza la presentación de un documento único, con el resumen de todos los argumentos empleados. 14.9. Antes de promover la notificación amplia al grupo, el juez podrá promover una notificación limitada a los legitimados colectivos (véase artículo 2o.) más significativos y a los intervinientes que participaron más activamente en el proceso colectivo, exhortándolos a que se manifiesten sobre la propuesta del acuerdo (véase artículos 5.1 y 5.11). 14.10. El juez examinará cuidadosamente la propuesta de acuerdo, tomando en consideración factores como: 14.10.1. Los argumentos en favor y en contra de la propuesta de acuerdo; 14.10.2. Las cuestiones de hecho y de derecho contempladas en el litigio; 14.10.3. La probabilidad de procedencia o improcedencia de la pretensión colectiva; 14.10.4. Los riesgos presentes en el litigio; 14.10.5. La complejidad, el coste y la duración del proceso colectivo; 14.10.6. La suficiencia de las pruebas disponibles y la fundamentación jurídica de la pretensión del grupo en el momento de la realización del acuerdo y las probabilidades de que otras informaciones o pruebas puedan ser descubiertas durante el desarrollo del proceso; 14.10.7. La comparación entre una eventual sentencia estimatoria de la pretensión colectiva y la propuesta del acuerdo (GIDI, "Código de Proceso Civil Colectivo", cit., p. 471).

53 Como señala VERBIC, enfrentamos la dificultad de compatibilizar la necesaria extensión de los efectos de la cosa juzgada con el principio de contradicción y el debido proceso legal (VERBIC, *Procesos colectivos*, cit., pp. 252 y 253).

54 GIDI, A., *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil – Un modelo para países de derecho civil*, México, 2004, pp. 98-99.

- 55 Como se expresa en la Exposición de Motivos del Código Modelo de Procesos Colectivos, este contiene soluciones que se apartan tanto del modelo americano como del brasileño: "Evidentemente, se analizaron la sistemática norteamericana de las *class actions* y la brasileña de las acciones colectivas, pero la propuesta ahora presentada se aparta en diversos puntos de los dos modelos, para crear un sistema original, adecuado a la realidad existente en los diversos países iberoamericanos". Se agrega que el Código "sin desprestigiar las experiencias de la tutela jurisdiccional de los derechos e intereses transindividuales de diversos países, crea un modelo original, adherente a las reglas preexistentes en los ordenamientos iberoamericanos, que perfecciona y complementa. De ese modo, acaba perdiendo cualquier característica nacional y se constituye en un verdadero sistema iberoamericano de procesos colectivos, armonioso y completo, que podrá ser tomado como modelo por los países de nuestra comunidad, empeñados en la transformación de un proceso individualista en un proceso social".
- 56 Dice el art. 194 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica: "(Efectos de la cosa juzgada en procesos promovidos en representación de intereses difusos). La sentencia dictada en procesos promovidos en defensa de intereses difusos (artículo 53) tendrá eficacia "erga omnes" salvo si fuere absolutoria por ausencia de pruebas, en cuyo caso podrá volver a plantearse la cuestión en otro proceso, por otro legitimado".
- 57 Artículo 33: En los procesos colectivos de que trata este Código, la sentencia hará cosa juzgada erga omnes, excepto cuando la pretensión fuere rechazada por falta de pruebas, caso en el cual cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento si se valiere de nueva prueba. Pár. 1º Asimismo en la hipótesis de rechazo basado en las pruebas producidas, cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento en el plazo de 2 años contados desde el conocimiento de la nueva prueba superviniente, que no hubiera podido ser producida en el proceso, siempre que ella sea idónea, por si sola para modificar el resultado del proceso. Pár. 2º Tratándose de intereses o derechos individuales homogéneos, en caso de rechazo de la pretensión, los interesados podrán deducir acción de indemnización a título individual. Pár. 3º Los efectos de la cosa juzgada en los procesos de tutela de intereses o derechos difusos, no perjudicaran las acciones de indemnización por daños personalmente sufridos, propuestas individualmente o en la forma prevista en este Código, pero si hubiera sido declarado procedente el pedido, tales efectos beneficiarán a las víctimas quienes podrán solicitar la liquidación y ejecución en los términos de los artículos 22 a 24. Pár. 4º Lo dispuesto en el párrafo anterior es aplicable a la sentencia penal condenatoria. Pár. 5º La competencia territorial del órgano juzgador no implicará una limitación para la cosa juzgada erga omnes." El art. 34 dispone: "En las relaciones jurídicas continuadas, si sobreviniere modificación en el estado de hecho o de derecho, la parte podrá pedir la revisión de lo que fue decidido por sentencia". Al preverse las acciones contra un grupo, categoría o clase, se regula en el art. 36 la cosa juzgada pasiva en relación a intereses o derechos difusos: "Cuando se trate de intereses o derechos difusos, la cosa juzgada tendrá eficacia erga omnes y vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase". Por su parte, el art. 5º, Par. 4o, al regular la tutela anticipada, dispone: "Si no hubiere controversia en cuanto a la parte anticipada en la decisión liminar, después de la oportunidad de contradictorio ésta se tornará definitiva y hará cosa juzgada, y pro-

- seguirá el proceso, si fuere el caso, para el juzgamiento de los demás puntos o cuestiones comprendidas en la demanda”.
- 58 Dice el art. 37 al regular la cosa juzgada pasiva en relación a intereses o derechos individuales homogéneos. “Cuando se trate de intereses o derechos individuales homogéneos, la cosa juzgada tendrá eficacia erga omnes en el plano colectivo, pero la sentencia que acoja la demanda, no vinculará a los miembros del grupo, categoría o clase, que podrán plantear pretensiones o defensas propias en el proceso de ejecución para dejar sin efecto la eficacia de la decisión en su esfera jurídica individual. Parágrafo único – Cuando la pretensión colectiva fuere promovida contra un sindicato, como sustituto procesal de la categoría, la cosa juzgada tendrá eficacia erga omnes y vinculará individualmente a todos los miembros, aún en el caso de procedencia del pedido”;
- 59 CANADÁ podría incluirse también en este grupo en algunos de sus aspectos.
- 61 En consecuencia, en el primer caso la eficacia de la sentencia sería “erga omnes” y en el segundo “ultra partes”. Relativizando el valor de tales diferenciaciones, el relator brasileño sigue a LIEBMAN (y a otros autores) y precisa que tanto en uno como en otro caso la inmutabilidad de la sentencia se impone a la colectividad por la falta de legitimación de sus miembros para discutir o hacer algo en contra de esa decisión. El relator nacional califica la diferenciación entre el efecto “ultra partes” y “erga omnes” como una “artificialidad sin ningún valor” (traducción libre del relator general).
- 62 El relator brasileño critica esta solución y explica que si bien podría llegar a aplicarse en materia de intereses individuales homogéneos resulta absurda su aplicación a los casos de intereses o derechos colectivos y difusos. Asimismo informó que, a pesar de que el Supremo Tribunal Federal rechazó una demanda de inconstitucionalidad del precepto aludido, la doctrina se ha manifestado en contra del mismo por considerarlo violatorio de diversas normas y principios constitucionales corolarios de la regla del debido proceso legal. La jurisprudencia ha acatado la aplicación de la mencionada solución legal y ha manifestado en algunas oportunidades que para extender por fuera de la jurisdicción del tribunal la eficacia de la cosa juzgada debería iniciarse el proceso en la Capital del Estado o en el Distrito Federal y, en otros casos, que la dimensión regional o nacional depende de la revisión de la decisión colectiva por un tribunal con competencia regional o nacional.
- 63 GIDI, A., *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*, San Pablo, 2007, pp. 271 y ss.
- 64 Explica GIDI que sea la sentencia favorable o adversa a los intereses del grupo (“wether favorable or adverse”), ella estará revestida por el manto de la inmutabilidad en relación a los derechos individuales y colectivos de todos los miembros ausentes del grupo. Comenta que no es un hecho nuevo, que una persona se vea vinculada jurídicamente por los hechos de su representante; lo novedoso de este sistema es que el representante puede entablar la acción sin haber conseguido antes la anuencia de sus representados y muchas veces sin siquiera el conocimiento del reclamo por parte de aquellos a quienes representa (GIDI, *A class action*, cit., p. 272).
- 65 Dispone el apartado (a) de la Rule 23: “(a) Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (1) the class is so numerous that joinder

- of all members is impracticable; (2) there are questions of law or fact common to the class; (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class”.
- 66 Dispone el apartado (b) de la Rule 23: “(b) Types of Class Actions. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of: (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests; (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole; or (3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include: (A) the class members’ interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and (D) the likely difficulties in managing a class action”.
- 67 GIDI explica incluso que ante la dificultad de encontrar una denominación única para cada categoría, la mayoría de los operadores jurídicos ha preferido identificarlas según se trate de la prevista en el numeral (1), (2) o (3) del literal (b) de la Rule 23. (GIDI, *A class action*, cit., pp. 140-141).
- 68 GIDI, *A class action*, cit., p. 141.
- 69 Enseña GIDI que en general las class actions del tipo (b)(2) no son aplicables a los casos en que la pretensión principal tiene naturaleza indemnizatoria (“damages or monetary relief”) (GIDI, *A class action*, cit., p. 156).
- 70 GIDI, *A class action*, cit., p. 272.
- 71 Explica GIDI que tales garantías así como el efecto erga omnes de la cosa juzgada representaron la gran innovación de la modificación de la Rule 23 de 1938 por la versión de 1966, puesto que con anterioridad a la reforma este tipo de class actions (b)(3) eran más bien consideradas como un mero mecanismo permisivo de litisconsorcio en el que los miembros debían estar presentes en juicio para ser afectados por la sentencia (GIDI, *A class action*, cit., p. 162).
- 72 Dispone la Rule 23 (c)(2)(B): “*For (b)(3) Classes*. For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language: (i) the nature of the action; (ii) the definition of the class certified; (iii) the class claims, issues, or defenses; (iv) that a class member may enter an appearance through an attorney if the member

so desires; (v) that the court will exclude from the class any member who requests exclusion; (vi) the time and manner for requesting exclusion; and (vii) the binding effect of a class judgment on members under Rule 23(c)(3)".

73 GIDI, *A class action*, cit., p. 299.

74 Art. 54 de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 modificada por la Ley N° 26.361.

75 Art. 33 de la Ley N° 25.675.

76 La relatora canadiense señala que se admite la certificación o admisión de un proceso como de clase cuando se reúnan determinadas condiciones: la solicitud o anuncio de solicitud exponga un fundamento para el ejercicio de la acción; exista una clase identificable de dos o más personas que actúen representadas por intermedio de un representante de la parte actora o de la parte demandada; los reclamos o defensas de los miembros del grupo o clase tengan un interés común; el proceso colectivo sea el más adecuado para la resolución de estos asuntos comunes; exista de un representante de los demandantes o demandados que represente -de manera imparcial y adecuada- los intereses del grupo, que haya establecido un plan para el proceso que prevea un método viable a fin de llevarlo adelante en nombre de la clase, y de modo de poder notificar a los miembros de la clase del proceso; y que este representante no tenga en las cuestiones comunes a la clase, intereses contrarios a los de los demás miembros de la clase. Da cuenta WALKER de que en Canadá se fue más allá de lo previsto en la legislación estadounidense, ya que se previó que no es impedimento para certificar el reclamo como un proceso colectivo: a) que la demanda incluya un reclamo por daños que requiera un análisis individual luego de la determinación de las cuestiones comunes; b) que la demanda refiera a contratos separados que involucran a distintos miembros de la clase; c) que se soliciten distintas soluciones para diferentes miembros de la clase; d) que se desconozca la cantidad o identidad de los miembros de la clase; e) que la clase incluya una subclase cuyos miembros tengan reclamos o defensas basados en cuestiones o intereses comunes, que no sean compartidos por todos los miembros de la clase (traducción libre del relator general).

77 Otro problema que se plantea es la posibilidad de acuerdos parciales que involucren sólo algunas de las partes o reclamos, cuando las causas son comunes a más de un demandado (por ejemplo, cuando existen diversos fabricantes de un producto que ha resultado defectuoso, o diversas partes involucradas en la producción y distribución del producto). El abogado de la clase podrá llegar a acuerdos con los demandados en distintos momentos, y pueden querer solicitar la aprobación de un acuerdo respecto de algunos pero no todos los demandados. Los demandados que lleguen a un acuerdo querrán un fallo que los proteja de estar involucrados en el futuro en la demanda, ya sea porque se afirme su responsabilidad por parte de los demandantes, o de los otros demandados. Las resoluciones al respecto ("bar orders") establecen un balance entre los derechos de los demandados que hayan llegado a un acuerdo y las otras partes del proceso. Su uso y operatividad han sido debatidos, pero actualmente son aceptados en procesos colectivos en Canadá.

78 La cosa juzgada en las acciones populares ha tenido norma específica desde 1931, en el denominado Código Judicial. En el artículo 476 de dicha codificación se estipulaba que los fallos proferidos en los procesos

- de acción popular, harán tránsito a cosa juzgada *erga omnes*. La norma se incorporó en el Código de Procedimiento Civil de 1970, en el artículo 332, en los mismos términos. Finalmente la ley 472, en su artículo 35, también estableció esta modalidad de cosa juzgada, aunque utilizando la expresión: "La sentencia tendrá efecto de cosa juzgada respecto de las partes y el público en general".
- 79 El relator colombiano expuso que la Corte Constitucional advirtió que los efectos de la cosa juzgada *erga omnes* de la sentencia no serían absolutos sino más bien relativos en caso de sucumbencia de la parte actora por falta de pruebas. Explica el relator la posición de la Corte: "No obstante, siguiendo la experiencia brasilera, y lo determinado por el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, la Corte Constitucional al resolver una demanda de inconstitucionalidad del artículo 35 de la ley 472 de 1998, estableció que los efectos *erga omnes* no eran absolutos, sino relativos; advirtiendo que si las pretensiones de una acción popular no prosperan por insuficiencia de pruebas, las mismas podrían volver a ser propuestas, si otro actor popular aporta nuevas pruebas".
- 80 En BOLIVIA, según trasmite el relator nacional, no existe regulación respecto a la cosa juzgada en procesos colectivos. El relator nacional de ECUADOR informó que no existe previsión específica sobre la cosa juzgada en las acciones de clase y marcó como principal foco de atención la situación de todos aquellos que no pudieron participar de la formación de la sentencia, pero igualmente integran la clase o grupo involucrado en la pretensión. En GUATEMALA, el relator nacional explica que en la especial coyuntura de ese país, el proceso de amparo y el control de inconstitucionalidad de la Ley, cumplen un importante papel para la defensa de los principales "intereses colectivos" (medio ambiente, educación y salud, todas prestaciones que tendrían por principal obligado al Estado), aunque son insuficientes. Señala además que la "*res inter alios iudicata*" o principio de relatividad de la sentencia, resulta a todas luces insuficiente para la cobertura de estos derechos de índole social. En PARAGUAY, con similar carencia legislativa, el relator nacional valoró muy positivamente la incorporación de la Acción Autónoma de Nulidad al Código Procesal Civil (art. 409), por cuanto significó una importante flexibilización de los límites de la cosa juzgada tradicional en los procesos individuales, especialmente en protección de todos aquellos que no tuvieron oportunidad de participar en el proceso. VENEZUELA presenta un interesante caso. Careciendo de previsiones legales respecto de la cosa juzgada en los procesos colectivos, la regulación proviene de fuente jurisprudencial emanada de la Sala Constitucional ha sostenido el carácter *erga omnes* de los fallos que resuelven cuestiones de derechos colectivos e intereses difusos, tanto beneficien como perjudiquen a la colectividad o al sector sobre el que desplieguen sus efectos. En sentencia de fecha 30 de junio de 2000, el efecto *erga omnes* se formula de manera genérica, más allá de cuál sea el contenido de la sentencia y sin entrar tampoco a considerar la situación de los miembros que se excluyan expresamente del proceso (en Venezuela hay imperatividad jurisprudencial debido al carácter vinculante de las decisiones de la Sala Constitucional). Agrega el relator venezolano: "En cuanto a la repetición de la demanda no se contemplan las diversas hipótesis que pueden surgir, por ejemplo, si fue desestimada por insuficiencia de pruebas, o si otros actores colectivos pueden proponer nuevas acciones sobre los mismos hechos.

Es más, de acuerdo al criterio de efectividad erga omnes fijado, sea perjudicado o beneficiado, le afecta dicha decisión y no podrá interponer nueva demanda. Es decir, no se toma en cuenta el criterio de cosa juzgada *secundum eventum litis*". Y comenta: "Véase en la sentencia señalada que para presentar nueva demanda es necesario la aparición de hechos nuevos que impliquen nuevas amenazas o nuevas lesiones, ya que bajo estos supuestos no existiría identidad de la causa. Es decir que da pie a pensar que se está en presencia de una extraña e insólita concepción de la cosa juzgada *secundum eventum facti*, pues los hechos deberán modificarse o sufrir modificaciones para volver a proponerse, lo que sin lugar a dudas, daría aparición de un nuevo proceso". Agrega. "Tampoco expresa con claridad lo relativo acerca de sentencias condicionales y de futuro". El relator nacional critica duramente la solución jurisprudencial, calificándola como "innegablemente deficiente" y reclama una futura modificación legal al respecto.

81 El Código Modelo de Procesos Colectivos, prevé en su art. 18 el recurso de apelación que, de regla, no impide la ejecución de la sentencia: "La apelación de la sentencia definitiva tendrá efecto meramente devolutivo, salvo cuando la fundamentación fuere relevante y pudiere resultar para la parte una lesión grave y de difícil reparación, caso en el cual el juez podrá atribuir al recurso efecto suspensivo". El art. 34 dispone: "En las relaciones jurídicas continuadas, si sobreviniere modificación en el estado de hecho o de derecho, la parte podrá pedir la revisión de lo que fue decidido por sentencia".

82 GIDI, *A class action*, cit., pp. 280 y 281.

83 Apunta GIDI que muchas veces el principal interesado en subsanar cualquier defecto en la representación es la propia parte contraria, y que en ocasiones impugna para lograr del Juez un análisis más profundo del punto y una expresa decisión en autos que evite futuras impugnaciones (GIDI, *A class action*, cit., pp. 280 y 281).

84 En BOLIVIA, el Código de Procedimiento Civil postula la revisión extraordinaria de sentencias ejecutoriadas en proceso ordinario mediante el recurso extraordinario de revisión, con causales específicas fundadas principalmente en hipótesis de fraude, dolo o colusión, o aparición posterior de pruebas decisivas. Como resultado de este recurso el Tribunal Supremo debe dictar una nueva sentencia si el recurso es resuelto de manera favorable al recurrente. En ECUADOR se menciona el recurso extraordinario de casación que a juicio del relator nacional deviene claramente aplicable también en los procesos colectivos o las acciones de clase. También se permite acudir a la Corte Constitucional únicamente cuando se trata de impugnar un fallo ejecutoriado o que causó estado, en el que existan violaciones a las garantías constitucionales. En PARAGUAY se menciona la "acción autónoma de nulidad" que podría trasladarse a una futura legislación eficiente en materia de cosa juzgada de procesos colectivos. En PERÚ existen dos mecanismos para atacar la inmutabilidad de la sentencia: la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta y el amparo contra resoluciones judiciales. La primera vía regulada en el Código Procesal Civil persigue la impugnación de la sentencia por motivos como ser el fraude, la colusión, o la violación grave del debido proceso, pudiendo la demanda respectiva ser interpuesta por la parte o el tercero afectado. Por otra parte, el artículo 4º del Código Procesal Constitucional permite atacar mediante amparo una sentencia definitiva que haya sido dictada en manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el acceso a la justicia y el debido proceso.

- En URUGUAY, los dos recursos extraordinarios que prevé la legislación uruguaya son el de casación y el de revisión. Ambos se deciden por la Suprema Corte de Justicia. La casación refiere a la impugnación de la sentencia por haberse padecido error en la aplicación de la norma de derecho, procesal o sustancial (“in procedendo” o “in iudicando” o en las reglas que hacen a la admisión o valoración de la prueba), mientras que la revisión procede por causales estrictas como ser el dolo, la colusión, el fraude, la existencia de fallos contradictorios o la aparición de nuevas y trascendentes pruebas antes desconocidas, etc.
- 85 La particular situación que se plantea en Argentina a la hora de liquidar una sentencia de condena, es descrita por GOZAINI: “...la aprobación de la liquidación judicial, como pórtico de entrada a la ejecución de sentencias, tiene más sinuosidades que la puerta que se abre al laberinto. De hecho, si no hay liquidación no hay ejecución, y esto es fatal para la rápida ejecución de lo conseguido en los estrados” (GOZAINI, O., *Protección procesal del usuario y consumidor*, Santa Fe, 2005, pág. 477).
- 86 COUTURE, E., “Las garantías constitucionales en el proceso civil”, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1948, p. 89.
- 87 Al respecto señalan DE HEGEDUS y ROMERO: “La tutela judicial efectiva de los derechos declarados en las sentencias requiere de los órganos jurisdiccionales que éstas no configuren pronunciamientos sin efectividad o tardíos. Por ello la ejecución en tiempo razonable integra la noción de debido proceso y el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva. Existe plena coincidencia en todos los ámbitos, que el acceso a la Justicia no se concreta meramente con obtener una declaración que indique que asiste razón al justiciable. De nada sirve una resolución favorable si no puede obtenerse su efectiva realización. Sin ejecución, el derecho aparece sólo en eso, en su declaración. Y por ello el proceso ha de proporcionar una tutela efectiva al litigante victorioso para lograr la plena satisfacción jurídica. El proceso de conocimiento donde se declara el derecho y el proceso de ejecución donde se satisface ese derecho deben ser vistos como dos lados de la misma moneda” (DE HEGEDUS, M. y ROMERO A., “La Ejecución Civil”, *Derecho Procesal Contemporáneo*, con TAVOLARI, R., Tomo I, Santiago de Chile, 2010, p. 518).
- 88 ORTELLS, M., “El Proceso de Ejecución en la ley de Enjuiciamiento Civil Española de 2000 y en el Código Modelo. ¿Qué deberíamos modificar?”, *Modernización de la Justicia Civil*, con PEREIRA CAMPOS, S., Montevideo, 2011, pp. 885 y ss.
- 89 Cf. VERBIC, *Procesos Colectivos*, cit., p. 360.
- 90 Las principales normas del Código Modelo a considerar respecto de la liquidación y la ejecución de la sentencia son los arts. 3, 6, 7, 8, 14, 18, 19 y 22 a 28.
- 91 La creación de un Fondo de los Derechos del Grupo, también es prevista por GIDI en su Código de Proceso Civil Colectivo (art. 24) en el cual establece que cuando recaiga una condena monetaria en, las denominadas “pretensiones indemnizatorias transindividuales del grupo”, la indemnización por el daño causado al grupo revertirá este fondo. Al igual que el Código Modelo, prevé su administración por una comisión tripartita (Ministerio Público, Jueces e integrantes de la comunidad). En cuanto a los destinos de los recursos del Fondo, se dispone que será el restablecimiento o reparación de los daños causados al grupo y en caso de que ello no sea posible, los recursos deberán ser utilizados en forma discrecional, creativa y flexible, relacionados con la naturaleza de la

- infracción o daño causado, inclusive a través del financiamiento y de la fiscalización de otras acciones colectivas y de proyectos científicos de investigación, informativos y educacionales.
- 92 Dicen los relatores argentinos: "...el art. 54 de la ley de defensa del consumidor 24.240 con su última modificación por la ley 26.361, dispone: "La sentencia que haga lugar a la pretensión hará cosa juzgada para el demandado y para todos los consumidores o usuarios que se encuentren en similares condiciones, excepto de aquellos que manifiesten su voluntad en contrario previo a la sentencia en los términos y condiciones que el magistrado disponga. Si la cuestión tuviese contenido patrimonial establecerá las pautas para la reparación económica o el procedimiento para su determinación sobre la base del principio de reparación integral. Si se trata de la restitución de sumas de dinero se hará por los mismos medios que fueron percibidas; de no ser ello posible, mediante sistemas que permitan que los afectados puedan acceder a la reparación y, si no pudieran ser individualizados, el juez fijará la manera en que el resarcimiento sea instrumentado, en la forma que más beneficie al grupo afectado. Si se trata de daños diferenciados para cada consumidor o usuario, de ser factible se establecerán grupos o clases de cada uno de ellos y, por vía incidental, podrán éstos estimar y demandar la indemnización particular que les corresponda".
- 93 GOZAÍNI cita el caso de jurisprudencia "Defensor del Pueblo de la Nación c/PEN" al que califica como paradigma del pronunciamiento con alcances hacia el colectivo (ahorristas e inversores) afectados por las medidas económicas dictadas por el Estado que impidieron el retiro de fondos propios acreditados en bancos y entidades financieras. En este caso, se dispuso la concurrencia de cada uno de quienes se considere afectado para requerir en su favor la aplicación del precedente dictado, y con ello, poder ejecutar ante su banco el reintegro de las sumas de dinero concernidas (GOZAÍNI, *Protección*, cit., pp. 479 y 480).
- 94 Ley 7347/85, art. 15.
- 95 Indica el relator brasileño que el funcionamiento del fondo es muy criticado, tanto por la escasez de recursos como por la falta de orientación o criterio para la aplicación del dinero, permaneciendo, en muchos casos, sin protección los derechos lesionados.
- 96 Como forma de indemnizar a los reclamantes, se le confiere descuentos por la compra de bienes y servicios que comercializa el demandado.
- 97 Indica también que han existido debates sobre la propiedad de indemnizaciones "cy-près" y la identificación de beneficiarios.
- 98 Artículo 34 de la Ley 472 de 1998. Para la liquidación remite al régimen previsto por el Código de Procedimiento Civil (la concreción del monto de la condena se hace mediante un incidente, reglamentado por el artículo 307 de la misma codificación).
- 99 El relator colombiano cita un interesante caso de jurisprudencia, en el que se condenó al Ministerio de Defensa a indemnizar a los habitantes de un municipio por el desplazamiento forzado del que habían sido objeto por acción de un grupo ilegal. La falta de identidad concreta de las personas beneficiadas por el fallo determinó que el Consejo de Estado resolviera que sería el Fondo el encargado de determinar exactamente a los integrantes de ese grupo de personas que habían sido desplazadas, trasladándose de este modo al órgano administrativo actividad probatoria.
- 100 Rige en Chile un sistema de publicación de la sentencia condenatoria en los diarios que el Juez actuante determine (por lo menos dos publi-

- caciones en oportunidades diferentes, con un intervalo de entre tres y cinco días). Informan los relatores chilenos que, en caso de tratarse de pequeños grupos, el magistrado puede establecer un sistema diferente e igualmente fehaciente de notificación a todos los integrantes y que los requisitos del contenido del edicto respectivo también están previstos en el artículo 54 A de la Ley.
- 101 Como una solución propia de las circunstancias de Chile ante las dificultades sísmicas, explican los relatores nacionales que por Ley 20.443 de 2010, se adaptó el proceso de las demandas colectivas a los juicios por daños y perjuicios en la calidad de las construcciones. Dada la especial naturaleza de esta pretensión, al procedimiento general previsto por la Ley 19.496, se agregan las siguientes particularidades: a) el número de afectados no puede ser inferior a 6 propietarios; b) cabe la extensión a la solicitud de daños como ser lucro cesante y daño moral c) la sentencia afecta a todos los sujetos de una misma clase "del mismo interés colectivo".
- 102 Señalan los relatores chilenos: "Si a juicio del tribunal el pago de estos montos globales produce en el demandado un detrimento patrimonial significativo, de modo que pueda estimarse que quedará próximo a la insolvencia, el juez podrá establecer un programa mensual de pago de indemnizaciones completas para cada demandante o bien determinar una forma de cumplimiento alternativo del pago, pudiendo exigir alguna forma de fianza u otra caución si la situación económica del demandado así lo permite."
- 103 GIDI, *A class action*, cit., p. 362.
- 104 GIDI, *A class action*, cit., p. 468.
- 105 Señala GIDI que para los casos de las acciones en que se pretende la condena a una prestación de hacer ("injunctions") o declaratorias, no se prevé la generación de un fondo común en dinero del que puedan ser retirados gastos del proceso y honorarios de abogados (GIDI, *A class action*, cit., p. 373).
- 106 VERBIC, *Procesos Colectivos*, cit., pp. 361-262.
- 107 GIDI, *A class action*, cit., p. 470.
- 108 En BOLIVIA son de aplicación de las normas generales sobre ejecución del Código de Procedimiento Civil pese a que no condicen con la liquidación y ejecución de sentencia que postula el Código Modelo de Procesos Colectivos. En ECUADOR ocurre lo mismo. En GUATEMALA se advierte que no se ha logrado la regulación de procesos colectivos/class actions ni de manera ordinaria, ni constitucional. En PARAGUAY no existe regulación de esta clase de procedimientos y el relator nacional describe el régimen general vigente, que admite el dictado de una sentencia ilíquida en procesos individuales, que puede ser liquidada en otro proceso, y posteriormente la ejecución de la misma. En URUGUAY se aplica el régimen general. Se cuestiona el relator uruguayo si es posible determinar el responsable al pago de la indemnización, en forma genérica, por categorías de damnificados y luego establecer por vía incidental liquidatoria, el quantum de los daños y la calidad de damnificado beneficiado por la condena (el ordenamiento uruguayo no prevé un régimen tarifado o forfaitaire de compensación y por ende, ésta debe cuantificarse caso a caso). Si bien comparte la doctrina uruguaya que, a falta de norma expresa, propone para tal hipótesis la tramitación de un nuevo proceso ordinario, estima que pueden existir casos en que la concepción del objeto del primer litigio y de la condena, tornen viable la determinación por vía incidental de la liquidación de la

condena. En VENEZUELA se señala que la sentencia de mérito puede imponer órdenes de hacer, no hacer o indemnizar a la colectividad o a grupos dentro de ella, en la forma que ordene el juez, con señalamiento de cuáles instituciones sociales o públicas, o cuáles personas serán acreedores de la indemnización. Agrega que, no obstante ello, en la práctica, debido a que la Sala Constitucional resuelve los procesos colectivos o difusos, se ha impedido que asociaciones del interior o grupos de lesionados en sus derechos colectivos intenten procesos colectivos, por lo cual no existen decisiones de cómo debe liquidarse la sentencia. Destaca que la Sala Constitucional no ha establecido cuál es el órgano competente para la liquidación así como tampoco la forma de liquidar la sentencia ni en forma individual ni colectiva. Recordemos que VENEZUELA tiene la peculiaridad de que si bien no existe regulación legal detallada sobre sentencias colectivas, por vía jurisprudencial, la Sala Constitucional provisionalmente ha fijado los procedimientos mediante los cuales se pueden tutelar intereses colectivos y difusos.

- 109 En cuanto a la finalidad que persiguen estos fondos, GOZÁINI señala que es diversa, por cuanto pueden servir para pagar la recompensa al sujeto que llevó adelante la acción colectiva, para compensar los gastos de quienes no pueden acudir a la justicia por escasez de recursos, y también para que de allí salgan las sumas necesarias para resarcir a los interesados que se presentaron acreditando ser parte del grupo beneficiado con la sentencia. La creación de los fondos en definitiva busca la obtención de una base de dinero para ir solventando la deducción de acciones colectivas, permitiendo el acceso de todos los damnificados al sistema, independientemente de sus recursos, así como la financiación de investigaciones y programas educacionales tendientes a evitar la reiteración de la conducta ilícita causante del daño (GOZÁINI, *Protección Procesal*, cit., p. 613).
- 110 En Argentina, DE LOS SANTOS señala que la ejecución forzada de la sentencia colectiva es uno de los temas esenciales a tener en cuenta para la adecuada regulación de este tipo de procesos. El juez debe recurrir a la medida conminatoria más adecuada para obtener el cumplimiento "in natura" de la condena, el que debe preferirse a su reemplazo por una indemnización y sin perjuicio de corresponder esta última a favor de los individualmente afectados. Obviamente no se trata de las clásicas "astreintes" sino de la facultad del tribunal de disponer medidas eficaces (que representen un mal mayor que la condena pecuniaria o que persistir en la actitud contumaz) para obtener la prestación "in natura" de la condena o la ejecución del mandato incumplido "a costa del demandado". A esos fines los jueces deben hacer pleno uso de las potestades judiciales inherentes a la "executio" como elemento de la jurisdicción. Algunos precedentes jurisprudenciales dan cuenta de las serias dificultades que ocasiona la ejecución de las condenas en materia de recomposición del medio ambiente dañado y que evidencian la necesidad de un mayor rigor en la ejecución forzada de los mandatos judiciales. Más aún, sería conveniente prever la posibilidad de modificar en la etapa de ejecución el modo de "recomposición" del medio ambiente, para adecuar la condena a las dificultades prácticas que plantee su concreción (DE LOS SANTOS, "Algunas pautas", cit.).
- 111 Señala LORENZETTI que es inevitable un lapso prolongado en la ejecución, porque se trata de modificar situaciones que involucran instituciones, conductas, reglas, culturas, y su concreción lleva mucho tiempo. Existen procesos de cinco años y otros de veinte con numerosos pasos intermedios (LORENZETTI, *Justicia Colectiva*, cit., p. 185).

- 112 El tiempo es un factor de extraordinaria importancia para el tribunal y puede acarrear serios problemas. A medida que pasa el tiempo, se identifica la decisión judicial con la gestión administrativa, y los límites se vuelven difusos, con perjuicio para la división de poderes y la imagen del servicio de justicia. Puede ocurrir incluso que los problemas de gestión, que son propios del Poder Ejecutivo, terminen siendo imputados al tribunal. Señala LORENZETTI: "Los jueces no están en condiciones de gestionar, porque no tienen el tiempo ni poseen la información, recursos ni medios, y esto puede derivar en decisiones equivocadas. Cuando se interviene en un conflicto suele incrementarse la expectativa social de que se lo haga en todos los demás, lo cual es imposible. Puede ser factible llevar adelante un proceso colectivo, pero luego de unos meses, cuando se suman varios, la infraestructura del tribunal se satura. El funcionamiento propio de los tribunales colegiados puede agravar la cuestión, ya que podrían cambiar los jueces que lo integran o sus ideas, y consecuentemente las mayorías, volviéndose auto-contradictorio. Por estas razones es aconsejable que el tribunal tenga la sabiduría de poner un límite al proceso y dejar que los otros poderes cumplan su rol" (LORENZETTI, *Justicia Colectiva*, cit., pp. 185-186).
- 113 Señala LORENZETTI: "El juez debe respetar los límites constitucionales de la división de funciones entre los distintos poderes y no puede avanzar más allá de afirmar la garantía de los derechos a través de mandatos orientados a un resultado. Ello significa que la sentencia puede contener una formulación que diga: "hay que limpiar el río" y ordena presentar un plan; "hay que terminar con la emisión de gases contaminantes de los automotores" y ordena que se dispongan medidas. No dice cuál es el contenido del plan ni cuáles son las medidas, lo que está en el campo de la reserva de la Administración. Los jueces que han pasado esta frontera lo han hecho porque estaban convencidos de que la Administración no iba a cumplir lo ordenado. Pero si el problema consiste en controlar, el tribunal puede hacerlo sin necesidad de entrometerse en los detalles, ordenando la presentación de informes periódicos. La otra razón invocada es que no hay seguridad alguna de que la Administración esté en condiciones de aplicar las medidas correctas. Tampoco existen garantías de que los jueces estén en mejores condiciones que la Administración para desempeñar estas tareas, no sólo porque – como dijimos – carecen de medios, sino porque también pueden haber opiniones muy distintas dentro del ámbito de autonomía judicial" (LORENZETTI, *Justicia Colectiva*, cit., p. 186).
- 114 Para solucionar el problema de las garantías de implementación, puede diseñarse una "microinstitucionalidad", como lo propone LORENZETTI quien pone el ejemplo de la sentencia dictada por la Corte Suprema argentina en el caso del "Riachuelo", donde se fijaron objetivos, se describieron etapas según las distintas fuentes de contaminación y los plazos para cumplir. Se designó a un encargado responsable de llevar adelante la ejecución del plan, que es un sector de la Administración. También se designaron encargados del control de cumplimiento que eran organizaciones no gubernamentales que participaron del proceso y un control de la transparencia financiera del plan, que es un ente público de auditoría. Señala el autor: "De este modo se creó una institución dedicada al cumplimiento del objetivo que actúa de modo autónomo, aunque bajo la supervisión lejana del tribunal. Este mecanismo permite que los diversos centros de interés interactúen de modo rápido, flexible, dinámico. Se incrementa la cantidad de información

- disponible al ser aportada por diversos grupos, se mejoran los procesos de toma de decisiones al existir un proceso de debate previo y se aumenta el control social sobre el ritmo de la ejecución y su sentido” (LORENZETTI, *Justicia Colectiva*, cit., pp. 186-187).
- 115 En muchos casos es necesario evaluar si el Juez puede hacer uso de facultades de superintendencia y otras medidas como las delegación de la ejecución en terceros porque una o más etapas exceden las posibilidades del tribunal, o la división de la ejecución por etapas cuando el objeto del litigio es demasiado amplio y la sentencia es comprensiva de situaciones diversas y la aplicación de sanciones al funcionario público cuando se delega en la Administración la ejecución de un determinado mandato (Cf. LORENZETTI, *Justicia Colectiva*, cit., pp. 187-188).
- 116 Así, en algunos casos se ha señalado que no hay una sola sentencia sino varias, que configuran un proceso adaptativo de aproximación a la solución definitiva. LORENZETTI pone el siguiente ejemplo: se condena a la ejecución de un plan para limpiar un río, pero luego se deben dictar varias decisiones sobre aspectos concretos del plan y su implementación hasta que se logra una definición razonable (sentencia “Mendoza”, CSJN argentina) o se ordena terminar con la discriminación en las escuelas, pero luego es necesario dictar otras sentencias aclaratorias y ejecutorias (caso “Brown” y siguientes de la SC de Estados Unidos). La sentencia declarativa es la que refiere al conflicto inicial conforme surge de la relación jurídico-procesal, y suele provocar una “ruptura”, un “cambio de concepción” (declarar que no debe haber más discriminación en las escuelas, que se debe terminar con la contaminación del aire en Nueva Delhi o que se debe limpiar un río es un cambio respecto de una situación preexistente y consolidada). Es característico de estas sentencias una declaración de principios y una condena general, que producen un alto impacto mediático y social, dada la importancia del bien afectado (cuando no es indemnizatoria o no es solo indemnizatoria, la sentencia puede contener exhortaciones, mandatos de innovar y/o de no innovar, mandatos dirigidos a la administración y/o al Congreso, etc.). En cambio, la ejecución normalmente importa numerosas etapas en las que se producen discusiones y precisiones. La primera sentencia da el marco general y las posteriores van ejecutando. Señala LORENZETTI que la primera produce cosa juzgada y las segundas son provisorias, porque las medidas que se dictan son, generalmente, temporales y adaptativas, y una medida posterior puede dejar sin efecto la anterior (LORENZETTI, *Justicia Colectiva*, cit., p. 178).
- 117 Hemos tomado como punto de partida las conclusiones que en 2007 relevaba sobre algunos de estos temas PELLEGRINI GRINOVER, A., *Novas tendencias*, cit., en el XIII Congreso Mundial de Derecho Procesal, Salvador, Bahía, 2007.

# EL PROCESO MONITORIO EN URUGUAY

Santiago Pereira Campos\*  
Clarisa Rodríguez\*\*

## SUMARIO

I. Antecedentes Nacionales. II. El Proceso Monitorio en el Código General del Proceso.

### I. ANTECEDENTES NACIONALES

Uruguay ha sido el primer país de Hispanoamérica en incorporar el proceso de estructura monitoria en su derecho positivo, con la característica adicional de que dicha estructura procesal presenta sus propias peculiaridades, en relación a la utilizada en los países europeos en donde se originó. Por ello, el modelo de proceso monitorio uruguayo ha sido tomado como referencia en casi todos los procesos de reforma procesal de Latinoamérica.

El origen del proceso de estructura monitoria en Uruguay se encuentra con diversidad de fines y objetos en el viejo Código de Procedimiento Civil (CPC), vigente desde 1878 hasta 1989. En tal sentido, la doctrina ya indicaba que presentaban dicha estructura:

- a) El juicio de entrega de la cosa (art. 1309 a 1315 del CPC);
- b) El juicio de entrega efectiva de la herencia (ars. 1304 a 1308 del CPC);
- c) La fase del concurso necesario destinada a despejar si el deudor se opondrá a la declaración de falencia (art. 985 a 991 del CPC);

---

\* Abogado en ejercicio. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Vicepresidente del Consejo Directivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Socio de RUEDA ABADI PEREIRA. Profesor Titular de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesor Titular del Postgrado de Derecho Procesal Aplicado de la Universidad de Montevideo. Profesor de Derecho Procesal del Centro de Estudios Judiciales (CEJU) del Poder Judicial Uruguayo. Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal. spereira@rap.com.uy. @SantiagoPCampos

\*\* Doctora en Derecho y Ciencias Sociales egresada de la Facultad de Derecho, Universidad de la República (UDELAR). Maestrando en Derecho Procesal de la Universidad Nacional de Rosario, República Argentina. Aspirante a Profesora Adscripta de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la UDELAR y de la Universidad de Montevideo.

- d) El procedimiento previsto para las providencias dictadas con citación (art. 206 del CPC).

Con posterioridad al CPC, la estructura monitoria fue consagrada por distintas leyes especiales, como por ejemplo en la Ley No. 8.153 de fecha 16/12/27, donde se preveía dicha estructura procesal para el desalojo de la finca urbana y del predio rural.

Actualmente y desde 1989 el citado CPC se encuentra derogado por el Código General del Proceso (CGP). Este último destina el Capítulo IV, denominado "Proceso de Estructura Monitoria", a las disposiciones generales que rigen dicha estructura procesal, así como a definir los asuntos que tramitan por la misma. Dicho Capítulo se ubica dentro del Título IV del CGP, denominado "Proceso de conocimiento".

La regulación actual del proceso monitorio en el CGP adopta casi en su integralidad las soluciones del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

Es importante tener en cuenta que en 2013, la Ley 19.090 incorporó varias reformas al Código General del Proceso, modificando algunas de las normas del proceso monitorio, lo cual se considera en el presente trabajo.

## II. EL PROCESO MONITORIO EN EL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

### 1. Caracterización general

A modo de introducción, podemos decir que el proceso de estructura monitoria es un proceso eventualmente breve, en el cual, presentada la demanda por el actor, el Juez dicta sentencia definitiva pronunciándose sobre el fondo del asunto, sin escuchar a la otra parte y sin que ésta haya tomado necesariamente conocimiento de la existencia de dicho proceso.

La referida sentencia inicial –cuyo contenido analizaremos luego-, quedará condicionada a la no oposición del demandado, a saber:

- Si emplazado el demandado, este **no impugna** en tiempo la sentencia inicial, ésta quedará firme y el actor tendrá en sus manos un título de ejecución (sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada).
- Si emplazado el demandado este **impugna** en tiempo la sentencia inicial, la misma no quedará firme, se abrirá un

contradictorio, se convocará a audiencias y se dictará una segunda sentencia definitiva la cual podrá acoger o desestimar la demanda, esto es, confirmar o revocar la sentencia inicial; en cuyo caso, se da la peculiaridad de que en la misma instancia de un mismo proceso de conocimiento se dictarán dos sentencias definitivas: la inicial, y la sentencia definitiva que se dicta luego del contradictorio.

Nuestro legislador ha reservado la aplicación de la estructura del proceso monitorio para aquellas pretensiones cuyo objeto tienen un alto grado de fehaciencia inicial y mínimas posibilidades de contradicción por parte del demandado.

En otras palabras, el fundamento de esta estructura se encuentra en el alto grado de certeza o verosimilitud de la pretensión contenida en la demanda, generalmente en virtud de un documento claro, que a priori, prueba -con alto grado de verosimilitud- la pretensión del actor.

El proceso de estructura monitoria encuentra su fundamento además, en los principios de celeridad<sup>1</sup>, eficiencia, concentración<sup>2</sup> y congruencia<sup>3</sup>.

## **2. Procedencia**

Los asuntos que tramitan por la estructura del proceso monitorio, son aquellos que la normativa estatuye<sup>4</sup>, a saber:

- Proceso ejecutivo común<sup>5</sup>, cambiario<sup>6</sup> y tributario<sup>7</sup> (art. 353 del CGP)
- Proceso de entrega de la cosa (art. 364 del CGP)
- Proceso de entrega efectiva de la herencia (art. 365 del CGP)
- Proceso en que se demanda la resolución de un contrato en cumplimiento del pacto comisorio convenido (art. 366 del CGP)
- Proceso de escrituración forzada de promesas de enajenación de inmuebles a plazos o equivalentes, o de casas de comercio, inscriptas en los registros respectivos u otorgamiento de reglamentos de copropiedad de inmuebles en régimen de propiedad horizontal (art. 367 del CGP)
- Proceso en que se demanda la resolución de contratos de promesas de enajenación de inmuebles o casas de comercio, inscriptas (art. 368 del CGP)
- Procesos de desalojo (art. 546.2 del CGP)

- Proceso en que se demanda la separación de cuerpos o el divorcio por determinadas causales excepcionales (art. 369 del CGP)
- Proceso de cesación de condominio de origen contractual en caso de imposibilidad de cómoda división y sin menoscabo de la cosa común (art. 370 del CGP)

Adicionalmente, se ha dotado de estructura monitoria también el proceso de ejecución en vía de apremio (art. 379.4 del CGP).

Por último, cabe mencionar que, en Uruguay más de la mitad de los asuntos estrictamente civiles o comerciales se tramitan en procesos de estructura monitoria, cuya duración promedio aproximada es de 3 meses cuando no se plantea oposición, lo que ocurre en más del 70 % de los casos.

### **3. Estructura del proceso monitorio**

En casi todos los casos, para promover un proceso monitorio, nuestra ley procesal exige que se acompañe a la demanda un documento auténtico o autenticado notarial o judicialmente (en la etapa preliminar respectiva) conforme el art. 352.1 del CGP<sup>8</sup>.

En virtud de ello, podemos afirmar que en Uruguay el proceso de estructura monitoria de regla es **documental**, en tanto la pretensión deducida en la demanda deberá encontrarse respaldada por un documento, cuya fehaciencia inicial es tal, que determinó que el legislador privilegiara al tenedor del mismo con una estructura procesal sumaria como lo es el proceso monitorio.

No obstante, se podría afirmar que nuestra normativa prevé situaciones de procesos monitorios puros, como lo es el desalojo de ocupante precario, en cuyo caso, basta con que el actor alegue la calidad de ocupante precario del demandado, para que el tribunal dicte una sentencia definitiva de desalojo contra aquél (Decreto-Ley No. 14.219, art. 36); sentencia definitiva inicial que estará supeditada a la no oposición de excepciones por parte del demandado.

#### **3.1 No se requiere conciliación previa**

En Uruguay, de regla, antes de iniciar cualquier proceso debe solicitarse audiencia para intentar la conciliación con el futuro demandado, quien será citado a tales efectos en su domicilio (art. 293 del CGP).

No obstante, cabe precisar que los procesos monitorios se encuentran exceptuados de la conciliación previa (art. 294 del CGP).

### **3.2 Diligencias Preparatorias**

Los procesos monitorios requieren en algunos casos cumplir con simples diligencias preparatorias de intimación de pago o autenticación de las firmas de los documentos, con el propósito de evitar los procesos abusivos y/o darle autenticidad a los documentos que no la tuvieran.

Así, el juicio ejecutivo común y el cambiario exigen la realización de medidas preparatorias, a diferencia del proceso ejecutivo tributario, en el cual puede presentarse directamente la demanda ejecutiva.

Previamente a promover un proceso ejecutivo común, las medidas preparatorias a realizar, dependiendo del título que uno posea, son:

- Citación a reconocimiento de firma de un documento privado, o
- Intimación de pago

En efecto, tratándose de un documento privado, en el que la firma del deudor no luce certificada por Escribano Público, necesariamente se deberá realizar la diligencia preparatoria de reconocimiento judicial de firma, en tanto se deberá contar con un documento autenticado judicialmente al momento de promoverse la demanda ejecutiva (art. 352.1 del CGP).

Ahora bien, tratándose de un documento público -el cual goza de autenticidad- o de un documento privado cuya firma luzca certificada por Escribano Público, la ley exige como diligencia preparatoria, la intimación previa de pago, a fin de evitar un proceso sorpresivo o intempestivo que persiga obtener la condena en costas y costos sin dar oportunidad de pago al deudor (art. 354.5 del CGP).

Previamente a promover un proceso ejecutivo cambiario, si el título es una letra de cambio, se requerirá el protesto; si es un vale -también denominado pagaré o conforme- se exigirá la previa intimación de pago (Decreto-Ley No. 14.701) y si es un cheque se exigirá la constancia al dorso de falta de pago, estampada por el banco correspondiente (Decreto-Ley No. 14.412). En otras palabras, en este caso, corresponde remitirse al régimen consagrado en las leyes sustantivas (Decretos-Leyes Nos. 14.701 y 14.412), en las cuales se prevén los requisitos que deben cumplir los citados documentos para adquirir el rango de título ejecutivo.

Como indicamos precedentemente, el proceso ejecutivo tributario no requiere de la realización de diligencias preparatorias previas a la presentación de la demanda ejecutiva.

Se han planteado ciertas dudas sobre si, previamente a la presentación de la demanda de los otros procesos monitorios (no ejecutivos) previstos en los arts. 364 a 370 inclusive, se requiere dar cumplimiento a la intimación previa, en tanto si bien existe la remisión prevista en el art. 363 del CGP, hay quienes han entendido que dicha disposición tiene un carácter especial y su finalidad es intimar el pago, a fin de evitar ejecuciones intempestivas que conllevan la aplicación preceptiva de condenas procesales.

### **3.3 Demanda**

La demanda del proceso monitorio deberá cumplir con todos los requisitos de forma y contenido previstos en los arts. 117 y 118 del CGP para las demandas en general.

De tratarse de un proceso monitorio documental –lo son casi todos–, deberá acompañarse a la demanda el documento en cuestión.

### **3.4 Control inicial de admisibilidad y fundabilidad**

Presentada la demanda, el Juez realiza un doble control: efectúa un control inicial de admisibilidad de dicho acto de proposición inicial (requisitos de forma) y asimismo, efectúa un control inicial de la fundabilidad de la pretensión deducida en la demanda.

De modo que, si a juicio del tribunal la demanda no pasa el control inicial de admisibilidad, se dispondrá que se subsanen los defectos, dentro del plazo que se señale, bajo apercibimiento de tener la demanda por no presentada (art. 119.1 del CGP).

Ahora bien, si el tribunal no considerare bastante el documento (control de fundabilidad), desestimaré la demanda ab initio (art. 354.2 del CGP) sin noticia al demandado, siendo dicha sentencia interlocutoria con fuerza de definitiva apelable con efecto suspensivo (art. 360 numeral 1 del CGP).

### **3.5 Sentencia inicial**

Si la demanda pasa el control de admisibilidad y fundabilidad liminar, se dictará una sentencia inicial que se pronunciará sobre el fondo del asunto –sin escuchar previamente al demandado– y tomará medidas tendientes a asegurar que el actor pueda hacer efectivo

su derecho. El contenido de dicha sentencia estimatoria dependerá del proceso monitorio de que se trate y, por ende, del contenido de la pretensión.

Así, por ejemplo, en el proceso monitorio ejecutivo, la sentencia inicial condenará al demandado a abonar la suma supuestamente adeudada, sus reajustes e intereses, costas y costos (fase decisoria), trabará embargo específico o genérico –dependiendo de si el actor conoce o no bienes del demandado- (fase cautelar) y citará de excepciones al demandado (fase de impulso procesal).

Para cumplir con el debido proceso, dicha sentencia quedará condicionada a la actitud que asuma el demandado; a saber:

- a) si el demandado no opone, en tiempo y forma, excepciones (defensas) contra la sentencia inicial, ésta quedará firme, y el actor tendrá un título de ejecución –la sentencia definitiva- para comenzar el proceso de ejecución;
- b) si el demandado opone, en tiempo y forma, excepciones (defensas) contra la sentencia inicial, se conferirá un traslado de dichas excepciones al actor, para que lo evacúe dentro del plazo legal, se convocará a audiencia y finalmente se dictará una nueva sentencia definitiva confirmatoria o modificativa de la anterior, con lo cual, tendremos en un mismo proceso, dos sentencias que se pronunciaron sobre el fondo del asunto en la misma instancia, peculiaridad característica de este proceso.

De esta manera, se traslada al demandado la carga de generar el debate procesal con su oposición y, de deducirse oposición por él, se garantiza un proceso por audiencias en el que se advierten manifestaciones de los principios de inmediación<sup>9</sup>, concentración, congruencia y publicidad<sup>10</sup>.

Cabe indicar que no se trata de un proceso oral en su concepción pura, sino que combina las virtudes de la escritura para los actos de proposición (demanda, contestación, reconvencción, etc.) con las ventajas de los actos orales para la conciliación, saneamiento y prueba.

Debe observarse que la sentencia inicial no puede ejecutarse hasta que venza el plazo que tiene el demandado para oponer sus excepciones (defensas), asegurándose con ello el debido proceso, ya que si bien se dicta sentencia sin escuchar al demandado, la

misma queda en suspenso hasta verificar si el demandado ejercerá o no su derecho de defensa.

El proceso de estructura monitoria encuentra su fundamento en que en la mayoría de los casos no habrá oposición del demandado atento a la verosimilitud de la pretensión del actor, extremo que justifica que, en tal caso, su trámite sea principalmente escrito y garantice el debido proceso, aunque con un diseño de estructura peculiar, en tanto la oportunidad que tiene el demandado de utilizar los mecanismos de defensa son posteriores a la sentencia inicial.

### **3.6 Mecanismo de impugnación de la sentencia inicial**

El mecanismo de impugnación de la sentencia inicial que hace lugar a la pretensión de actor es la oposición de excepciones por parte del demandado, la cual cumple una doble función, en tanto es la vía idónea que tiene el demandado para oponerse a la pretensión deducida por el actor en la demanda; y simultáneamente, para impugnar la sentencia inicial que, de lo contrario, quedará ejecutoriada pudiéndose iniciar el proceso de ejecución.

De regla, en el proceso monitorio, el demandado no tiene limitadas sus excepciones (defensas).

Sin embargo, existen algunos casos en los cuales las excepciones oponibles se encuentran limitadas. Por ejemplo: proceso monitorio cambiario (Decreto Ley 14.412, art. 45; Decreto Ley 14.701, art. 108); proceso monitorio tributario (Código Tributario, art. 91), etc.

### **3.7 Régimen impugnativo en el proceso monitorio**

Como ya vimos, la sentencia inicial que hace lugar a la demanda, se impugna con la oposición de excepciones (art. 355 y sgtes. del CPG).

El recurso de apelación se encuentra limitado (art. 360 del CGP). En efecto, solo son apelables:

- a) la sentencia que rechace liminarmente la pretensión y cualquier otra sentencia que ponga fin al proceso, con efecto suspensivo;
- b) la sentencia interlocutoria que no haga lugar o levante una medida cautelar, con efecto suspensivo;
- c) la sentencia interlocutoria que sustituya una medida cautelar, sin efecto suspensivo;

- d) la sentencia interlocutoria que deniegue el diligenciamiento de prueba, con efecto diferido;
- e) la sentencia interlocutoria que rechace el excepcionamiento inadmisibles y la que tiene por desistido al demandado de las excepciones opuestas, sin efecto suspensivo;
- f) la sentencia definitiva, con efecto suspensivo;
- g) la sentencia interlocutoria que resuelve las tercerías con efecto suspensivo.

Contra las demás resoluciones, solo cabe recurso de aclaración y ampliación, de reposición, y de casación (si se dan sus presupuestos).

En el caso del juicio ejecutivo (una de las variedades del proceso monitorio), se admite además en casos excepcionalísimos un juicio ordinario posterior al monitorio dentro del plazo de 3 meses, en el cual, exclusivamente podrán tratarse las defensas que la ley considera inadmisibles en el juicio ejecutivo, siempre y cuando:

- a) dichas defensas no hubieren sido examinadas en su mérito en aquel; y
- b) dichas defensas no hubieren podido ser deducidas en el proceso ejecutivo en cuestión.

Dado que en los procesos ejecutivos cambiarios y tributarios las excepciones se encuentran limitadas, en dichos casos, podrá promoverse un juicio ordinario posterior, siempre y cuando se reúnan las condiciones antedichas.

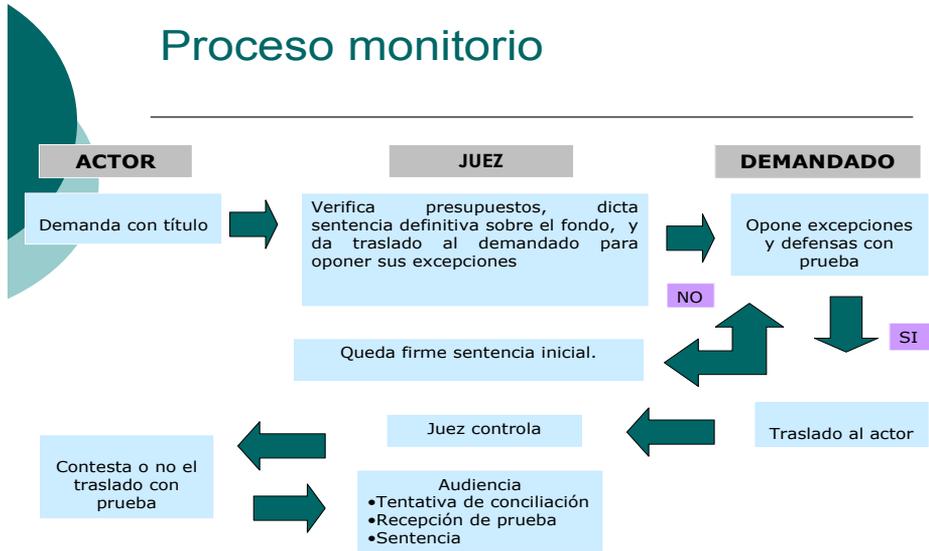
En el caso del juicio ejecutivo común, no hay limitación de excepciones. En virtud de ello, las posibilidades de promover un proceso ordinario posterior se encontrarían tan acotadas, que ha llevado a la doctrina a cuestionarse si procede. Ello, a su vez, abre el debate sobre la procedencia o no del recurso de casación en el juicio ejecutivo común, de conformidad con lo previsto en el art. 269 numeral 2 del CGP.

### **3.8 Condenas procesales**

Dependiendo del proceso monitorio en cuestión, será el régimen de condenas procesales aplicable. Por ejemplo: en sede de procesos ejecutivos, la condena en costas y costos es preceptiva, siendo indiferente en tal sentido la conducta procesal de las partes.

Sin embargo, en los otros procesos monitorios, será aplicable la regla de costas y costos prevista en el art. 56 del CGP, importando en tal sentido, la conducta procesal de las partes.

### 3.9 Gráfico de la estructura monitoria



## NOTAS

- 1 Si bien el principio de economía tiene múltiples manifestaciones (economía de esfuerzos y economía de dinero), sin lugar a dudas lo más trascendente es obtener la celeridad de los procesos (economía de tiempo).
- 2 Se reúnen en un mismo acto todas las diligencias procesales que sean necesarias y se puedan realizar.
- 3 Principio de conformidad del fallo con las pretensiones constitutivas del objeto del proceso, no pudiendo el Juez fallar ni fuera ni más allá de lo pedido, ni dejar de decidir sobre algo de lo propuesto.
- 4 Arts. 348 y 351 del CGP.
- 5 Procede el proceso ejecutivo común cuando se promueve en virtud de alguno de los siguientes títulos, siempre que de ellos surja la obligación de pagar cantidad de dinero líquida o fácilmente liquidable:
  - a) transacción no aprobada judicialmente,
  - b) instrumentos públicos suscriptos por el obligado,
  - c) instrumentos privados suscriptos por el obligado o por su representante, reconocidos o dados por reconocidos ante el tribunal competente, o firmados o con sus firma ratificada ante escribano público que certifique la autenticidad de las mismas,
  - d) facturas de venta de mercaderías, siempre que ellas se encuentren suscritas por el obligado o su representante y la firma se encuentre reconocida o haya sido dada por reconocida o certificada,
  - e) en general, cuando un texto expreso de la ley confiere al acreedor el derecho a promover juicio ejecutivo.
- 6 Procede el proceso ejecutivo cambiario cuando se promueve en virtud de alguno de los siguientes títulos, siempre que de ellos surja la obligación de pagar cantidad de dinero líquida y exigible:
  - a) cheque bancario (Decreto-Ley No. 14.412);
  - b) letras de cambio (Decreto-Ley No. 14.701);
  - c) vales, también denominados pagarés o conformes (Ley No. 14.701).
- 7 La Administración tiene acción ejecutiva para el cobro de los créditos fiscales que resulten a su favor de las resoluciones firmes. A tal efecto, constituyen títulos ejecutivos los testimonios de las mismas y los documentos que de acuerdo con la legislación vigente tengan esa calidad siempre que correspondan a resoluciones firmes. Son resoluciones firmes las consentidas expresa o tácitamente por el obligado y las definitivas a que se refieren los arts. 309 y 319 de la Constitución de la República (art. 91 del Código Tributario).
- 8 Cuando se trate de un contrato que pueda ser probado por testigos, en etapa preliminar que se seguirá por vía incidental, puede establecerse la prueba de la existencia del contrato y de su cumplimiento por el actor, en cuyo caso, el título lo será la sentencia definitiva que se dicte en el proceso incidental (art. 352.2 del CGP). Se exceptúan los casos en que leyes especiales habilitan la estructura monitoria sin necesidad de documento auténtico o autenticado notarial o judicialmente.
- 9 El principio de intermediación implica la comunicación personal del juez con las partes y el contacto directo de aquél con los actos de adquisición, fundamentalmente de las pruebas, como instrumento para llegar a una íntima cognición de los intereses en juego a través del proceso y de su objeto litigioso.

Para que la intermediación tenga pleno vigor, el juez debe asumir en la audiencia un rol de director, actuando con mesura y razonabilidad, cuidando en todo momento su imparcialidad. Sus condiciones personales resultan de mucha mayor trascendencia que en un proceso donde no rige la intermediación. Debe conocer las técnicas de negociación y conciliación que se han desarrollado en relación al proceso por audiencias, y sentirse protagonista de una labor fundamental para la sociedad, que requiere de grandes esfuerzos.

La intermediación significa sacrificio no sólo para los jueces sino también para los abogados, porque exige un conocimiento completo y constante del asunto controvertido. La intermediación requiere mutua colaboración entre los abogados y para con el juez, en esa obra en común que es la audiencia y el proceso todo. Sin esta interacción esencial fundada en la buena fe, la intermediación deja de ser tal.

- 10 Publicidad de los expedientes y de las audiencias, con la excepción de aquellos casos en que el Tribunal disponga la reserva de las actuaciones por razones de seguridad, de moral o en protección de la seguridad de alguna de las partes.

## **BIBLIOGRAFÍA**

- PEREIRA CAMPOS, Santiago, "Código General del Proceso. Reformas de la Ley 19.090. Comparadas y comentadas. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2013, ps. 393 y ss.
- TEITELBAUM, Jaime, "Proceso Monitorio y Ejecutivo". En: Instituto Uruguayo de Derecho Procesal. Curso sobre el Código General del Proceso. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1989, p. 129-141.
- VEIRAS, Jorge, "Evaluación Crítica de los Procesos de Estructura Monitoria en el Código General del Proceso". En: Modernización de la Justicia Civil. Montevideo: Universidad de Montevideo, 2011, p. 737-747.
- VIERA, Luis Alberto, "Teoría General del Proceso Monitorio". En: Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, "Curso de Derecho Procesal". Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, T. V, Vol. I, (1988), p. 9-27.



# LOS PROCESOS COLECTIVOS EN URUGUAY

Santiago Pereira Campos\*

## SUMARIO

1. Consideraciones Preliminares. 2. El Marco Normativo y sus Deficiencias. 3. Los Intereses Difusos y la Revisión de los Conceptos Jurídicos Tradicionales. 4. Marco Conceptual de los Intereses Difusos y Colectivos. 5. Legitimación Activa. 6. Objeto de las Pretensiones Planteadas en Procesos Colectivos. 7. Requisitos Legales de las Demandas en Procesos Colectivos. 8. Estructura de los Procesos Colectivos. 9. Los Poderes-Deberes Del Tribunal. 10. Efectos de la Cosa Juzgada en Procesos Colectivos. 11. Los Problemas de Litispendencia. 12. La Conexión de Pretensiones. 13. Pruebas Necesarias y Carga de la Prueba. 14. Tribunales Competentes en las Acciones de Intereses Colectivos y Difusos en Uruguay. 15. La Cuestión del Daño Futuro. 16. Indeterminación del Causante del Daño. 17. Alcance de la Transacción y del Desistimiento de la Pretensión. 18. Consecuencias de la Incomparecencia a las Audiencias del Legitimado que inició el Proceso en Defensa de Intereses Difusos o Colectivos sobre los demás Interesados. 19. Necesidad de una Legislación sobre Procesos Colectivos. 20. El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica como punto de Partida de una Futura Legislación en la Materia.

## 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El presente estudio intenta especialmente indagar en la complejidad de temas de gran trascendencia práctica en los que venimos

---

\* Profesor Titular de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Vicepresidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Vicepresidente del Consejo Directivo del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA-OEA). Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Procesal y de la Asociación Uruguaya de Derecho Procesal "Eduardo J. Couture". Profesor de Derecho Procesal del Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (CEJU – Poder Judicial uruguayo). Profesor Titular del Master en Derecho (LLM) con Énfasis en Derecho Procesal de la Universidad de Montevideo. Socio de RUEDA ABADI PEREIRA. Profesor del Diplomado sobre Reforma Procesal Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor del Programa sobre Reformas Procesales en América y Estados Unidos de la American University (Washington, D.C.). Ha sido consultor de PNUD, ONUDI, BID, FOMIN, CEJA y del Instituto del BANCO MUNDIAL. Las opiniones del autor son formuladas a título personal y no comprometen a las instituciones que integra. Email: spereira@rap.com.uy. Twitter: @SantiagoPCampos.

trabajando desde hace más de 20 años, en torno a los procesos colectivos<sup>1</sup>.

Ahora, hemos reestructurado nuestros anteriores estudios para darle a nuestra investigación una mayor amplitud y sistemática en cuanto a los temas considerados.

Debemos señalar que aún a pesar de los 25 años de vigencia de los arts. 42 y 220 del Código General del Proceso (CGP) que regulan el instituto de los procesos colectivos, el estudio de la temática en nuestro país no ha tenido mayores desarrollos, quizás porque la experiencia jurisprudencial es muy escasa ante la falta de incentivos para litigar, como oportunamente veremos.

En efecto, parte de la doctrina procesal uruguaya, ha dedicado algunos esfuerzos al concepto de intereses difusos y colectivos y a la legitimación para defenderlos, pero ha omitido, sin embargo, con curiosa coincidencia, pronunciarse sobre temas más complejos como los son los efectos de la cosa juzgada, la litispendencia, la liquidación y ejecución de fallos o los acuerdos en estos peculiares procesos.

Por ello, nuestros desarrollos deben considerarse como primeras aproximaciones provisionarias a un tema difícil, donde apenas dos escuetas normas legales –arts. 42 y 220 del CGP- dejan planteados grandes interrogantes cuyas respuestas en uno u otro sentido proyectan potentes consecuencias sobre el sistema procesal y, por ende, deben ser adoptadas con gran cautela.

Las acciones vinculadas a la defensa de intereses difusos y colectivos planteadas en nuestro país son de reciente data, habiéndose incrementado moderadamente en los últimos cinco años.

No obstante, las mismas son de poco conocimiento por parte de la sociedad, existiendo cierta indiferencia al respecto.

Incluso, en muchas oportunidades, acciones que aparentemente se ejercitan en defensa de intereses difusos o colectivos, no son más que acciones de reparación de los daños individuales sufridos por los accionantes (y ni siquiera se trata de una pluralidad de intereses o derechos individuales homogéneos) pero que, por referirse al medio ambiente o a cuestiones de consumo, suelen confundirse con aquéllos.

La temática más frecuente en este tipo de acciones en nuestro país es la del medio ambiente y, en mucho menor medida, cuestiones de defensa al consumidor o vinculadas al patrimonio histórico y cultural.

## 2. EL MARCO NORMATIVO Y SUS DEFICIENCIAS

La Constitución uruguaya no prevé norma expresa de regulación de los procesos colectivos, sin perjuicio de la existencia de normas expresas sobre la protección del medio ambiente<sup>2</sup>.

Las acciones de tutela de los intereses colectivos y difusos en nuestro país son disciplinadas desde el punto de vista procesal en los arts. 42 y 220 del Código General del Proceso (CGP), no existiendo al respecto una legislación especial por separado.

No obstante, como habremos de verlo, existen algunas normas de derecho sustantivo en leyes especiales, que se vinculan directa o indirectamente con los procesos colectivos.

El CGP regula los procesos colectivos en dos normas escuetas e insuficientes.

El art. 42 del CGP –con muy similar regulación en el art. 53 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica– confiere con amplio criterio la legitimación para defender los intereses difusos al Ministerio Público, a las asociaciones o instituciones representativas e, incluso, a cualquier interesado.

Dispone la norma:

*"Representación en caso de intereses difusos. En el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos y, en general, que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente, el Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido".*

Dicha norma se complementa con el art. 6º inc. 2º de la Ley Nº 16.112 del 30/5/90 (Ley de creación y fijación de competencias del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente) que dispone que *"el Ministerio podrá ejercer la acción prevista en el art. 42 del Código General del Proceso"*.

Por su parte, el Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 17.823 de 2004, dispone en el art. 196:

*"(Intereses difusos): Amplíase a la defensa de los derechos de los niños y adolescentes las previsiones del art. 42 del Código General del Proceso"*.

El art. 220 del CGP, por su parte, dispone:

*"Efectos de la cosa juzgada en procesos promovidos en representación de intereses difusos. La sentencia dictada en proce-*

*... sos promovidos en defensa de intereses difusos (artículo 42) tendrá eficacia general, salvo si fuere absolutoria por ausencia de pruebas, en cuyo caso, otro legitimado podrá volver a plantear la cuestión en otro proceso”.*

Similar solución se consagra en los arts. 53 y 194 del Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica<sup>3</sup>.

A diferencia de otros países, no existe en el sistema jurídico uruguayo una conceptualización legal o de otra fuente normativa de esta categoría de intereses, debiendo por ende recurrirse a la doctrina y jurisprudencia nacional que suele remitirse a los estudios de los procesalistas españoles, argentinos y brasileños.

Cabe asimismo mencionar especialmente las siguientes leyes sustantivas que, si bien no modifican el régimen procesal citado, refieren directa o indirectamente al posible contenido de las pretensiones en materia de intereses difusos y colectivos:

- ❑ Ley N° 16.466 de fecha 19/1/94 sobre Evaluación del Impacto Ambiental.
- ❑ Ley N° 17.250 de fecha 11/8/00 que regula las relaciones de consumo y contiene importantes previsiones sobre defensa al consumidor<sup>4</sup>.
- ❑ Ley N° 17.283 de fecha 28/11/00 sobre protección del medio ambiente.

En Uruguay no existe regulación específica sobre otros aspectos vinculados a los procesos colectivos. Nuestro legislador no ha distinguido, como lo hace el Código Modelo de Procesos Colectivos, entre intereses o derechos difusos, intereses o derechos colectivos e intereses o derechos individuales homogéneos, limitándose a referirse a los intereses difusos. Mucho menos ha regulado la compatibilización entre las acciones o pretensiones.

Si bien –como habremos de verlo– los derechos o intereses colectivos han sido asimilados en su tratamiento a los difusos, ninguna solución se prevé para los derechos individuales homogéneos<sup>5</sup>.

Tampoco se prevén soluciones específicas en relación a aspectos tales como: la legitimación pasiva, la litispendencia, la resolución parcial del litigio en casos en que una parte del mismo no requiera prueba y otra si, la prueba estadística o por muestrario, ni se regula ninguna solución especial diferencial sobre carga de la prueba en materia de intereses difusos y colectivos, etc.

Todo lo cual pone de manifiesto la necesidad imperiosa de regulación legislativa de éstos y otros aspectos que son minuciosamente

considerados en el Código Modelo de Procesos Colectivos elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

### **3. LOS INTERESES DIFUSOS Y LA REVISION DE LOS CONCEPTOS JURIDICOS TRADICIONALES**

Como lo señalan MORELLO, HITTERS y BERIZONCE<sup>6</sup>, la explosiva expansión de las sociedades industriales modernas ha hecho aparecer –en forma vertiginosa- un derecho nuevo –tanto sustancial como procesal- que ha debido salir al cruce a novedosas situaciones que la “era tecnocrónica” ha puesto en primera plana, obligando a “repensar” varias instituciones y principios, como la extensión de la responsabilidad civil, los alcances de la cosa juzgada, la entidad del principio de contradicción en el proceso, que parecían definitivamente desarrollados a la luz de la concepción individualista del siglo XIX. Esta problemática ha implicado un cambio revolucionario, ya que los nuevos derechos que están en juego no pueden protegerse a través del sistema clásico –tradicional- del “proceso de dos partes”, donde cada una de ellas busca solucionar “su” problema particular.

Uno de esos nuevos fenómenos que replantea las bases tradicionales del sistema jurídico, es el de los procesos colectivos, que ha ocupado esfuerzos de la doctrina sustantiva y procesal en estos últimos años.

La doctrina procesal latinoamericana, a través de varios de sus más importantes exponentes, ha señalado que la tutela de los intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos implica una profunda modificación en los conceptos clásicos, ya que existen institutos como la legitimación y la cosa juzgada que no se adaptan a este tipo de proceso y que, en consecuencia, deben ser modificados y que, además, existen otros elementos como las facultades conferidas al órgano jurisdiccional y las funciones del Ministerio Público, que deberían ser reestructurados<sup>7</sup>. Como lo ha señalado nuestra jurisprudencia<sup>8</sup>, el cambio de enfoque – de la historia individual a la historia colectiva - no puede dejar de reflejarse en el cuadro de relaciones sociales reguladas por el derecho, y fundamentalmente el Derecho Procesal debe dar una respuesta, una solución práctica a los problemas. Como dice BARBOSA MOREIRA, “*no basta reconocer en teoría la relevancia jurídica de esos valores; como cualquiera otros, ellos se tornan verdaderamente operativos en la medida en que existan medios apropiados y eficaces de reivindicarlos en juicio*”<sup>9</sup>.

En efecto, a la luz de la problemática de los intereses difusos, ciertos institutos procesales y civilistas han debido ser revisados<sup>10</sup>:

- a) Los principios de defensa en juicio o de contradicción no pueden concebirse actualmente con un criterio individualista.
- b) Deben redefinirse los legitimados activos cuando se trata de esta tan peculiar categoría de intereses.
- c) Se impone revisar los conceptos clásicos de cosa juzgada y litispendencia en cuanto a sus efectos vinculantes.
- d) Debe reanalizarse la temática de la reparación del perjuicio (teniendo en cuenta no tanto el daño "producido" sino el daño "sufrido").
- e) Conviene replantear el sistema de la responsabilidad civil buscando "prevenir", más que "curar".
- f) Debe adecuarse la estructura de los procesos a las peculiaridades del objeto colectivo.
- g) El concepto de daño individual debe complementarse con el de daño global.

#### **4. MARCO CONCEPTUAL DE LOS INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS**

##### **4.1. Caracterización de los intereses difusos**

No cabe aquí realizar un análisis profundo de los conceptos de intereses difusos y colectivos, dado que ello ya fue objeto de estudio por la doctrina nacional y extranjera y por nosotros en otra oportunidad<sup>11</sup>. No obstante, creemos necesario enmarcar conceptualmente esta peculiar categoría de intereses.

La doctrina -inicialmente la italiana pero también la de otros países y concretamente la española y latinoamericana- ha acuñado la noción de intereses difusos, que como se ha dicho autorizadamente no constituye un concepto acabado y categorial sino más bien invoca una idea-fuerza renovadora de la clásica e insuficiente tutela procesal<sup>12</sup>.

Modernamente aparecen en juego estos "intereses" que no son públicos ni enteramente privados, sino de naturaleza colectiva; lo que demuestra que la dicotomía entre "intereses" públicos y privados (que diferencia los primeros de los segundos sobre la base del principio dispositivo que impera en éstos) quedó desacompañada, pues la realidad contemporánea es muchísimo más compleja que

la superada clasificación de marras. Quedan fuera de los clásicos casilleros estos novísimos derechos -por qué no decirlo también, deberes- "difusos" de los cuales por rara paradoja, nadie resulta titular exclusivo, a la par que "varios" (un grupo o una categoría) son sus beneficiarios<sup>13</sup>.

Los intereses difusos son intereses fragmentarios o supraindividuales, que aparecen comprometidos en la dinámica de nuestra sociedad moderna (economía de consumo<sup>14</sup>, medio ambiente<sup>15</sup>, patrimonio cultural e histórico). Ya no se trata del interés individual tutelado a través del proceso, ni tampoco del interés público, sino de otro grupo de intereses que pertenece a una pluralidad de personas. El interés se conceptúa como individual o colectivo en función de quien sea el titular de la necesidad: el individuo o un grupo<sup>16</sup>.

MORELLO<sup>17</sup> enseña que los intereses difusos son aquellos que no son ya solo de uno o varios sino mejor, de todos los que conviven en un medio determinado y cuya suerte en lo que concierne al enrarecimiento, destrucción, degradación, vaciamiento, o consumo sin reposición, angustia al conjunto en lo inmediato y en el porvenir vital de cada uno, sobremanera el de las próximas generaciones. Enmarcan por consiguiente verdaderos y perentorios intereses de la sociedad. Entrañan estos "intereses difusos" una afectación común y una titularidad indiferenciada, y son a su vez de uno y de todos.

Desde el punto de vista de los **sujetos** los intereses difusos se caracterizan por ser supraindividuales y estar indeterminado el titular.

Se trata de intereses cuya titularidad corresponde a una comunidad de personas que es indeterminada, o que, por lo menos, no es determinable desde un punto de vista práctico. MATEO<sup>18</sup> caracteriza precisamente a los intereses difusos por su alcance colectivo: están en juego situaciones que comparten un colectivo más o menos amplio de sujetos, que puede tener escala continental: unión de consumidores europeos o local, agrupación de afectados por un proyecto de vertedero.

Esa comunidad de personas puede: o bien no tener un vínculo jurídico que las aglutine, o este, puede ser extremadamente genérico, como la circunstancia de pertenecer a una misma comunidad política, o vincularse a circunstancias de hecho, muchas veces accidentales o mudables, como ocurre, por ejemplo, respecto de los habitantes de una región perjudicados por la polución emanada de un establecimiento industrial de la zona, o los consumidores de

cierto producto engañados respecto de las bondades publicitadas del mismo<sup>19</sup>.

*Con relación al **objeto*** el elemento caracterizante de los intereses difusos ha sido discutido.

En Brasil, BARBOSA MOREIRA<sup>20</sup> afirma que la indivisibilidad del objeto es, precisamente, una de las características esenciales de la estructura de los intereses difusos, cuyos titulares se hallan en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, ipso facto, lesión de la entera colectividad.

PELLEGRINI GRINOVER<sup>21</sup>, en cambio, estima que debe ser revisada esta afirmación. Entiende que eso puede ser verdadero y lo es, en cuanto al bien colectivamente considerado. Más cuando se piensa en el perjuicio causado al bien colectivo, resulta claramente que la lesión a ese bien puede significar simultáneamente, una ofensa al bien colectivamente considerado (derecho al ambiente, a la salud colectiva, a la información correcta) y lesión a los diversos bienes de que son personalmente titulares los componentes del grupo.

En similares términos, TABOADA<sup>22</sup> señala que la realidad se ve oscurecida por el hecho de que entre el interés difuso, considerado globalmente y el estrictamente individual hay siempre una interrelación permanente, en el sentido de que los individuos particulares que en una situación determinada aparecen vinculados a un interés difuso, son al mismo tiempo titulares de un derecho individual del mismo carácter. Si pensamos en la lesión de la salud, en general, como consecuencia de la venta de alimentos en mal estado, de una forma genérica, incluso abstracta impersonal, coincide sustancialmente con el interés exclusivamente personal, de que "mi" salud no se vea afectada como consecuencia de comportamientos de ese tipo.

En Argentina, PALACIO<sup>23</sup> señala que, objetivamente, los intereses difusos se refieren a un bien indivisible, en el sentido de que no es susceptible de división en fracciones adjudicables a cada uno de los interesados.

La doctrina española<sup>24</sup> suele calificar los intereses difusos también por la intercomunicación de resultados. El progreso en la defensa procesal o administrativa de los intereses implicados, beneficia automáticamente a todos los que están en la misma situación, lo que constituye uno de los rasgos más significativos del juego de los mecanismos relacionados con la tutela de estos intereses. Aislados logros conseguidos en su defensa se prolongan automáticamente y

de forma positiva a la esfera jurídica de otros individuos que nada han hecho en concreto. Así la paralización de la exportación de aves protegidas favorece a todos los defensores de la fauna.

VIERA<sup>25</sup> define los intereses difusos como una nueva categoría de derechos que, por su carácter colectivo, social, no se confunde con los derechos subjetivos, ni con los intereses legítimos, pero tampoco con los gremiales puesto que no son derechos de un gremio, de una clase, de un grupo social, de un oficio, sino, al mismo tiempo y conjuntamente, de todos los seres humanos, por encima de fronteras sociales, geográficas, ideológicas y de sistemas socio-económicos distintos. Señala que dichos intereses constituyen una **modalidad distinta de derechos de la persona humana**. Tienen algo de los derechos subjetivos, en especial de los derechos a la vida y a la salud o de los intereses legítimos, puesto que los hechos nocivos no afectan a un ser fantasmagórico sino a seres humanos concretos, de carne y hueso. Pero se diferencian de aquellos porque afecta a todos sin discriminación. Esa misma extensión subjetiva permite distinguirlos de otros intereses colectivos como los gremiales. Por eso, desde el punto de vista dogmático, no resulta dificultoso ubicarlo dentro de los "derechos de la personalidad".

Nuestra jurisprudencia ha seguido en algún caso expresamente esta posición señalando que la contaminación ambiental conlleva un interés difuso a proteger o atender, constituyendo un derecho del hombre, de carácter social, colectivo, particularizado por su objeto indivisible y la indeterminación de sus titulares y, por tanto, diferente del derecho subjetivo, del interés legítimo y del derecho gremial<sup>26</sup>.

El Código Modelo de Procesos Colectivos, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, contiene en su art 1º una definición muy precisa de cada uno de los tipos de intereses o derechos que pueden estar comprometidos en un proceso colectivo:

*"I - intereses o derechos difusos, así entendidos los supra-individuales, de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base;*

*II - intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase".*

#### **4.2 Derechos o intereses difusos y derechos o intereses colectivos**

Los derechos o intereses difusos, aunque constituyen una realidad innegable y de amplio contenido, escapan a una precisa definición jurídica.

El carácter plural y la generalidad de los sujetos eventualmente conectados a los mismos los coloca en íntima conexión con los intereses colectivos, sin que sea fácil delimitar los contornos conceptuales de unos y otros. Incluso no existe consenso aún acerca de si, paralelamente junto al interés difuso debe admitirse, como categoría diferente, la del interés colectivo, o si, inversamente, ambas denominaciones responden a un criterio semejante<sup>27</sup> y son susceptibles de poder usarse indistintamente. Las dificultades de precisión conceptual que presentan tanto los intereses colectivos como los difusos parten incluso de su propia denominación.

En sí misma, la expresión interés colectivo posee incluso diferentes características dependiendo de la rama del derecho por la que sea utilizada (laboralistas, administrativistas, civilistas, etc.). Los entendimientos sobre el contenido de los intereses colectivos son diversos. A veces se amplía su contenido hasta hacerlo coincidir prácticamente con el de interés público, confundiéndolos con los intereses generales y en otras ocasiones se los interpreta en forma sumamente reducida, a punto tal que dificulta su distinción con los derechos subjetivos e inclusive con los intereses legítimos.

Señala TABOADA<sup>28</sup> que en sentido absolutamente genérico (comprensivo tanto de interés colectivo propiamente dicho como de interés difuso) la expresión viene a indicar un conjunto de intereses pertenecientes a sujetos diversos que se encuentren en la misma situación en relación a un bien o interés y respecto del que tienen requerimientos del mismo tipo. En esta acepción, pues, el concepto se utiliza simplemente como sinónimo de solidaridad de intereses y describe el proceso en virtud del cual diversas personas que tienen una misma necesidad se disponen a darle respuesta de manera conjunta y concertada, tratando de dar satisfacción a las necesidades más urgentes por la colectividad a que pertenecen.

De todos modos, conviene hacer una aproximación al tema porque desde larga data la doctrina distingue (aunque no siempre en forma unívoca), los llamados derechos o intereses "colectivos" de los "difusos".

Para los autores que aceptan la distinción, la nota relevante que separaría una y otra categoría caería en la vertiente subjetiva, y consiguientemente, el interés colectivo quedaría configurado como el **interés de un grupo más o menos determinable de ciudadanos, perseguible de manera unificada por exhibir dicho grupo unas características y aspiraciones sociales comunes**. Es decir, en síntesis, que el interés colectivo sería una especie del interés difuso matizada por su referencia a una comunidad menor<sup>29</sup>.

En definitiva, si bien ambas nociones (intereses colectivos e intereses difusos) tienen aspectos coincidentes, lo distintivo radica en que en las hipótesis de "intereses difusos" no existe una comunidad de personas genéricamente organizada e identificable, sino más bien una situación más fluida de una realidad plurisubjetiva.

BARRIOS DE ANGELIS<sup>30</sup> señala que es la dimensión del grupo subjetivo lo que hace colectivo a un interés, pero es la indeterminación, la falta de límites precisos en cuanto a la identificación de las personas que lo componen lo que convierte a ese interés en difuso. Por lo tanto, el interés difuso se caracteriza por corresponder a los sujetos de un grupo indeterminado.

PELLEGRINI GRINOVER<sup>31</sup> remarcando la distinción entre intereses colectivos e intereses difusos ha indicado que no obstante considerar a ambos intereses meta-individuales, o sea no referibles a un determinado titular, la doctrina designa como "colectivos" a aquellos intereses comunes a una colectividad de personas y a ellas solamente, cuando exista un vínculo jurídico entre los componentes del grupo: la sociedad mercantil, el condominio, la familia, los entes profesionales o el propio sindicato dan margen al surgimiento de intereses comunes, nacidos en función de una relación-base que une a los miembros de las respectivas comunidades y que no confundiendo con los intereses estrictamente individuales de cada sujeto, permite su identificación. Por intereses propiamente difusos se entienden aquellos que, no fundándose en un vínculo jurídico se basan sobre datos de hecho genéricos y contingentes, accidentales y mutables: como habitar en una misma región, consumir iguales productos, vivir en determinadas circunstancias socio-económicas, someterse a particulares emprendimientos.

Desde el punto de vista subjetivo, entonces, la titularidad de los intereses difusos pertenece a un grupo indeterminado de personas unidas por elementos de hecho contingentes<sup>32</sup>, y ése es el elemento que los diferencia de los colectivos<sup>33</sup>.

Como señala TABOADA<sup>34</sup>, y surge de las citas doctrinarias realizadas, en el mayor o menor grado de organización del sujeto se ha intentado ver una de las pautas diferenciadoras entre los intereses colectivos y los difusos, considerándose que la mayor estabilidad del grupo sería lo que caracteriza a los intereses colectivos, los que se definirían por tener un sujeto concreto y determinado.

Los intereses difusos, al contrario, estarían referidos a conjuntos imprecisos e indeterminados de individuos, carentes de toda base asociativa.

Lo que faltaría, para algunos, en el interés difuso, es un dimensionamiento de características unitarias en relación a un ámbito especial definido y a una colectividad de referencia que aparezca ligada al mismo. Por ello, allí donde el interés difuso no aparezca objetivamente protegido, la única posibilidad de protección que se ofrece es la de conectarlos a un titular.

TABOADA<sup>35</sup> cita cierta doctrina que define los intereses difusos como el interés de un sujeto jurídico en cuanto es compartido o compartible por una universalidad, grupo, categoría, clase o género de los mismos, cuyo disfrute, ostentación y ejercicio son esencialmente homogéneos y fungibles; y que adolece de estabilidad y coherencia en su vinculación subjetiva, así como de concreción normativa orgánica en sus tutelas materiales y procesales.

La crítica que se le podría formular a esta posición es que reducir la cuestión a términos de titularidad, es insuficiente para la identificación de los intereses colectivos y su diferenciación de los difusos<sup>36</sup>.

La particularidad que ofrecen, es que son intereses, no solo de quienes integran un grupo representativo, sino también de todos aquellos que se encuentran en una situación similar y tienen la misma aspiración a ese bien, aunque no formen parte física del mismo. Por un lado, el interés colectivo o difuso sugiere una relación entre intereses de personas que se encuentran en una misma situación de hecho; y en ese sentido, de vinculación ideal del individuo hacia un bien, encontramos un interés individual, pero al mismo tiempo, es un interés que pertenece a más personas y por eso es común, es decir colectivo.

Y precisamente en esa ambigua cualidad de ser individual y plural, en ese pertenecer idénticamente a una colectividad más o menos vasta, más o menos identificable de sujetos, es en donde reside la característica diferencial más significativa de este tipo de

intereses, en ser, en definitiva, originariamente individuales, pero potencialmente supraindividuales.

En definitiva, concordamos con TABOADA<sup>37</sup> en cuanto a que las diferencias que existen entre ellos no son sustanciales. La circunstancia de que se encuentren conectados a un grupo organizado, representativo del interés, es obviamente una diferencia, pero ello por sí solo no otorga a los intereses colectivos una naturaleza distinta, que los haga sustancialmente diversos de los difusos. Podría ser a lo sumo que ello permitiese su protección y reconocimiento jurídico, pero tal circunstancia es ajena a la configuración básica que definiría a unos y otros, ya que, con grupo organizado o sin él, aquellas cuestiones vinculadas al interés afectarían a todos los sujetos que aunque no pertenezcan al grupo que los representa, se encuentren respecto del mismo en una situación similar con aspiraciones semejantes. El sujeto portador puede aparecer a veces como determinado (si el grupo o asociación tiene un número determinado de miembros: colectivo) y otras como indeterminado, de manera que las fronteras entre los sujetos vinculados y los terceros son sociológicamente borrosas e imprecisas, es decir difusas.

Al mismo tiempo, los intereses pueden afectar a una persona, asociación, organización o grupo de modo inmediato, pero de modo mediato pueden ser afectados hipotéticamente todos los sujetos, en general, del mismo género. En estos casos se trataría de un sujeto fungible, siendo sustituibles unos por otros, pudiendo cambiar, desistir, desvincularse del grupo, ser sustituidos por otros sin que se altere la ecuación social.

#### **4.3 Aplicación de los arts. 42 Y 220 del CGP a los intereses colectivos**

Analizadas las diferencias y similitudes entre los conceptos de intereses difusos y colectivos, cabe analizar ahora si los arts. 42 y 220 del CGP se aplican solo a los intereses difusos o también a los intereses colectivos.

Nuestra jurisprudencia ha tenido un "leading case" al respecto, al analizar la demanda de AGADU (Asociación General de Autores del Uruguay) y otras instituciones, en representación de los intereses de autores, intérpretes y productores de fonogramas, contra empresas o personas que habían violado los derechos de autor. Si bien excede los límites de este trabajo, remitimos a la lectura de tan interesante fallo<sup>38</sup>.

Como señalan MORELLO y STIGLITZ<sup>39</sup>, tratándose específicamente de intereses “difusos” (y lo son generalmente los vulnerados por la ruptura del equilibrio ecológico y análogos), por la misma fuerza de las cosas la sentencia beneficiará no solo a los miembros de la agrupación legitimada (como sucede en los intereses colectivos) sino además a la de otros centros similares de afectación.

A nuestro juicio, en el concepto del art. 42 -intereses “que pertenezcan a un número indeterminado de personas”- ingresan tanto los llamados intereses “difusos” como los “colectivos” y, en consecuencia, a ambas categorías les resulta aplicable el art. 220 del CGP que estudiaremos en profundidad.

En efecto, a pesar de que los arts. 42 y 220 solo se refieren expresamente a los intereses “difusos”, nuestra ley procesal creemos contempla ambas categorías -“difusos” y “colectivos”- en dichas disposiciones que son las normas generales en el tema. Sostener lo contrario implicaría postular la existencia de regímenes legales injustificadamente distintos para dos categorías de intereses claramente emparentadas y que, incluso, en algunas ocasiones, resulta difícil diferenciar.

Este criterio se sostiene en el fundado fallo de KLETT<sup>40</sup> ya mencionado. En efecto, al analizarse en la sentencia qué situación es la contemplada en el art. 42 del CGP desde el punto de vista material, a juicio de la juez, el texto admite dos posibilidades en punto a su aplicación, coincidentes en el resultado:

- a) O bien se entiende que el art. 42 del CGP incluye entre sus supuestos la categoría de los llamados “intereses colectivos”, categoría muy cercana a los “intereses difusos”<sup>41</sup>.
- b) O bien se entiende que no hubo inclusión expresa y se procede a la integración de la norma, mediante los mecanismos previstos en la ley (art. 15 CGP)<sup>42</sup>.

En nuestra opinión, el art. 42 del CGP incluye a los intereses colectivos (criterio a) por lo cual no es necesario recurrir al mecanismo de integración de la norma (criterio b).

Finalmente, siéndole aplicable el art. 42 a los intereses “colectivos”, en nuestra opinión también le será aplicable, como lógica consecuencia inmediata, el art. 220 que analizaremos.

En materia específica de relaciones de consumo, ello ha sido aceptado en la sentencia de primera instancia N° 76/03 de fecha 8/10/03 del Juzg. de Paz Dptal. de Mdeo de 19° turno donde se señala: *“Con respecto a los intereses difusos, la doctrina (Dora*

*Szafir, Ordoqui, Torello) entendieron que el amparo del art. 220 del C.G.P, debía extenderse la cosa juzgada a todos los que están en la misma situación. Esta extensión resulta aplicable tanto en una acción de intereses colectivos como difusos, a pesar de que el art. 220 del C.G.P. habla solo de interés difuso, es decir entonces que el art. 42 del C.G.P. se refiere tanto a los intereses colectivos como a los difusos...”*

Sobre este punto y en el mismo caso, concuerda la Sentencia de segunda instancia N° 66/04 de fecha 22/09/04 del JLC de 14° Turno “...no puede dudarse que estamos frente a una acción colectiva, promovida por una asociación de consumidores que ha cumplido con los requisitos necesarios para ejercer la representación de sus afiliados y ello conforme a lo ya previsto por el art. 42 del C.G.P... resulta de aplicación el lógico corolario de tal legitimación excepcional de las Asociaciones de Consumidores, del art. 220 del C.G.P., esto es, el alcance de la cosa juzgada a todos los afiliados, independientemente de que los mismos con posterioridad opten o no por solicitar la ejecución de la sentencia que simplemente declara su derecho tutelado. Sobre este punto resulta de recibo la tesis amplia por la cual el art. 220 refiere tanto a intereses colectivos como difusos (...). “En efecto, conforme a una recta aplicación de tal enfoque doctrinario por el cual el art. 42 del C.G.P. y también el art. 220 refieren y permiten la tutela tanto de intereses colectivos como difusos, y siendo la representación por parte de las asociaciones de consumidores de naturaleza legal y para sujetos que son determinables y no indeterminados, no es necesario acreditar quienes son cada uno de los representados.”

#### **4.4 Intereses o derechos individuales homogéneos**

El derecho uruguayo no regula este supuesto.

El Código Modelo de Procesos Colectivos, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, en su art 1° los define como “*el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase*”.

Sin lugar a dudas que prever el modo de articular este tipo de derechos, habilitando efectos extensivos del fallo, y a su vez, coordinándolos con los colectivos y difusos, es de especial relevancia, en la medida que en los procesos colectivos suelen acumularse y hasta “disfrazarse” unos en otros.

## **5. LEGITIMACION ACTIVA**

### **5.1 Referencia a las soluciones en el derecho comparado**

Como lo indican MORELLO y STIGLITZ<sup>43</sup>, para cubrir la tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales, se han experimentado en el derecho comparado, diversos modelos alternativos: a) la actuación del Ministerio Público; b) o de un organismo especializado, como el ombudsman de los consumidores nórdicos o un Fiscal ambiental; c) las acciones públicas delegadas ("relator action" o "public interest action"), motorizada por un denunciante o fiscal privado ("private attorney general"); d) las "class actions" estadounidenses, sin contralor directo del Estado que no sea el consistente en la decisión judicial sobre la adecuada representatividad del o de los accionantes, y con virtualidad expansiva de la cosa juzgada, sin límites, al conjunto de los miembros de la clase afectada; e) las acciones populares, en las que cualquier ciudadano puede accionar en nombre de todos; f) por último, la estructuración de procedimientos especiales sustentados en la legitimación de asociaciones privadas de defensa, con un matiz pluralista apto para la extensión de los efectos de la sentencia a todos los miembros del grupo representado.

### **5.2 La solución del derecho uruguayo**

#### **5.2.1 El art. 42 del CGP**

El sistema jurídico uruguayo -hasta el advenimiento del Código General del Proceso que recepta el instituto- había confiado, como sucedió en el pasado también en otros ordenamientos jurídicos, casi exclusivamente, la protección de los intereses difusos, a la ley y a la actividad de los órganos de la administración, como elementos ejecutores o fiscalizadores del cumplimiento de aquella.

En tal sentido, como señala LANDONI<sup>44</sup>, es justo reconocer, que han existido en nuestro país desde hace mucho tiempo, textos relativos a la tutela de los hoy denominados intereses difusos por parte del Estado (administrador) y que esas regulaciones han sido, en muchos casos, excelentes y avanzadas para su época.

El problema es que cuando se confía la tutela de tan importantes intereses a órganos administrativos y no se prevén soluciones sustitutivas para el caso de que aquellos no actuaran o lo hicieran en forma inadecuada, se frustra la defensa con riesgo de despreteger a la comunidad.

Como habremos de examinarlo a continuación, la tutela hoy se extiende a todos los actores de la vida social.

El art. 42 del Código General del Proceso preceptúa:

*"Representación en caso de intereses difusos. En el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos y, en general, que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente, el Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido".*

Dicha norma se complementa con el art. 6º inc. 2º de la Ley Nº 16.112 del 30/5/90 (Ley de creación y fijación de competencias del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente) que dispone que *"el Ministerio podrá ejercer la acción prevista en el art. 42 del Código General del Proceso"*.

Por su parte, el Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 17.823 de 2004, dispone en el art. 196:

*"(Intereses difusos): Ampliase a la defensa de los derechos de los niños y adolescentes las previsiones del art. 42 del Código General del Proceso"*.

Otro tema de destaque es que en nuestra acción de amparo (ley 16.011), clara recepción jurisprudencial y doctrinaria ha recibido en cuanto a la legitimación, la invocación de los intereses difusos, relacionados fundamentalmente con el impacto ambiental. Sin embargo, el número de las sentencias que acogieron la pretensión resulta notoriamente reducido en comparación con los procesos iniciados, debido a que nuestro proceso de amparo es sumamente restringido y excepcional.

En la Sentencia Nº 118/97 de fecha 13/11/97 del TAC 5º se postula con acierto la aplicación del criterio amplio de legitimación para el proceso de amparo en materia de consumidores. Señala el fallo: *"... pueden deducir el amparo no solo los titulares de derechos subjetivos, sino también los portadores de intereses legítimos, incluidos los llamados "intereses difusos". Y el art. 42 del CGP contempla la defensa de cuestiones relativas a los intereses generales, confiriendo legitimación a cualquier interesado -entre los cuales pueden incluirse los consumidores- cuando se trate de la defensa de sus intereses contra formas de publicidad engañosa, abusiva o ilícita."*

### 5.2.2 Antecedentes

La norma contenida en el art. 42 del CGP no se encuentra en los anteriores proyectos.

La previsión relativa a los intereses difusos, recién la encontramos en el Proyecto de Código de Procedimiento Civil de 1984.

El art. 10. de dicho proyecto disponía: "*Capacidad procesal....b) En el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos, del consumidor o similares, estarán legitimados para promover el proceso pertinente, cualquier habitante del país, las instituciones o asociaciones de interés social y el Ministerio Público, en forma indistinta*".

Por su parte el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, en su art. 53 consagra la defensa de los intereses difusos. Esa norma es tomada por el CGP en su art. 42.

### 5.2.3 Legitimados activos

#### A. *Consideraciones generales*

Como se señalara oportunamente<sup>45</sup>, adoptando un criterio amplio, el Código en Uruguay ha optado por admitir la pluralidad de legitimados activos, procurando abrir el abanico de posibilidades para la protección de los intereses involucrados.

Se incluye en el derecho positivo la posibilidad de que cualquier interesado (no estamos ante una acción popular<sup>46</sup>) y las asociaciones de interés social pueden ejercer una acción en defensa de los intereses difusos, además del Ministerio Público.

La solución del CGP es, a nuestro juicio, correcta al permitir conjugar los esfuerzos de particulares, órganos públicos e instituciones privadas.

Como lo ha señalado VIERA<sup>47</sup>, por el art. 42 del CGP debe entenderse que no solo están legitimados cualquiera de los sujetos aludidos sino también que pueden actuar conjuntamente<sup>48</sup>. La finalidad de protección del mejor modo posible de los intereses difusos justifica esa interpretación como la más lógica. Agrega que solo mediante una interpretación amplia se explica que el CGP haya dejado librado a juicio del tribunal determinar si la institución o asociación compareciente garantiza una adecuada defensa del interés comprometido.

Pueden comparecer indistintamente (o conjuntamente) en juicio, en defensa de los intereses difusos, los legitimados que analizaremos a continuación.

### *B. El Ministerio Público*

Según el ya citado art. 42 del CGP uno de los legitimados para promover el proceso en defensa de intereses difusos (y colectivos), es el Ministerio Público.

Algunos autores, como CAPPELLETTI, MORELLO, PALACIO y LANDONI<sup>49</sup>, han señalado que el Ministerio Público no es solución adecuada para actuar como defensor de los intereses difusos, por lo menos en el corto plazo y manifiestan su deseo de que en el futuro próximo se establezca un órgano público, similar al ombudsman o al defensor del pueblo, con el expreso cometido de tutelar los intereses difusos. Se señala que la naturaleza de los intereses difusos, así como su extensión y heterogeneidad, determina que el Ministerio Público tenga marcadas limitaciones para asumir en forma idónea la tutela jurisdiccional de aquellos.

Señalan que para lograr que el Ministerio Público pueda actuar en forma medianamente eficiente será necesario, no solo modificar su estructura actual, creando órganos especializados dentro de ella, sino que además será menester dotarlo de los medios humanos y materiales imprescindibles y realizar un intenso proceso educativo -similar al realizado para Jueces y Fiscales con el CGP- que les permita a sus agentes adecuarse en forma acelerada a las exigencias que la nueva problemática de los intereses difusos hoy plantea.

Por otro lado se ha señalado que en Uruguay el Ministerio Público es una institución realmente idónea e independiente que justifica su adecuada actuación en la defensa de los intereses difusos, aún ante infracciones de organismos estatales dado que sus miembros gozan de independencia en el ejercicio de sus funciones<sup>50</sup>.

En Brasil la experiencia demuestra que el número de acciones civiles públicas ejercitadas por los órganos públicos -sobre todo por el Ministerio Público- es notablemente superior al de las que son originadas en demandas de instituciones privadas. Se señaló incluso que la convocatoria para actuar en un campo tan lejano de sus preocupaciones tradicionales dio margen a una auténtica revitalización del Ministerio Público en Brasil<sup>51</sup>. Como señala PELLEGRINI<sup>52</sup>, en Brasil el Ministerio Público goza de autonomía e independencia satisfactorias en la defensa de los intereses difusos.

Se ha propiciado, en una opinión compartible, que dentro del Ministerio Público uruguayo se cree una Fiscalía especializada que actuaría en relación con los problemas del entorno y esté autorizada para demandar ante las autoridades judiciales o administrativas

competentes, a iniciativa propia o por denuncia de los damnificados, la adopción de medidas para hacer cesar todos aquellos hechos dañosos para el habitat o todo tipo de omisiones de los depredadores del medio ambiente, hacer cumplir las normas vigentes al respecto, etc<sup>53</sup>.

Resulta oportuno destacar aquí la importancia que puede revestir la actuación del Ministerio Público en este tipo de procesos.

En algunos casos el Ministerio Público de nuestro país invocando la norma precitada del CGP sobre legitimación, ha iniciado acciones frente a los organismos del Estado involucrados con relación a varias cuestiones vinculadas al medio ambiente (contaminación por plomo de los pobladores de una zona de Montevideo, disposición final de los residuos hospitalarios, contaminación de laguna, fabricación de naftas con plomo, instalación de plantas industriales, etc.).

Respecto a la actuación del Ministerio Público en defensa de los intereses difusos o colectivos, cabe destacar la *sentencia de primera instancia N° 85/2003, de fecha 28/11/03 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 7° Turno*<sup>54</sup> por la repercusión pública que el caso tuvo, constituyéndose en un "leading case".

La acción instaurada en este caso por el Ministerio Público, que representa un valioso antecedente en nuestra jurisprudencia, se dirige a prevenir la contaminación ambiental producida por las emanaciones de los vehículos automotores, que introducen en el medio ambiente cantidades de plomo nocivas para la salud, de acuerdo a estudios e informes técnicos aportados al proceso. De donde la responsabilidad por tal contaminación ambiental, calificada en la demanda como "grave", se traslada a la empresa estatal encargada de la producción y comercialización de las naftas con plomo en nuestro país (ANCAP). Se procura sobre esa base, la declaración de la responsabilidad de ANCAP en la contaminación ambiental producida por el plomo utilizado en la producción de las naftas, y la inhibición o interdicción de continuar produciendo naftas con plomo, bajo apercibimiento de astreintes.

La *sentencia de primera instancia N° 85/2003, de fecha 28/11/03 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 7° Turno*, ampara la demanda, considerando suficientemente acreditado el supuesto de contaminación ambiental grave invocado por el Fiscal, y la correlativa responsabilidad de ANCAP como órgano encargado de la producción del elemento contaminante (nafta con plomo), por omitir el cumplimiento del deber de abstenerse de realizar actos de

contaminación grave al medio ambiente, imponiéndole la obligación de cesar la producción de tales naftas a partir del 31/12/2003, y estableciendo una multa diaria en caso de incumplimiento.

Sin perjuicio de las cuestiones ambientales planteadas y por derivación su incidencia en el ámbito de las relaciones de consumo (consumidores de nafta con plomo), esta sentencia nos introduce en los aspectos procesales involucrados con la tutela de los intereses difusos, en particular, la legitimación y el rol del Ministerio Público en la defensa de tales intereses.

Por contraposición a lo que ocurre con los particulares, el Ministerio Público no se encuentra en una situación de libertad de acción (derecho subjetivo), sino de poder-deber público, conforme al cual, enfrentado a una situación que reclame su actuación, no tiene la libertad de optar sino que debe promover la correspondiente acción. Lo cual, obviamente, no enerva su independencia técnica ni la correlativa apreciación de la situación a fin de determinar si, efectivamente, se encuentra comprometido el interés general y consecuentemente, está en condiciones de promover el correspondiente proceso.

Sobre esa base conceptual y normativa, la protección del medio ambiente y por derivación los derechos de los consumidores, fue asumida en el caso comentado por el Ministerio Público, que ejerció la titularidad de la correspondiente acción amparado en claras disposiciones legales, en particular el artículo 42 del Código General del Proceso que le confiere legitimación para accionar en cuestiones relativas a la defensa de intereses difusos. Lo que se complementa con lo dispuesto en el art. 47 de la Constitución de la República, que declara de interés general la protección del medio ambiente; y el art. 10 del Decreto-Ley 15.365 que atribuye al Ministerio Público la representación y defensa de la causa pública en todos los asuntos en que ella pueda estar interesada.

La acción del Ministerio Público en el caso comentado, revela una profusa labor instructoria, que incluye medidas preparatorias destinadas a recabar información sobre los aspectos técnicos involucrados en la contaminación ambiental alegada. En términos generales, puede afirmarse que la relevancia de las diligencias instructorias preliminares\* resulta prioritaria en el ámbito del accionamiento promovido por el Ministerio Público en representación de

---

\* NOTA DEL EDITOR: El autor se refiere a diligencias que en El Salvador corresponderían, en cierta medida, a las llamadas diligencias preliminares, art. 255 CPCM.

intereses difusos, como lo ha señalado nuestra jurisprudencia al expresar que la implicancia tan solo formal del Ministerio Público en el objeto aunada a su deber de actuar la ley, marca la necesidad de que la actividad instructoria se anticipe a la alegatoria, de forma que cuando actúa en calidad de parte actora, el proceso -aun el de naturaleza civil- de regla se inicia con actividad preliminar de naturaleza probatoria.<sup>55</sup>

Pero más allá de la actividad probatoria preliminar, deben articularse medios que faciliten el acceso a la información de los representantes del Ministerio Público, y que permitan un contacto más fluido con los actores sociales para recibir y canalizar sus planteos en esta y otras temáticas de interés general.

De todas formas, las eventuales deficiencias en la actividad instructoria no son susceptibles de afectar el derecho de los restantes interesados, en la medida que, como veremos, la sentencia absolutoria por ausencia de pruebas no impide el replanteo de la cuestión por cualquier otro legitimado (art. 220 del CGP).

En efecto, en el referido caso, la *sentencia de segunda instancia, N° 273/04, de fecha 3/11/04 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno*, revoca la de primera instancia, desestimando la demanda, entre otros argumentos porque a su juicio no se ha probado un daño grave al medio ambiente causado por la empresa estatal.

Finalmente, la *sentencia N° 237/2005 de la Suprema Corte de Justicia*<sup>56</sup>, desestima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público contra la sentencia de segunda instancia.

Con relación a esta nueva postura del Ministerio Público habrá que esperar un tiempo prudencial para que ella se consolide y podamos decir que efectivamente dichos magistrados están cumpliendo con los mandatos de su ley orgánica (decreto ley N° 15.365 del 30/12/1982) que en el art. 10 N° 1 les impone el deber de "*Representar y defender la causa pública en todos los asuntos en que pueda estar interesada*".

El Ministerio Público podrá intervenir en los procesos colectivos:

- a) Como parte principal si deduce la pretensión (arts. 28 y 42 del CGP).
- b) Como tercero, en cuyo caso su intervención consistirá en ser oído, en realizar cualquier actividad probatoria y en deducir los recursos que correspondan (art. 29.2 del CGP).
- c) Aun cuando no haya intervenido ni como parte ni como tercero, podrá ser llamado como dictaminante técnico, auxiliar del tribunal, cuando este lo considere necesario o conveniente (art. 29.3).

*C. Cualquier interesado*

Así, se admitiría, por ejemplo, la acción de un consumidor en defensa del interés difuso de todos los consumidores en idéntica situación, o de un particular en defensa del medio ambiente contra quien produce polución, perjudicando el interés general<sup>57</sup>.

Si bien se estima como correcta la solución del legislador otorgando legitimación activa a cualquier interesado en la defensa de un interés difuso, se ha señalado también que tal defensa enfrentará en la realidad dificultades, por las siguientes circunstancias<sup>58</sup>:

- a) En primer lugar, porque será muy difícil que un individuo pueda enfrentar solo la especial complejidad de las cuestiones relativas, por ejemplo, a la degradación del medio ambiente con los gastos consiguientes que ello le aparejará, tanto procesales como extra-procesales.
- b) En segundo lugar, porque por regla general se verá enfrentado o bien a empresas con mayor poderío económico (por ejemplo: habitante de una ciudad frente a empresa multinacional que contamina el medio ambiente) o bien al propio Estado que al poderío económico suma su poderío político (por ejemplo: habitante frente empresa estatal que afecta el medio ambiente).
- c) En tercer lugar, porque las condicionantes referidas, actuando en forma conjunta o separadamente, colocarán al individuo interesado -por regla general- en una situación de natural inferioridad que le harán desistir, anticipadamente, de iniciar cualquier acción judicial dirigida a la defensa de un interés difuso.

No obstante, en Uruguay, dado el adecuado funcionamiento general de nuestro sistema judicial -por supuesto siempre mejorable-, creemos que el interesado dispone de todas las garantías para iniciar solo o con otros interesados un proceso en defensa de intereses difusos y, si tiene fundamento su pretensión, obtener una sentencia favorable.

*D. Las instituciones o asociaciones de interés social, que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido<sup>59</sup>.*

*a. Consideraciones generales*

La iniciativa de prestigiar la actuación de las instituciones o asociaciones cobra una significación muy importante desde

el punto de vista político-social, fundamentalmente en un contexto de revivificación y desarrollo de los mecanismos democráticos. Como señala BARBOSA MOREIRA<sup>60</sup>, no existe ni puede existir democracia estable sin la presencia de grupos sociales fuertes y activos, que llenen el hiato entre el individuo y el Estado y eventualmente suavicen la aspereza de ciertas confrontaciones. Estos grupos intermedios, en materia de intereses difusos, son ahora llamados a dar una voz fuerte al hombre común para la expresión de sus inquietudes y aspiraciones, para defender sus derechos y advertir sobre los peligros existentes. Sin tal conducto, los hombres comunes no lograrían probablemente hacerse oír con suficiente intensidad.

Como señala VESCOVI<sup>61</sup>, cabe hoy reconocer el papel fundamental de las "Organizaciones no gubernamentales" (O.N.G) en la nueva forma reclamada de democracia participativa y en la tarea de reemplazar los patrones de desarrollo insostenible por un desarrollo ecológicamente racional y sostenible. Por tanto, por ejemplo, para el estudio del derecho ambiental y para las transformaciones del propio derecho frente a cuestiones ambientales, tiene gran importancia el reconocimiento procesal de la calidad subjetiva de las asociaciones ambientalistas para pedir, ante tribunales administrativos y judiciales, medidas de protección para el derecho difuso. Resulta fundamental la participación y la legitimación de las asociaciones ambientalistas, porque si la materia quedara únicamente bajo la responsabilidad estatal no tendríamos la seguridad de que las leyes y principios serían cumplidos<sup>62</sup>.

En materia de defensa del consumidor pueden formularse iguales consideraciones. La ley 17.250 de relaciones de consumo consagra como derecho básico del consumidor *"la asociación en organizaciones cuyo objeto específico sea la defensa del consumidor y ser representado por ellas"* (art. 6º, lit. E). El art. 42, lit. E, por su parte establece como competencia de la Dirección del Área de Defensa del Consumidor *"Fomentar la constitución de asociaciones de consumidores cuya finalidad exclusiva sea la defensa del consumidor. La Dirección del Área Defensa del Consumidor llevará un registro de estas asociaciones, las que deberán constituirse como asociaciones civiles."*

En cualquiera de los casos, en materia de intereses difusos y colectivos se ha marcado la conveniencia de canalizar el acceso a la justicia mediante el obrar conjunto de los damnificados. De este modo se dispondría de capital suficiente para encarar el proceso, generalmente con verificaciones técnicas (pericias) excesivamente costosas. La posibilidad de encarar tales procesos, de los que pueden devenir condenas a sumas importantes, agrega a la función resarcitoria de la responsabilidad civil, una función preventiva. Así, por ejemplo, la amenaza de la responsabilidad civil, apremiará al empresario, si no al cese, al menos a la instalación de mecanismos tales (como depuradores, filtros, etc.) tendientes a evitar la contaminación.

b. *Alcance de las expresiones "instituciones o asociaciones"*  
Señala LANDONI<sup>63</sup> que no surge de los antecedentes parlamentarios cuál ha sido la intención del legislador al utilizar los vocablos "instituciones o asociaciones", pudiendo ser de recibo dos posibles interpretaciones, a saber:

a) La primera, que sostiene que el legislador ha empleado ambas expresiones -por más que desde el punto de vista conceptual podría indicarse que una es género (institución) y la otra especie (asociación)- para señalar el distinto substrato que sirve de apoyo, de soporte a la persona jurídica y siguiendo en este punto los lineamientos trazados por el art. 21 inc. 2º del Código Civil.

Desarrollando esta tesis, podemos ver que en el caso de la asociación para que comience la existencia de ésta se requiere el acuerdo de dos o más personas que se obliguen a desplegar en común sus actividades para alcanzar el fin que se proponen.

En cambio, el principio de existencia de la fundación, radica en un acto unilateral por excelencia, empieza con la manifestación de voluntad del fundador o instituyente, que dispone de los elementos de hecho, siendo decisiva la voluntad del fundador para el nacimiento de la nueva persona jurídica. La voluntad del fundador -manifestada por acto entre vivos o por disposición de última voluntad- indica el fin de la fundación, asigna por lo regular un fondo patrimonial para

la consecución de ese fin y por lo general contiene normas de ordenación de la administración y acerca de la inmutabilidad y desafectación del patrimonio.

Tanto la fundación como la asociación, obviamente presuponen la **existencia de una persona jurídica**.

- b) La segunda interpretación posible, consistiría en englobar dentro del concepto "institución" a todo conglomerado humano, aglutinado alrededor de una idea y en la búsqueda de un fin determinado.

Con esta segunda tesis se otorgará legitimación a las numerosas Comisiones Vecinales, Comisiones de Fomento, Uniones de Vecinos, Círculos de Artistas, etc., existentes, **aun cuando ellas no tuvieran personería jurídica**.

LANDONI<sup>64</sup> considera más conforme con nuestro ordenamiento jurídico a la primera interpretación, ya que las situaciones que pretende contemplar la segunda -agrupamientos humanos sin personería jurídica- están comprendidos en la hipótesis legal de "cualquier interesado" que obviamente comprende en su alcance, aquellos supuestos en los cuales los interesados sean varios. Se podría agregar que la exigencia de la personería jurídica deriva de los principios generales. El CGP no exige a texto expreso que estas instituciones tengan personería jurídica de acuerdo con la ley civil por lo cual podría sostenerse que en este caso no existe tal exigencia, como lo han señalado algunos autores. Así, señala VIERA<sup>65</sup> que en su propósito de facilitar el acceso a la justicia de los cuerpos intermedios para la tutela de los intereses difusos, el CGP no se ha preocupado de si tienen o no tienen personería jurídica.

VIERA<sup>66</sup> sostiene que les asiste igualmente a las asociaciones sin personería jurídica derecho a accionar, interpretación que mantiene asimismo en cuanto a la posibilidad de utilizar el amparo. En efecto, según VIERA en nuestro país, la acción de amparo regulada por la ley 16.011 resulta el instrumento más eficaz para la protección de estos intereses; así como también fue acordado en el orden internacional en el Con-

greso Internacional de Derecho Procesal de Wurzburg de 1983; y precisamente la ley 16.011 exige expresamente en su art. 1º que las asociaciones tengan personería jurídica para poder accionar. Con criterio amplio, interpreta que la ley 16.011 no ha derogado en este aspecto el art. 42, CGP, que confiere una legitimación muy especial para los intereses difusos, más allá de las reglas generales sostenidas por el mismo Código, a lo que se suma una valoración axiológica que contribuye a la opción a favor de la norma especial del art. 42.

Si las organizaciones demuestran seriedad no es posible negarles legitimación para actuar. VESCOVI<sup>67</sup> también sostiene que cualquier asociación, sin siquiera exigirle la personería jurídica, puede actuar<sup>68</sup>. Personalmente nos inclinamos por esta posición.

Sin embargo, en materia específica de defensa al consumidor el tema es más complejo ya que, al menos en una primer lectura, la Ley de Relaciones de Consumo Nº 17.250 (LRC) parece exigir en esta materia la personería jurídica. La LRC consagra como derecho básico del consumidor *"la asociación en organizaciones cuyo objeto específico sea la defensa del consumidor y ser representado por ellas"* (art. 6º, lit. E). El art. 42, lit. E, por su parte establece como competencia de la Dirección del Área de Defensa del Consumidor *"fomentar la constitución de asociaciones de consumidores cuya finalidad sea la defensa del consumidor. La Dirección del Área Defensa del Consumidor llevará un registro de estas asociaciones, **las que deberán constituirse como asociaciones civiles**"*<sup>69</sup> (el destacado es nuestro).

Creemos que aún en el marco de la LRC puede sostenerse que una organización de consumidores sin personería jurídica o que aun teniéndola no se haya registrado conforme a la LRC y su reglamentación, puede tener legitimación para la representación de los intereses difusos y colectivos, siempre y cuando a juicio del tribunal asegure la defensa del interés comprometido.

En otros términos, cuando una organización de consumidores cumple con todos los requisitos de la LRC y su reglamentación, su legitimación es dada directamente por la ley, no correspondiendo al tribunal analizar otros aspectos. En cambio, cuando la organización de consumidores haya omitido alguno de los requisitos de la LRC y su reglamentación, corresponderá al tribunal analizar que dicha organización garantice una adecuada defensa del interés comprometido en los términos del art. 42 del CGP<sup>70</sup>.

En otro orden de cosas, pero también vinculado al tema de la legitimación activa de las instituciones o asociaciones, de especial interés resulta la Sent. 76/03 de fecha 8/10/03 del Juzg. de Paz Dptal. de Mdeo de 19º turno, revocada en segunda instancia por la Sent. 66/04 del JLC de 14º Turno por la cual fueron consideradas abusivas y declaradas nulas varias cláusulas de un contrato referente al llamado "Superplan de UTE" (empresa pública de electricidad). Mediante este plan, el consumidor podía adquirir electrodomésticos financiados por una entidad bancaria, con la cual UTE había realizado el correspondiente convenio, a los efectos de incentivar el consumo de energía eléctrica así como el uso del mecanismo de la financiación. Dicho Plan consistía en asociar la venta financiada de electrodomésticos a la factura de venta de energía eléctrica, de modo que la garantía del pago de la compra del electrodoméstico era el propio servicio de energía eléctrica que se le cortaba al consumidor si no pagaba el electrodoméstico. En el juicio comparece como parte actora una organización de consumidores (Consumidores y Asociados del Uruguay) en representación de uno de sus afiliados en particular y de los intereses colectivos de todas las personas que hubieren suscrito el contrato referido al Superplan UTE.

Dado el carácter presuntamente abusivo de múltiples cláusulas contenidas en el referido contrato, la parte actora, en el caso de autos, pretende el dictado de una sentencia mediante la cual se declare la nulidad de las mismas para el caso puntual en particular y para todos los que hayan suscripto iguales contratos.

En primera instancia, la *sentencia N° 76/03 de fecha 8/10/03* cuestiona la legitimación activa de la parte actora. Estima que *"...corresponde determinar si la asociación actora tiene personería para actuar en este juicio en función de los intereses colectivos homogéneos que pretende representar (...) los actores no han probado a quienes representan (...) La actora se presenta en representación de su afiliado y de todas las demás personas firmantes de contratos iguales, la documentación que presenta y agrega con posterioridad a la introducción de la demanda solo prueba que XX es socio de la referida asociación."*. Asimismo agrega: *"Tratándose de una Asociación "de consumidores y usuarios asociados del Uruguay" y si la misma tiene personería jurídica, solo puede representar a sus asociados, de lo contrario la legitimación corresponde a cada compareciente a título individual. La actora, pretende representar a "terceros", no surge de autos que los mismos se encuadren afiliados a la Asociación, tampoco surge de obrados los titulares de los "intereses colectivos" que se pretenden tutelar"*.

En segunda instancia, por *sentencia N° 66/04 de fecha 22/09/04 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 14° Turno*, se revoca con acierto el criterio de primera instancia, aceptándose la legitimación de la organización de consumidores. La Juez expresa: *"... en postura diferente a la adoptada en el fallo en análisis, se estima que es clara la legitimación activa de la actora como asociación de consumidores, para representar a sus afiliados, sin necesidad de identificar y/o denunciar el nombre de cada uno de ellos. En efecto, (...) se trata de un supuesto de representación legal (el poder emana de la ley) de las asociaciones con respecto a sus afiliados, y por ello no se requiere el poder especial, ni la calidad de procurador del apoderado (...) no puede dudarse que estamos frente a una acción colectiva, promovida por una asociación de consumidores que ha cumplido con los requisitos necesarios para ejercer la representación de sus afiliados y ello conforme a lo ya previsto por el art. 42 del C.G.P."*.

Y más adelante agrega, "...no es necesario acreditar quienes son cada uno de los representados. Si bien en el caso de autos, el objeto de la apelación ha quedado reducido a los afiliados, si bien la demanda fue inicialmente más amplia comprendiendo a todo consumidor en la situación del contrato de autos, la representación legal tiene lugar para todo consumidor, y es por ello que en tales supuestos su identificación concreta no sería posible".

Se señala que con relación a la falta de legitimación activa de la organización de consumidores, se comparte que la invocación del interés involucrado siempre lo fue como colectivo y no como difuso.

En otra parte se señala: "...resulta de aplicación la Ley de Relaciones de Consumo, y por ello, debe admitirse la legitimación activa de una Asociación de Consumidores, la que ejerce la representación legal de sus afiliados para la tutela de los intereses colectivos o individuales homogéneos de los mismos".

"La ley, entonces, autorizó expresamente a los titulares de determinados intereses a asociarse y a ser representados por tales entidades, y en este caso los intereses son de "consumidores"... existiendo asimismo acuerdo en que se trata de intereses colectivos homogéneos".

"En cambio, no se comparte... que para que opere la representación legal deba identificarse a los representados, sino que se trata de una representación legal que opera "per relationem", siendo relativa a sujetos determinables por su calidad de afiliados, y ello en el presente caso conforme al objeto de la apelación (podría alcanzar con la calidad de "consumidores"). En puridad no se trata de "terceros" sino de partes en sentido sustancial determinables."

c. Alcance de la expresión "de interés social"

Corresponde destacar que el legislador ha calificado a las respectivas "instituciones o asociaciones": deben ser de "interés social". Ello lleva a analizar el alcance del significado de esta expresión.

Para LANDONI<sup>71</sup>, como el propio Diccionario de la Real Academia lo indica, social es: "... perteneciente o re-

*lativo a la sociedad...*” y lo que el legislador ha querido indicar con dichas expresiones, es que las personas jurídicas (instituciones o asociaciones) deben de haberse constituido con un fin social específico vinculado con los intereses a tutelar.

La ley brasileña 7347 del 24 de julio de 1985 -como ya lo hemos señalado- estableció en su art. 5 que las asociaciones privadas para tener legitimación deben incluir entre sus finalidades institucionales la protección al medio ambiente, al consumidor, al patrimonio artístico, estético, histórico, turístico o paisajístico.

El CGP uruguayo (al igual que el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica), en solución que compartimos, en vez de ejemplificar, ha preferido utilizar una expresión genérica, la de “interés social” con la cual comprende no solo a las situaciones previstas por la ley referida, sino también a todas aquellas otras hipótesis que se pudiesen plantear en el futuro, con un interés difuso a proteger<sup>72</sup>.

En materia de defensa relaciones de consumo, la LRC explícitamente establece que las organizaciones deben tener como objeto específico la defensa del consumidor (arts. 6º, lit. E) y 42 lit. E).

d. *La garantía de una adecuada defensa del interés comprometido*

El art. 42 del CGP, como vimos también dispone que dichas instituciones, según la ley o a juicio del tribunal, deben garantizar una adecuada defensa del interés comprometido.

El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica (art. 53) y el CGP uruguayo (art. 42), se apartan en este punto de los antecedentes brasileños<sup>73</sup>, pues la garantía de una adecuada defensa del interés comprometido puede resultar tanto de la ley, que la podría presumir en determinadas hipótesis, así como del juicio que el propio tribunal emita ante la situación concreta planteada. Así, por ejemplo, si la institución o asociación hubiese contemplado en sus estatutos o en el acta de fundación la defensa del interés difuso en cuestión y si a ello se uniese una vasta trayectoria

en la defensa de dichos intereses, nos parece claro que no habrá, en dicha hipótesis, dificultad alguna en reconocerle la legitimación que invoca.

La garantía de una adecuada defensa resulta de la propia norma legal que la presume en el caso de relaciones de consumo, donde la LRC refiere a organizaciones cuyo objeto específico sea la defensa del consumidor, constituidas como asociaciones civiles e inscriptas en el registro respectivo (arts. 6º, lit. E) y 42, lit. E) de la LRC y arts. 10 y 12 del Dec. 244/00). Para el caso de que la ley no contemple una solución expresa o –para quienes así lo admitimos– incluso si contempladas soluciones expresas no se cumplieran con dichos requisitos, siguiendo los lineamientos de la doctrina<sup>74</sup>, cabe afirmar que la asociación o institución accionante deberá acreditar algunos extremos con la finalidad de que el tribunal pueda emitir un juicio positivo respecto de la legitimación:

- a) Que es titular o representante del interés difuso a tutelar.
  - b) Que ese interés es común al grupo que representa.
  - c) Que por su especialización en el tema (idoneidad técnica) y por su idoneidad moral garantiza una adecuada defensa del interés comprometido.
- e. *Oportunidad en que debe apreciarse el presupuesto de garantía de una adecuada defensa del interés comprometido*

Conforme al CGP se deberá realizar el análisis al controlar la demanda (art. 119), pudiendo rechazarla si en forma ostensible, ella es manifiestamente improponible (art. 119.2) y también en la audiencia preliminar (art. 133 Nº 9 y art. 341) luego de que el demandado haya presentado su contestación, con la que deberá haber opuesto las excepciones que tuviera, entre las cuales puede estar "*la falta de legitimación o interés cuando surja manifiestamente de los propios términos de la demanda*".

Si la falta de la legitimación o de interés del actor no es manifiesta, no se podrá acoger dicha excepción en

la audiencia preliminar y deberá esperarse al pronunciamiento que al respecto se hará en la sentencia definitiva.

El tema tiene notable importancia, por las consecuencias que ello aparejará al momento de determinarse la eficacia de la sentencia y el tribunal deberá ser extremadamente cuidadoso, debiendo impedir conforme al principio de buena fe y lealtad procesal consagrado en el art. 5 del CGP, el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria.

*E. El Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente*

El art. 6º inc. 2º de la Ley Nº 16.112 del 30/5/90 (Ley de creación y fijación de competencias del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente) dispone que "*el Ministerio podrá ejercer la acción prevista en el art. 42 del Código General del Proceso*"

La legitimación activa del Ministerio referido pasa muchas veces inadvertida y, sin embargo tiene gran importancia.

En primer lugar porque, desde la órbita pública, se faculta la defensa del medio ambiente no solo al Ministerio Público, sino también al Ministerio con competencias ambientales.

En segundo lugar, porque constituye una legitimación un poco especial en la media que se concede la misma al Ministerio directamente, no siendo necesaria la comparecencia del Poder Ejecutivo (Presidente con uno o más ministros).

5.2.4 Inexistencia de previsión legal sobre la acción colectiva pasiva

El art. 42 del CGP contiene una solución expresa sobre la legitimación activa en materia de intereses difusos, pero ninguna referencia existe sobre la legitimación pasiva. Las acciones colectivas pasivas se verifican cuando la acción no es propuesta por la "clase" sino contra ella<sup>75</sup>.

Imaginemos que la demanda se desea instaurar contra el grupo o clase de sujetos eventualmente afectados. Por ejemplo: una empresa prevé lanzar al mercado un producto o servicio que se vende mediante contratos de adhesión y antes de incurrir en contingencias desea saber si, a juicio de la justicia, tales contratos contienen o

no cláusulas abusivas. La empresa podría intentar una declaración judicial en tal sentido, demandando a los posibles interesados, organizaciones de consumidores, entidades estatales de control, etc. a efectos de que al contestar la demanda se manifiesten respecto del contrato.

Ante la ausencia de solución legal, el intérprete debe hacer esfuerzos de buscarle una solución al punto, pero sería esperable un desarrollo legislativo siguiendo el Código Modelo de Procesos Colectivos, que en sus arts. 31 y ss. regula las acciones colectivas pasivas.

Constituyen una innovación, dado que no existen antecedentes iberoamericanos de su aplicación e, incluso en Brasil –sin texto expreso que las regule–, se ha discutido su admisibilidad.

El antecedente más cercano serían las "*defendant class actions*" del derecho norteamericano y algún antecedente británico.

En Uruguay no ha habido aún casos planteados en los que se haya arribado a sentencia y el único caso que conocemos que llegó a los tribunales culminó en transacción, por lo cual el tribunal no llegó a pronunciarse sobre la cuestión de la legitimación pasiva colectiva.

## **6. OBJETO DE LAS PRETENSIONES PLANTEADAS EN PROCESOS COLECTIVOS**

### **6.1 Consideraciones previas**

Para comprender cabalmente las incidencias del art. 220 del CGP al extender en forma general los efectos de la cosa juzgada, es necesario reseñar cuáles pueden ser los objetos de accionamiento de los legitimados del art. 42.

En efecto, obvio es decir que el contenido de las sentencias cuyos efectos serán "generales" depende de las pretensiones deducidas.

La escueta regulación de la cuestión de los intereses difusos prevista en los arts. 42 y 220 no nos ilustra acerca de los posibles modos de accionamiento cuando estos intereses resultan afectados.

Sin pretender agotar el tema –de por sí muy complejo– realizaremos una descripción de los accionamientos que más frecuentemente podrían deducirse en materia de intereses difusos o colectivos. A tales efectos, seguiremos la experiencia del derecho comparado y, fundamentalmente, los desarrollos de la doctrina argentina que ha

incursionado en estos aspectos con mucha mayor profundidad que la nuestra<sup>76</sup>.

A modo de ejemplo, en nuestro sistema, cabe mencionar que el art. 6º, lits. F) y G) de la ley 17.250 de relaciones de consumo, consagra como "*derechos básicos del consumidor*", "*la efectiva prevención y resarcimiento de los daños patrimoniales y extra patrimoniales*" y "*el acceso a organismos judiciales y administrativos para la prevención y resarcimiento de daños mediante procedimientos ágiles y eficaces...*".

Cuando por causa de hechos, actos u omisiones arbitrarios o ilegales se genere lesión, privación, perturbación o amenaza en el goce de los derechos o intereses colectivos o difusos, cualquiera de los legitimados previstos en el art. 42, podrá ejercer ante los tribunales correspondientes distinto tipo de acciones cuyas variantes más frecuentes analizaremos a continuación<sup>77</sup>.

## **6.2 Protección de los derechos o intereses difusos o colectivos**

La **acción de protección** de los intereses difusos (o colectivos), persigue la **prevención de un daño grave e inminente**, y/o la **cesación de perjuicios** actuales susceptibles de prolongarse.

Dependiendo de la configuración o no de los requisitos objetivos y subjetivos de la acción de amparo (ley 16.011), la vía procesal adecuada será el amparo o el juicio ordinario, combinadas eventualmente con la adopción de medidas cautelares o provisionales.

A modo de ejemplo, y sin que ello pretenda agotar la inmensa variedad de situaciones, cabe señalar que las acciones de protección de los intereses difusos o colectivos procederán con uno o más de los siguientes fines<sup>78</sup>:

- a) Paralizar los procesos de emanación o desecho de elementos contaminantes del medio ambiente o cualesquiera otras consecuencias de un hecho u omisión que vulneren el equilibrio ecológico.
- b) Detener los procesos o cualquier hecho u omisión que lesionen, perturben o amenacen valores estéticos, históricos, artísticos, urbanísticos, arquitectónicos, arqueológicos, paisajísticos u otros bienes vinculados al resguardo de la calidad de vida de grupos, categorías de personas o de la colectividad o sociedad considerada globalmente.
- c) Neutralizar la circulación comercial de productos defectuosamente elaborados, o disponer su exclusión del mercado

- de consumo cuando, por no reunir los recaudos necesarios de calidad y seguridad, comprometieren la indemnidad personal o patrimonial de los consumidores<sup>79</sup>.
- d) Suprimir las irregularidades en las prácticas comerciales, como la publicidad que por ser engañosa o por la imprudencia de su contenido o la ausencia o insuficiencia de advertencias a los consumidores, resultare perjudicial a los intereses difusos o colectivos. Así, el art. 51 inc. 1º de la ley 17.250 de relaciones de consumo, dispone: *"Cuando se compruebe la realización de publicidad engañosa o ilícita, sin perjuicio de las sanciones establecidas en la presente ley, el órgano competente podrá solicitar judicialmente, en forma fundada, la suspensión de la publicidad de que se trate, así como también ordenar la realización de contra publicidad con la misma frecuencia que la publicidad infractora, cuyo gasto deberá pagar el infractor"*.
- e) Inhibir el empleo o, sin perjuicio de la subsistencia del contrato, invalidar las condiciones generales predispuestas que sean prohibidas por la ley y las que resulten abusivas según apreciación judicial, por afectar el principio de la buena fe, ocasionando al consumidor un perjuicio inequitativo que se presume en caso de desequilibrio de los recíprocos derechos y obligaciones. Así, el art. 31 inc. final de la ley 17.250, luego de establecer de modo enunciativo las cláusulas que –sin perjuicio de otras– son consideradas abusivas, dispone: *"La inclusión de cláusulas abusivas da derecho al consumidor a exigir la nulidad de las mismas y en tal caso el Juez integrará el contrato. Si hecho esto, el Juez apreciara que con el contenido integrado del contrato este careciera de causa podrá declarar la nulidad del mismo"*.

## 6.3 Reparación de los daños

### 6.3.1 Consideraciones generales

La acción de reparación puede estar referida a los daños colectivos o difusos o a los daños individuales. En todo caso, se seguirá de regla la vía ordinaria.

Podrá tener por objeto la reparación en especie o la reparación en dinero de los daños causados.

En materia de **daño al medio ambiente**, el art. 4º de la ley 16.466 sobre Evaluación del Impacto Ambiental establece:

*"Sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales que señale la ley, quien provoque depredación, destrucción o contaminación del medio ambiente en violación de lo establecido por los artículos de la presente ley, **será civilmente responsable de todos los perjuicios que ocasione**, debiendo hacerse cargo, además, si materialmente ello fuere posible, **de las acciones conducentes a su recomposición**. Cuando los perjuicios ocasionados por dicha violación sean irreversibles, el responsable de los mismos deberá hacerse cargo de todas las medidas tendientes a su máxima reducción o mitigación, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles o penales que pudiere corresponder".*

Esta disposición resulta fundamental porque consagra, específicamente en materia ambiental, el principio de reparación civil del daño causado (daños y perjuicios) y la recomposición de la situación o, si ello fuera imposible, su máxima reducción o mitigación. Ello sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales. Es en base a esta norma que puede reclamarse ante la justicia la reparación de los daños y perjuicios causados por depredación, destrucción o contaminación del medio ambiente y, además la recomposición de la situación o, en su defecto, la máxima reducción o mitigación de los perjuicios. En consecuencia, para la mayoría de los casos, quizá ya no se necesite a partir de esta norma, buscar en principios generales de derecho civil (como la responsabilidad por el hecho de las cosas), los fundamentos de la necesidad de reparación del daño ambiental. Todo un problema a dilucidar y que merece un estudio de parte de los civilistas es si esta norma consagra un supuesto de responsabilidad subjetiva u objetiva.

Por su parte, el art. 11 de la ley 16.466 dispone:

*"Los titulares de las actividades, construcciones u obras a ejecutar y los técnicos y profesionales intervinientes en su ejecución y dirección, serán solidariamente responsables de los perjuicios ocasionados por la realización de aquellas que no hubieren obtenido la autorización prevista en la presente ley, así como por el apartamiento de las normas contenidas en los antecedentes que hayan dado mérito a su aprobación".*

Esta disposición consagra un nuevo supuesto de responsabilidad civil por los perjuicios ocasionados que amerita el accionamiento en defensa del medio ambiente, contra los titulares de las actividades, construcciones u obras a ejecutar y los técnicos y profesiona-

les intervinientes en su ejecución y dirección, por la realización de aquellas que no hubieren obtenido la autorización prevista en la ley, así como por el apartamiento de las normas contenidas en los antecedentes que hayan dado mérito a su aprobación. Se consagra además específicamente en este caso la responsabilidad solidaria. Como puede apreciarse, se trata de un supuesto muy específico de responsabilidad que difiere del general consagrado en el art. 4º. En efecto, en este caso la responsabilidad deriva de los perjuicios causados por realizar actividades, construcciones u obras que, debiendo realizar previamente el trámite previsto en la ley para evaluar su impacto ambiental, no han recibido la pertinente autorización o que, aun habiéndola recibido, se han realizado apartándose de las normas contenidas en los antecedentes que hayan dado mérito a su aprobación.

Por otra parte, en materia de daños al consumidor, cabe mencionar algunas trascendentes disposiciones de la ley 17.250 sobre relaciones de consumo.

En primer lugar el art. 32 dispone:

*"La violación por parte del proveedor de la obligación de actuar de buena fe o la transgresión del deber de informar en la etapa precontractual, de perfeccionamiento o de ejecución del contrato, da derecho al consumidor a optar por la reparación, la resolución o el incumplimiento del contrato, en todos los casos con más los daños y perjuicios que correspondan".*

En segundo lugar, el art. 33 establece la regla del resarcimiento para el caso de incumplimiento del contrato y sus excepciones:

*"El incumplimiento del proveedor, de cualquier obligación a su cargo, salvo que mediare causa extraña no imputable, faculta al consumidor, a su libre elección, a:*

- A) Exigir el cumplimiento forzado de la obligación siempre que ello fuera posible.*
- B) Aceptar otro producto o servicio o la reparación por equivalente.*
- C) Resolver el contrato con derecho a la restitución de lo pagado, monetariamente actualizado, o rescindir el mismo, según corresponda".*

*En cualquiera de las opciones el consumidor tendrá derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios compensatorios o moratorios, según corresponda".*

En tercer lugar, el art. 34 refiere a las responsabilidades del proveedor y del comerciante o distribuidor:

*"Si del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio resulta un daño al consumidor, será responsable el proveedor de conformidad con el régimen dispuesto en el Código Civil"*

*"El comerciante o distribuidor solo responderá cuando el importador y fabricante no pudieran ser identificados. De la misma forma serán responsables si el daño se produce como consecuencia de una inadecuada conservación del producto o cuando altere sus condiciones originales".*

En cuarto lugar, sin innovar demasiado pero clarificando la existencia de distintos supuestos en materia de responsabilidad de los profesionales universitarios, dispone el art. 35: *"La responsabilidad de los profesionales liberales será objetiva o subjetiva según la naturaleza de la prestación asumida"*.

En quinto término, el art. 36 establece: *"El proveedor no responde sino de los daños y perjuicios que sean consecuencia inmediata y directa del hecho ilícito e incluyen el daño patrimonial y extrapatrimonial"*.

Como puede apreciarse, la Ley de Relaciones de Consumo regula un amplio abanico de posibles accionamientos para la reparación de los daños.

### 6.3.2 La acción de reparación de los daños colectivos o difusos

#### A. La reparación en especie

La reparación **en especie** es la reposición de las cosas al estado anterior al menoscabo, que tendrá lugar siempre que sea posible reparar *"in natura"* el daño a los intereses colectivos o difusos, sin perjuicio del resarcimiento pecuniario de los daños globales o individuales subsistentes.

Como ejemplos de reparación en especie puede mencionarse la adopción de las medidas idóneas para recomponer el equilibrio de los valores ecológicos u otros bienes comunes a la colectividad perjudicada o la rectificación de la publicidad engañosa por los mismos medios y modalidades empleados en el mensaje irregular, o la corrección de sus términos para una adecuada información a los consumidores.

#### B. La reparación pecuniaria

Es el resarcimiento en dinero del daño **globalmente** producido a la colectividad interesada.

Esta categoría de reparación global en dinero ha sido discutida, pero la doctrina comparada más moderna<sup>80</sup> suele admitirla, sosteniendo que puede existir un daño global a los interesados "difusos" o "colectivos", que puede ser económicamente resarcido. El resarcimiento del daño globalmente producido al grupo o categoría de interesados debiera ser fijado prudencialmente por el juez, cuando se acredite la existencia cierta de un menoscabo colectivo. El problema fundamental en nuestro sistema jurídico, en caso de que se admitiera la reparación pecuniaria del daño global, es determinar cuál será el destino de la indemnización.

En los sistemas que regulan legislativamente estas cuestiones, suele crearse un Fondo en el que se depositan las indemnizaciones globales y que tiene por objeto la defensa de los intereses difusos o colectivos de que se trate (ambientales, culturales, del consumidor, etc.)<sup>81</sup>.

En nuestro sistema, cuando el reclamante del daño global fuera el Ministerio Público o el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente, podría cuestionarse si la reparación podría ingresar al patrimonio del Estado a efectos de ser utilizada en beneficio global, en lo posible con un fin específico establecido por la sentencia.

Más difícil de solucionar es si el reclamante del daño global es alguna asociación o institución "de interés social que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido" o "cualquier interesado" (art. 42).

En el primer caso –instituciones o asociaciones– pareciera que al menos en materia de intereses difusos en sentido estricto –diferenciados de colectivos– no podría ingresar la indemnización global en el patrimonio de la institución. Resultaría más defendible, en cambio, admitir que la indemnización pueda ser percibida por estas instituciones en materia de reparación del daño global de los intereses "colectivos". En efecto, en este caso es a veces posible identificar con cierta precisión la o las instituciones que nuclean o representan a los integrantes de dicha categoría –a veces incluso se hallan asociados a la institución– generalmente más limitada que la de los intereses difusos (imaginemos por ejemplo la cuestión del derecho de autor planteado en la sentencia ya analiza-

da del Juz. Civ. 24° Turno N° 19/96) y, por ende, abonar la indemnización a dichas instituciones. En cambio, en materia de intereses "difusos" la colectividad afectada suele ser tan amplia, extendida e indeterminada que resulta complejo determinar la o las instituciones que podrían recibir las indemnizaciones. En efecto, una cuestión es la legitimación para accionar que en nuestro sistema es amplia y otra cuestión es la de la legitimación para recibir la indemnización global en dinero y, por ende, disponer de ella.

En el segundo caso -"cualquier interesado"- parece claro que en ningún caso un solo interesado podría beneficiarse con la indemnización global en materia de intereses difusos o colectivos.

Todo ello sin perjuicio de que la sentencia pueda prever una suma razonable para el pago de los gastos del litigio y de los honorarios de los abogados de la organización o interesado reclamante que obtuvo sentencia favorable, aun cuando no existiera condena en costas y costos (la condena preceptiva en costos al perdedor en Uruguay es excepcional). En efecto, constituiría un enriquecimiento injusto que varios fueran los beneficiarios y los gastos y honorarios del litigio los abonaran uno o varios, pero no todos. Y la forma más adecuada de cubrir los costos es deducir los mismos en forma previa al depósito en el Fondo o a su distribución de uno u otro modo.

Todo esto, por ende, debiera ser objeto de regulación legal. Otro problema será la determinación del monto de la indemnización global. Como lo subraya CABALLERO<sup>82</sup> en referencia a las "*class actions*" americanas, es fundamental el concepto de "*fluid recovery*", o reparación fluida, como este autor francés lo traduce. Sucede que frecuentemente, la composición del grupo es imposible de definir con precisión. Las personas no suelen ser identificadas ni posiblemente identificables; el grupo es fluido y sus miembros no son necesariamente todos aquellos que han sufrido el perjuicio, ya que unos son desconocidos, otros están ilocalizables, y otros habrán fallecido. Ante esta situación el juez llega a desconocer la situación perjudicial de cada uno de los sujetos individualmente considerado, para proceder a una reparación a la colectividad<sup>83</sup>.

En otro orden de cosas, obvio es decir que el reclamo de una indemnización por el daño global no excluye el ejercicio individual de la acción indemnizatoria por quienes particularmente hubieren sufrido un efectivo perjuicio en sus derechos. Por ende, los sujetos singularmente damnificados podrán acumular sus pretensiones a la acción colectiva o reclamarla por separado.

### 6.3.3 La acción de reparación de los daños individuales

Los sujetos que han sufrido un perjuicio individual<sup>84</sup> en sus propios derechos<sup>85</sup>, conservan, obviamente, la facultad de ejercer el reclamo particular, pudiendo, asimismo, optar por la acumulación de su pretensión (la indemnización personal) a la acción promovida para el resarcimiento del daño colectivo o difuso.

## 6.4 Acumulación de pretensiones

Finalmente, cabe señalar que puede imaginarse además todas las combinaciones posibles de accionamiento, en que se acumulen distintas clases de pretensiones (protección o reparación en especie o en dinero) tanto difusas o colectivas, como individuales. Será frecuente, por ejemplo, que quien reclame el cese de una actividad contaminante invocando intereses difusos, pretenda también la indemnización de los perjuicios sufridos personalmente (daño a su salud, daño moral, etc.).

## 7. REQUISITOS LEGALES DE LAS DEMANDAS EN PROCESOS COLECTIVOS

No existen normas especiales en cuanto a la forma de la demanda en los procesos colectivos, por lo cual a las demandas sobre intereses difusos o colectivos se le aplican las reglas generales consagradas en los arts. 117 y 118 del CGP (C. Modelo de Proceso Civil; arts. 110 y 111) para toda demanda<sup>86</sup>.

Lo que sí resulta destacable es que en nuestro sistema procesal con la demanda y, en su caso, con la contestación se debe acompañar toda la prueba disponible e indicarse la que se pretende utilizar (por ejemplo, testigos de los que deberá indicar nombre, edad, domicilio y profesión, así como deberá enumerarse sucintamente el objeto de dichas pruebas).

Conforme al art. 11.2 del CGP (art. 11.2 C. Modelo): "*Para proponer o controvertir útilmente las pretensiones, es necesario invocar interés y legitimación en la causa*".

## 8. ESTRUCTURA DE LOS PROCESOS COLECTIVOS

### 8.1 Consideraciones generales

El CGP procuró la reducción de los tipos procesales a los mínimos indispensables. Así, para el proceso de conocimiento consagró fundamentalmente tres estructuras: el proceso ordinario, el extraordinario y el monitorio.

El CGP ha previsto que por la estructura del proceso extraordinario tramitarán exclusivamente determinadas pretensiones -art. 349- y lo propio hizo respecto del proceso de estructura monitoria -art. 351-.

En cambio, en el art. 348 que regula la procedencia del proceso ordinario se estableció un criterio residual omnicompreensivo: "*Tramitarán por el proceso ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan establecido un proceso especial para su sustanciación*".

Si bien frecuentemente en hipótesis vinculadas a la tutela de los intereses difusos<sup>87</sup> se ha intentado utilizar la vía rápida de la acción de amparo (consagrada por la ley 16.011 de 19/12/88<sup>88</sup>), nuestra jurisprudencia ha desestimado tal posibilidad en la mayor parte de los casos, invocando que el objeto propuesto en dichos procesos supera la sumarisima estructura procesal del amparo y/o que no se verifican algunos otros de sus rigurosos presupuestos.

La constatación de una serie de supuestos fácticos que en los procesos de intereses colectivos y difusos se presentan, requiere una compleja prueba y por dicha circunstancia ello debe ser generalmente materia del proceso ordinario.

### 8.2 Esquema del proceso ordinario

En razón de lo expresado y no habiéndose previsto una estructura especial para la tramitación de las pretensiones vinculadas a los intereses colectivos o difusos, corresponde aplicar en nuestro derecho, en la mayor parte de los casos, la estructura del proceso ordinario.

Dicha estructura, sintéticamente, es la siguiente:

- Tentativa de conciliación ante la Justicia de Paz.
- Demanda con prueba
- Emplazamiento
- Eventuales actitudes más frecuentes del demandado:
  - a) Contesta
  - b) Contesta y opone excepciones
  - c) Contesta y reconviene

- Si hubo oposición de excepciones, traslado al actor para su contestación.
- Si hubo reconvencción, traslado al actor para su contestación.
- Audiencia preliminar.  
Contenido y objetivos fundamentales:
  - a) Tentativa de conciliación
  - b) Saneamiento del proceso
  - c) Fijación del objeto del proceso y de la prueba
  - d) Admisión o rechazo de la prueba
- Audiencia complementaria. En ella se diligencia la prueba y, al finalizar, se realizan los alegatos de las partes.
- Sentencia
- Eventual recurso de apelación
- Segunda Instancia: prueba restringida.
- Sentencia de Segunda Instancia.
- Eventual Recurso de Casación.

## **9. LOS PODERES-DEBERES DEL TRIBUNAL**

Si bien no existen normas especiales para los procesos colectivos en relación al rol del tribunal, cabe destacar los mayores poderes-deberes que el Código le ha asignado al Juez en todas las materias para que pueda cumplir su papel de director del proceso en la búsqueda del esclarecimiento de la verdad y realizar eficazmente la tutela de los derechos comprometidos.

Dichos poderes-deberes adquieren especial trascendencia en materias de contenido social, como son aquellas en las que generalmente están involucrados los intereses colectivos y/o difusos.

Dichos poderes-deberes tienen especial manifestación en varios aspectos, entre los cuales se destacan los que analizamos a continuación.

### **9.1 Poderes deberes en materia probatoria**

De acuerdo con lo dispuesto por el art. 24 num. 4) y 5) del CGP (redacción idéntica en el art. 33 num. 4 y 5 del Código Modelo):

*"El Tribunal está facultado: (...)"*

*"4) Para ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes."*

"5) Para disponer en cualquier momento la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito".

Complementariamente prevé el art. 25.3 del CGP (redacción idéntica al art. 34.2 del Código Modelo): "El Tribunal deberá emplear las facultades y poderes que le concede este Código para la dirección del proceso y la averiguación de la verdad de los hechos alegados por las partes; la omisión en el cumplimiento de estos deberes le hará incurrir en responsabilidad".

El art. 139.2 del CGP señala, por su parte, que "La distribución de la carga de la prueba **no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación** conforme con las reglas de la sana crítica, **de las omisiones o deficiencias de la prueba**".

Hacemos notar que los mayores poderes-deberes que el tribunal posee tienen límites: por un lado, la averiguación de la verdad está supeditada a los hechos alegados por las partes, y, por otro, siempre debe hacerse respetando el derecho de defensa de las partes.

## 9.2 Poderes-deberes cautelares

En pocas materias como en ésta, relativa a la tutela de los intereses colectivos y difusos, será posible decir con la misma propiedad que la demora del proceso implicará en sí misma una injusticia, la que, por otra parte, además, o bien será irreparable, como ocurrirá en la mayoría de los casos, o bien, tendrá un costo de muchísimos años para volver a la situación existente con anterioridad al evento dañoso<sup>89</sup>.

La rapidez y eficacia imprescindibles en este tipo de situaciones hacen necesario facultar al Juez para que pueda disponer, ya sea, las denominadas "medidas cautelares innovativas"<sup>90</sup>, tutela anticipada o las que otros llaman, medidas provisionales y de carácter anticipativo de la resolución final<sup>91</sup> que nuestro CGP ha recogido en su art. 317.

De dichas posiciones podemos, no obstante, extraer algo común, cual es la necesidad de conferir al Juez la potestad de modificar la situación de hecho existente a los efectos de no frustrar el resultado del proceso.

Para verlo con un ejemplo: si una industria está polucionando el medio ambiente será necesario pedir la adopción de dos tipos de medidas cautelares, a saber: una, que le impida a dicha industria seguir en el futuro y mientras dure el proceso, con su actividad

nociva. A esta medida la conocemos como prohibición de innovar y está consagrada en el art. 316 del CGP.

Pero si meramente se dejaran las cosas en ese estado, el medio ambiente podría seguirse deteriorando, tal vez, en forma irreversible, como consecuencia de la contaminación ya producida, por lo que será menester adoptar otra medida también de naturaleza cautelar, pero esta sí de carácter innovativo - o de carácter anticipativo como la llaman otros autores y el CGP en su art. 317 (C. Modelo art. 280)- cuya finalidad será la de restablecer la situación de hecho al estado inmediato anterior a aquel en que se produjo el evento dañoso, es decir, cuando la industria comenzó su actividad contaminante.

Las mencionadas medidas provisionales y anticipativas (CGP art. 317 y C. Modelo art. 280) tienden a "*... evitar que se cause a la parte, antes de la sentencia, una lesión grave o de difícil reparación o para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo*"<sup>92</sup>.

Para cubrir ese riesgo de una eventual lesión grave o de difícil reparación se faculta al Tribunal para disponer, además de la medida cautelar, antes mencionada, otra de naturaleza anticipativa que podría consistir, por ejemplo, en ordenarle a la empresa que recoja del mercado todos los ejemplares que hubiese puesto a la venta de un producto supuestamente nocivo o defectuoso.

Señalamos, además, que el CGP en su art. 313 (C. Modelo, art. 276) le ha otorgado al Tribunal amplias facultades respecto a la apreciación de la necesidad de la medida cautelar, así como en cuanto a fijar su alcance y término de duración, pudiendo disponer de oficio o a petición de parte, la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada.

Complementariamente cabe señalar que la ley 16.466, del 19 de enero de 1994, - en su art. 1º- declaró de interés general y nacional la protección del medio ambiente contra cualquier tipo de depredación, destrucción o contaminación, así como la prevención del impacto ambiental negativo o nocivo y, en su caso, la recomposición del medio ambiente dañado por actividades humanas.

Dicha ley previó en su art. 4 que quien provoque depredación, destrucción o contaminación del medio ambiente, sin perjuicio de las sanciones administrativas y penales que puedan corresponder, será civilmente responsable de todos los perjuicios que ocasione, debiendo hacerse cargo, además, si materialmente ello fuera posible, de las acciones conducentes a su recomposición.

Cuando los perjuicios ocasionados por dicha violación sean irreversibles, el responsable de los mismos deberá hacerse cargo de todas las medidas tendientes a su máxima reducción o mitigación, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles o penales que pudieran corresponder.

Con posterioridad, la ley 17.283, del 28 de noviembre de 2000, reitera que es de interés general, conforme con lo establecido por el art. 47 de la Constitución de la República, la protección del medio ambiente y le otorga al Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente (art. 14), entre otras facultades, para asegurar su cumplimiento, las siguientes:

*"D) Disponer la suspensión preventiva de la actividad presuntamente peligrosa, mientras se realicen las investigaciones para constatarla o los estudios o trabajos dirigidos a analizar o impedir la contaminación o afectación ambiental."*

*"E) Adoptar medidas cautelares de intervención de los objetos o del producto de la actividad presuntamente ilícita y constituir secuestro administrativo si así lo considera necesario, cuando según la naturaleza de la infracción pudiera dar lugar al decomiso de los mismos."*

Asimismo en el art. 15 de la referida ley 17.283, se prevé una serie de sanciones que van desde el apercibimiento (ap.A), el decomiso de los objetos o del producto de la actividad ilícita, así como de los vehículos, naves, aeronaves, instrumentos y dispositivos directamente vinculados a la infracción o al tránsito de los objetos o productos, sin que resulte relevante el titular de la propiedad de los mismos (ap. C); pudiendo llegar cuando se trate de infracciones que sean consideradas graves o de infractores reincidentes o continuados a disponer la suspensión hasta por 180 días de los registros, habilitaciones, autorizaciones o permisos de su competencia para el ejercicio de la actividad respectiva.

La reiteradamente citada ley 17.283, en su art. 16, aclaró además, que cuando el responsable del daño al medio ambiente se demorare o resistiere a dar cumplimiento a la recomposición, reducción o mitigación previstas en el art. 4 de la ley 16.466 -antes mencionada- se podrá solicitar la imposición judicial de astreintes o hacerlo de oficio, siendo de cargo del infractor los gastos que ello ocasionare.

### **9.3 Medidas conminatorias para el cumplimiento de los mandatos judiciales**

El CGP en su art. 21.3 (C. Modelo art. 22.2) prevé que *"Las decisiones del tribunal deben ser acatadas por todo sujeto público o privado, los que, además deben prestarle asistencia para que se logre la efectividad de sus mandatos"*.

*"Para lograr esta efectividad el tribunal podrá: a) utilizar el auxilio de la fuerza pública, que deberá prestarse inmediatamente a su solo requerimiento; b) imponer compulsiones o conminaciones, sean económicas, bajo forma de multas periódicas, sean personales, bajo forma de arresto, dentro de los límites prefijados por la ley y abreviando la conducción forzada o el arresto."*

Complementariamente en el Título V, "Procesos de ejecución", el art. 374 (C. Modelo art. 320) bajo el "nomen iuris" "Conminaciones económicas y personales" dispone en su actual redacción (dada por la Ley 19.090):

*"374.1 En cualquier etapa del proceso y para el cumplimiento de sus providencias, el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá adoptar las medidas de conminación o astringencia necesarias, cualquiera sea el sujeto a quien se impongan las mismas".*

*"374.2 Las conminaciones económicas se fijarán por el tribunal en una cantidad en dinero a pagar por cada día que demore el cumplimiento, teniendo en cuenta el monto o la naturaleza del asunto y las posibilidades económicas del obligado, de tal manera que signifiquen una efectiva constricción psicológica al cumplimiento dispuesto.*

*El tribunal podrá, en cualquier momento, de oficio o a pedido de parte, aumentar, moderar o suprimir la conminación establecida.*

*El tribunal, de oficio o a solicitud de cualquier interesado, una vez transcurrido un plazo prudencial, dispondrá que la oficina actuaria realice la liquidación de las mismas, que se notificará al obligado al pago, quien podrá impugnarla ante el tribunal en el plazo de tres días, cuya decisión será irrecurrible.*

*Una vez firme la liquidación, su testimonio constituirá título de ejecución contra el obligado al pago, comunicándose a la Suprema Corte de Justicia.*

*Su producido beneficiará por partes iguales a la contraparte del conminado y a un Fondo Judicial que será administrado por la*

*Suprema Corte de Justicia, estando legitimado para perseguir su cobro cualquiera de los beneficiarios.*

*La sanción será independiente del derecho a obtener el resarcimiento del daño”.*

*“374.3 Las conminaciones personales consistirán en el traslado ante tribunal por la fuerza pública de los encargados judiciales que no concurran espontáneamente una vez convocados, incluso testigos; asimismo, en el arresto, que no podrá exceder de cuarenta y ocho horas, en los casos que expresamente fije la ley”.*

*“374.4 Además de lo anterior, el tribunal podrá elevar los antecedentes al tribunal competente, si estimare que la resistencia a la orden judicial puede encuadrar en alguna figura penal”.*

## **10. EFECTOS DE LA COSA JUZGADA EN PROCESOS COLECTIVOS**

De todos los dilemas que plantea la fuerte irrupción de los intereses difusos y colectivos en la sociedad y, como consecuencia en el Derecho, el que presenta mayores dificultades es el de los efectos de la cosa juzgada.

### **10.1 Sistemas en el derecho comparado**

Más allá de matices y especialidades, existen tres grandes soluciones para resolver el delicado equilibrio de la cosa juzgada en los procesos colectivos:

- a) La ley da efecto obligatorio general a la sentencia colectiva siendo irrelevante su resultado (“pro et contra”), generalmente previéndose instrumentos de difusión y opción de exclusión (“opt out”).
- b) La ley da efecto obligatorio general a la sentencia tan solo si el grupo triunfa: preclusión unilateral (“one-way preclusion”), en la terminología del sistema norteamericano o cosa juzgada; “secundum eventum litis”, en la terminología del civil law.
- c) La ley da efecto obligatorio general a la sentencia, salvo si fuere absoluta por ausencia de pruebas (“secundum probationem”).

### **10.2 Antecedentes**

Señalaba la doctrina procesal que el Derecho uruguayo anterior al CGP no había resuelto en forma adecuada los principales proble-

mas que, desde el punto de vista procesal, se plantean para una correcta defensa de los intereses difusos, como lo son, sin duda, los relativos al órgano jurisdiccional, a la legitimación activa y a los límites subjetivos de la cosa juzgada.

El viejo Código de Procedimiento Civil (CPC), vigente hasta 1989, había establecido límites estrechos para la eficacia de la cosa juzgada, la que por principio solo alcanzaba a las partes que han litigado o a sus sucesores –art. 479 inc. 1º- es decir, a los titulares del interés directo. Por excepción podría tener efectos en pro o en contra de los terceros –art. 479 inc. 2º y siguientes- en los casos enumerados por dicha norma, aún en aquellas hipótesis en que no hubiesen litigado. Los límites subjetivos de la cosa juzgada contemplados por el CPC no se adecuaban a una eficaz protección de los intereses difusos y ellos debían ser variados en la medida que se ensanche la legitimación activa en estos procesos. No existiendo norma expresa, el tema estaba erizado de dificultades en cuanto puede haber sujetos que pretendan no ser alcanzados por la decisión jurisdiccional. En todo caso la doctrina señalaba que la previsión legislativa expresa era, aquí también, imprescindible<sup>93</sup>.

Antes de la vigencia del CGP fue BARRIOS<sup>94</sup> prácticamente el único autor nacional que se adentró en las complejidades de la repercusión de la actuación procesal de un sujeto sobre la situación de los demás interesados en materia de intereses difusos.

Luego de realizar un completo análisis de diversos aspectos de la cosa juzgada y su extensión a terceros, según BARRIOS, una diferenciación a fondo era extremadamente complicada. Pero, en definitiva, señalaba que en ámbito del CPC podía decirse que en los casos de coordinación a doble efecto (favorable o desfavorable) la satisfacción de uno o por uno, satisface a todos los integrantes del grupo. En tanto que la coordinación al solo efecto favorable se caracteriza porque solo la satisfacción de todos (es decir de cada uno, individualmente, satisface a todos). En estos términos la comparación objetiva conducía a identificar al interés difuso con los modos de coordinación a un solo efecto. También a esa conclusión se llega por otro tipo de razonamiento. La coordinación a doble efecto es una excepción a la regla de la identidad subjetiva; en tanto que la coordinación a un solo efecto es excepción a la excepción; o sea que se aproxima más a la regla general de identidad de sujetos. Por lo que, en la duda, debía escogerse la solución más moderada, la analogía con el condominio.

Concluía BARRIOS que estas apreciaciones, en un tema apenas explorado, eran provisionales, a la espera de otras reflexiones, propias o ajenas, contrarias o favorables. De todos modos extrae algunas consecuencias prácticas en el ámbito del CPC que pueden ser ahora de utilidad para interpretar el art. 220 del CGP.

- 1º) Si lo acepta el demandado, el interesado no interviniente podrá liquidar sus perjuicios en la ejecución pendiente, en el ejemplo de condena por contaminación ambiental o perjuicio por mercadería deficiente.
- 2º) El interesado no interviniente, en el juicio posterior, podrá hacer valer en su beneficio, la cosa juzgada del juicio anterior, en todo lo que no sea específico; por ejemplo, el demandado no podrá discutir el carácter masivo de la contaminación declarada en el juicio anterior; el nuevo actor deberá demostrar su pertenencia al grupo y la medida de su perjuicio.
- 3º) Son aplicables, además, las consecuencias más corrientes de derecho procesal: la acumulación de autos, la integración de la parte mediante citación de las no intervinientes, la acción declarativa negativa genérica del posible contaminador o discriminador, etc.

GELSI<sup>95</sup>, por su parte, antes del CGP, señalaba que el problema principal radicaría, fundamentalmente, en la protección del afectado "in genere". este es un problema de Derecho Sustantivo y el proceso podrá disponerlo, en la medida en que las normas de aquél lo hayan establecido. Por otra parte, si el sujeto activo está legitimado para requerirlo o no, depende, también de la legislación sustantiva aplicable al proceso: qué sujeto público o privado puede plantear dicha pretensión en nombre de todo interesado y con eficacia para todos ellos de presente y/o de futuro.

El art. 220 constituye una disposición novedosa que introdujo el CGP no existiendo previsión especial alguna en el viejo CPC ni en el Proyecto de COUTURE.

Fue GELSI<sup>96</sup> quien propuso las bases de lo que luego serían los actuales arts. 42 y 220 del CGP. En efecto al elaborarse el Proyecto de Código de Procedimiento Civil, basado en el propuesto por COUTURE, el autor propuso al Instituto Uruguayo de Derecho Procesal y este presentó, la siguiente propuesta: 1. *"En el caso de problemas relativos a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos, del consumidor o similares, estarán legitimados*

*para promover el proceso pertinente: cualquier habitante del país, las instituciones o asociaciones de interés social y el Ministerio Público en forma indistinta". 2. En este caso: "La eficacia de la sentencia será "erga omnes", salvo si es absolutoria por ausencia de pruebas, en cuyo caso podrá volver a plantearse el mismo proceso"*<sup>97</sup>.

Tal propuesta fue receptada primero en los arts. 53 y 194 del Cód. Proc. Civ. Mod. Iber. y luego en los arts. 42 y 220 del CGP.

En dichas normas los codificadores recogieron las ideas más modernas de la doctrina procesal<sup>98</sup> en esos años, adjudicándole bajo determinadas condiciones eficacia "erga omnes" al fallo dictado en materia de intereses difusos<sup>99</sup>.

En nuestro país –quizá un poco más tardíamente de lo que ha ocurrido en otros- el estudio del Derecho como instrumento de defensa del medio ambiente, del patrimonio histórico, de los derechos del consumidor, etc., cobra particular vigor. Por ello el art. 220 fue no solo novedoso en cuanto a su contenido sino de significativa actualidad.

En la exposición de motivos expresan los proyectistas: *"En lo que respecta al punto de la eficacia de las resoluciones judiciales (cosa juzgada, etc.) el Anteproyecto recoge las soluciones más aceptadas por la doctrina y jurisprudencia, tanto nacionales como extranjeras, precisándose los efectos en relación a los terceros e introduciendo alguna variante cuando los legitimados han actuado en representación de intereses difusos o cuando se trata de procesos en los que han sido emplazadas personas indeterminadas"*.

### **10.3 Fundamentos de la solución legal**

El replanteo del alcance de la cosa juzgada o la oponibilidad de la sentencia cuando se trata de procesos colectivos, tiene su razón de ser en que la decisión que resuelva estas cuestiones debe tener la potencia expansiva suficiente a tono con la materia que hace al contenido de la tutela jurisdiccional<sup>100</sup>, sin perjuicio de autorizar el nuevo planteo de la misma pretensión cuando la sentencia denegatoria se funde en ausencia de prueba suficiente.

Debe pues cambiar la orientación de los conceptos tradicionales de cosa juzgada y de defensa en juicio. Es obvio que si se le permite tanto al Ministerio Público, como a cualquier interesado o a las instituciones y asociaciones de interés social, incoar ante la justicia ciertos intereses supraindividuales, será necesario en paralelo, que la sentencia que resulte (cosa juzgada) se haga extensible "erga

omnes”, a las partes o sujetos que no estuvieron presentes en el litigio.

Y ello incidirá en una nueva visión del principio de defensa en juicio. En materia de intereses difusos o colectivos, poco importará ya que no hubieran sido todos “oídos” o que algunos no hayan ejercitado “individualmente” el derecho de defensa; lo que interesa es que esas “garantías” (sociales o colectivas) hayan sido ejercidas por los representantes ideológicos o cuerpos intermedios, o por el abogado privado general de la clase misma.

Pero cabe agregar también que, como enseña GELSI<sup>101</sup>, el principio “*res inter alios judicata*” tiene importancia fundamental en el Estado de Derecho, pues garantiza el derecho a la defensa en el proceso. Por tanto, sus limitaciones deben ser expresamente establecidas en la ley. Cada vez que se extiende a otros el resultado de un proceso, se está dejando de aplicar un derecho fundamental –defensa en juicio– que solo por claras razones de interés general puede determinarse.

De acuerdo con el art. 220 del CGP, de regla, la sentencia dictada en procesos promovidos en defensa de intereses difusos tendrá eficacia general, apartándose del principio tradicional según el cual el fallo vincula exclusivamente a las partes que intervinieron en el proceso. Ante la naturaleza tan peculiar de los intereses que se ventilan en este tipo de juicios, se prevé que los efectos de la sentencia se proyectan “*erga omnes*”, regulándose asimismo la posibilidad de replantear por otro legitimado la cuestión en otro proceso, cuando se dictó una sentencia absolutoria por falta de pruebas. Esta solución excepcional de extensión de los límites subjetivos de la cosa juzgada evita la promoción de nuevos y reiterados procesos sobre los mismos hechos, con el correctivo en cuanto a la posibilidad de cualquier otro legitimado de intentar la misma acción, valiéndose de nuevas pruebas, en caso de sentencia absolutoria por ausencia de prueba. De esta manera se precave que los cointerésados puedan sufrir las consecuencias de una actuación negligente o colusiva del accionante.

## **10.4 Los distintos supuestos del art. 220 del CGP**

### **10.4.1 Análisis de los supuestos previstos**

Apartándose del principio por el cual el fallo vincula exclusivamente a las partes que intervinieron en la litis, ante la naturaleza tan

particular del objeto e intereses de estos procesos, se prevé que, de regla, los efectos de la sentencia se proyectan "erga omnes"<sup>102</sup>. De este modo, tal como sucede en el art. 218 del CGP<sup>103</sup>, se establece una excepción al tradicional principio de que la cosa juzgada solo alcanza a las partes intervinientes.

De acuerdo con las previsiones del art. 220, puede distinguirse claramente tres situaciones<sup>104</sup>:

- A) La pretensión es acogida: la sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada para todos los miembros de la colectividad. Tendrá eficacia general<sup>105</sup>.
- B) La pretensión es rechazada por inexistencia de fundamentos: también aquí los efectos se producen "erga omnes", de forma tal que la pretensión ya no podrá volver a ser planteada por igual fundamento, aunque lo fuese por iniciativa de otro interesado.

Se requerirá en este caso, para que sea posible iniciar otro proceso, que se invoque una diversa "causa petendi" y así no quedar alcanzado el nuevo interesado por los efectos de la cosa juzgada de la sentencia ya dictada. Al respecto, resulta preciso advertir que el tribunal debe guardar especial cuidado al momento de identificar la nueva pretensión deducida, indagando sus elementos en profundidad a efectos de determinar si la misma conlleva un fundamento distinto de la cuestión ya resuelta y por ende el accionante no se encuentra alcanzado por la cosa juzgada de la sentencia dictada en el proceso anterior o si, por el contrario, el nuevo litigante pretende "disfrazar" como una nueva "causa petendi" aquello que en realidad fue resuelto antes y sobre lo cual se extienden los efectos de la cosa juzgada de la sentencia ya dictada.

- C) La pretensión es rechazada por ausencia o insuficiencia de prueba: la sentencia no pasará en autoridad de cosa juzgada respecto de los no litigantes (sí respecto de los que litigaron) y cualquier otro interesado podrá volver a plantear la cuestión en otro proceso<sup>106</sup>. En este caso, a nuestro juicio el otro legitimado podrá demandar invocando igual o distinto fundamento y –obviamente– aportando y produciendo nueva prueba. En esta hipótesis los efectos de la cosa juzgada siguen los principios generales: solo alcanza a los litigantes intervinientes.

La sentencia que se dicte en el nuevo proceso que tramite otro interesado, a su vez, tendrá eficacia "erga omnes" o no, según se verifiquen en este nuevo proceso las hipótesis señaladas en los literales A, B y C precedentes, según corresponda.

El Código General del Proceso exige, en su art. 220, que necesariamente deba ser "otro legitimado" el que en este caso plantee el proceso, en solución que parece acertada.

Las soluciones del art. 220 en cuanto al efecto de la cosa juzgada en caso de rechazo de la pretensión en la sentencia (B y C) permiten conciliar con un adecuado equilibrio los intereses en juego, evitando los riesgos de soluciones extremas.

En efecto, si se limitara el alcance de la cosa juzgada al legitimado que dedujo la pretensión, existe el riesgo de que el litigio se reitere con manifiesto detrimento para la economía procesal y sensibles perjuicios para la actividad del demandado que quedaría sujeto a que la perturbación pueda ser reiterada.

En cambio, si, por otro lado, se extendiera aquel ámbito, sin ninguna restricción, a todos los eventuales colegitimados, esto es, a los restantes interesados, se posibilitaría la maniobra de que propuesta la acción mal fundamentada y mal instruido el proceso por un interesado en colusión con los responsables del acto, se podría alcanzar el objetivo ilícito de que mediante el rechazo de lo peticionado quedase a salvo el legitimado pasivo.

Ante los relevantes extensivos efectos que pueden llegar a tener la sentencia en los procesos colectivos, es fundamental que, cuando se desestima la demanda, en la sentencia quede claro si ello ocurre por falta de fundamentos o por falta de prueba.

#### 10.4.2 El supuesto de acogimiento parcial de la pretensión

No resuelve la norma del art. 220 del CGP en forma expresa qué sucede cuando la pretensión es acogida parcialmente.

En nuestra opinión, en caso de que la pretensión sea acogida en parte y desestimada en parte, cabe regirse por los siguientes criterios:

- a) Sobre la parte acogida regirá el efecto general.
- b) Sobre la parte desestimada por falta de fundamento también regirá el efecto general.
- c) Sobre la parte desestimada por falta o insuficiencia de prueba, no regirían los efectos generales y otro legitimado podría replantear la cuestión en otro proceso.

### 10.4.3 Consecuencias del art. 220 del CGP

En definitiva, la solución consagrada en el art. 220 del CGP implica<sup>107</sup>:

- a) Modificar el límite subjetivo tradicional de la cosa juzgada, ampliándolo.
- b) De esta manera no se pueden dar procesos similares sucesivos o decisiones contradictorias, con detrimento de los principios de economía y seguridad.
- c) Se busca evitar que se puedan promover procesos colusivos con burla de la justicia.
- d) En sus efectos, la sentencia alcanza con esta regulación en su igualitaria protección a todos los titulares del interés difuso.

Señala BARRIOS<sup>108</sup> que el art. 42 del CGP reconoce la existencia de litisconsorcios de límites prácticamente inabarcables, en los que el conjunto de los sujetos que no comparecen no tienen conocimiento real o presunto del proceso. Agrega que la hipótesis del art. 42 es, generalmente, la de la comisión de un acto indebido, cuyos efectos perjudiciales se extiende a un número indeterminado de personas. Ello para BARRIOS acerca mucho la norma a uno de los supuestos que prevé el art. 218.3: los no intervinientes, los que no han asumido el rol de partes, y son perjudicados por el acto indebido, tienen derechos que dependen de la validez del acto que ha sido juzgado. Señala que naturalmente, sobre la previsión más general priva la especial del art. 220; el régimen particularmente previsto reconoce la existencia de una comunidad personal y jurídica, equivalente, en gran medida, a la que constituyen, en el art. 218.1, los codeudores solidarios. Pero que, precisamente por ser diferentes de ellos, presenta su especialidad: los efectos extintivos (bloqueantes) y liberatorios recaen sobre los no comparecientes, como si hubieran comparecido, con una excepción: si la sentencia fuere absolutoria por falta de pruebas, otro legitimado podrá volver a plantear la misma cuestión, en otro proceso y no es alcanzado por el perjuicio de la cosa juzgada.

## **10.5 ¿Cómo incide en otro interesado el alcance general de la sentencia?**

### 10.5.1 Consideraciones previas

En capítulos anteriores examinamos los distintos tipos de pretensiones que pueden deducirse en los procesos colectivos. Tam-

bién hemos analizado las reglas sobre efectos de la cosa juzgada en procesos de intereses difusos que prevé el art. 220. Pretendemos ahora ingresar en el estudio de la cuestión que, a nuestro juicio, ofrece las mayores dificultades: determinar cómo incide la extensión de los efectos de la cosa juzgada de la sentencia cuando, en las distintas situaciones estudiadas, otros interesados quieren hacer valer tales efectos.

Para la solución de los casos concretos a la luz de la norma comentada, es menester considerar cada situación, desde el punto de vista del objeto del proceso y de los sujetos que participaron en el mismo. El contenido de la decisión variará, por supuesto, según el objetivo que se persigue. Esto es, según la pretensión que se deduzca busque evitar la demolición o modificación de un monumento; imponer obras de reparación; prohibición de vender determinado producto; imposición de soluciones diferentes para el futuro; etc. La protección de estos intereses debe ser además fundamentalmente preventiva; la rapidez y eficacia con que se debe actuar harán necesario muchas veces adoptar medidas cautelares innovativas o provisorias y anticipativas de la decisión final<sup>109</sup>.

Con carácter general, debemos señalar que los efectos de la sentencia obtenida por un interesado no se aplican siempre en forma "automática" a los demás interesados que no litigaron y, por ende, muchas veces se requerirá la tramitación de otro proceso, aunque con objeto más limitado. Veamos los distintos supuestos.

10.5.2 Se acciona buscando la **protección** de los intereses difusos (o colectivos), para la **prevención de un daño grave e inminente**, y/o la **cesación de perjuicios** actuales susceptibles de prolongarse.

Así, por ejemplo, se intenta paralizar los procesos de emanación o desecho de elementos contaminantes del medio ambiente o cualesquiera otras consecuencias que vulneren el equilibrio ecológico o que lesionen, perturben o amanecen valores estéticos, históricos, artísticos, urbanísticos, arquitectónicos, arqueológicos o paisajísticos; o neutralizar la circulación comercial de productos defectuosamente elaborados, o disponer su exclusión del mercado de consumo cuando, por no reunir los recaudos necesarios de calidad y seguridad, comprometieren la indemnidad personal o patrimonial de los consumidores, etc.

Este caso no plantea demasiadas complejidades en cuanto a los efectos sobre terceros de la cosa juzgada, porque el fallo que satisface a un legitimado suele satisfacer automáticamente a los demás. En otras palabras, si la sentencia dictada en el proceso iniciado por un legitimado en defensa de los intereses difusos obtiene la prevención de un daño (porque por ejemplo evita que se viertan elementos contaminantes a un cauce de agua) o el cese de los perjuicios (porque por ejemplo se detiene el proceso contaminante que venía realizando una fábrica), de por sí ese resultado generalmente satisfará a los demás interesados no litigantes, sin necesidad de nuevo proceso. Dada esa intercomunicación de resultados que según la doctrina española<sup>110</sup> caracteriza a los intereses difusos, el progreso en la defensa procesal o administrativa de los intereses implicados, beneficia automáticamente a todos los que están en la misma situación, lo que constituye uno de los rasgos más significativos del juego de los mecanismos relacionados con la tutela de estos intereses. Aislados logros conseguidos en su defensa se prolongan automáticamente y de forma positiva a la esfera jurídica de otros individuos que nada han hecho en concreto. Así la paralización de la exportación de aves protegidas favorece a todos los defensores de la fauna.

De todos modos, si por las características de la condena, otro interesado requiriera o deseara además expresa constancia de que se encuentra alcanzado por el fallo, podría tramitar otro proceso para obtener una sentencia declarativa (art. 11.3 del CGP<sup>111</sup>) de que se encuentra alcanzado por la cosa juzgada de aquella sentencia. Pero, reiteramos, por las propias características de la condena (a hacer o dejar de hacer algo), el efecto a los terceros se extiende de hecho, por lo cual no será necesario el nuevo proceso.

Si el fallo desestimara la demanda por carecer de fundamentos, obviamente la eficacia de la sentencia será también general abarcando a los demás interesados.

En cambio, si el motivo de la desestimación fuera la ausencia o insuficiencia de pruebas, los otros legitimados no se verán alcanzados por la sentencia y podrán volver a plantear la cuestión en otro proceso.

### 10.5.3 Se acciona para obtener la **reparación de los daños colectivos o difusos**

Aquí, como vimos, cabe distinguir dos situaciones que analizamos seguidamente.

- A. La reparación **en especie**, esto es la reposición de las cosas al estado anterior al menoscabo.

La reposición de las cosas al estado anterior tendrá lugar siempre que sea posible reparar en especie el menoscabo a los intereses colectivos o difusos (sin perjuicio del resarcimiento pecuniario de los daños globales o individuales subsistentes). Así, por ejemplo, la adopción de las medidas idóneas para recomponer el equilibrio de los valores ecológicos u otros bienes comunes a la colectividad perjudicada o la rectificación de la publicidad engañosa por los mismos medios y modalidades empleados en el mensaje irregular, o la corrección de sus términos para una adecuada información a los consumidores.

En este caso, respecto de la incidencia de la extensión a terceros de los efectos de la sentencia, pueden realizarse las mismas consideraciones que las expuestas para el caso de la acción de protección mencionada anteriormente. Básicamente, si la sentencia dictada en el proceso iniciado por un legitimado en defensa de los intereses difusos, obtiene la reparación en especie total o parcial de un daño (porque por ejemplo se obtiene que la empresa contaminante de un río realice el proceso de descontaminación), de por sí ese resultado generalmente satisfará a los demás interesados no litigantes, sin necesidad de nuevo proceso.

Ello sin perjuicio de que, si por las características de la condena, otro interesado requiriera o deseara además expresa constancia de que se encuentra alcanzado por el fallo, podría tramitar un proceso para obtener una sentencia declarativa (art. 11.3 del CGP) de que se encuentra alcanzado por la cosa juzgada de esa otra sentencia.

Obvio es ya decir que si el fallo desestimara la demanda por carecer de fundamentos, la eficacia de la sentencia será también general abarcando a los demás interesados. Si, en cambio, el motivo de la desestimación fuera la ausencia o insuficiencia de pruebas, otro legitimado podrá volver a plantear la cuestión en otro proceso.

- B. La reparación **pecuniaria**, o sea el resarcimiento en dinero del daño **globalmente** producido a la colectividad interesada.

Esta categoría de reparación, como vimos, es discutida (aunque cada vez menos). En caso de admitirse, soste-

niendo que puede existir un daño global a los interesados "difusos" o "colectivos" que puede ser económicamente resarcido y fijará prudencialmente el juez, cabe cuestionarse cómo incide la extensión de los efectos de la cosa juzgada. De admitirse la reparación en dinero del daño global o difuso, la incidencia de los efectos a otros interesados, seguiría también las reglas que venimos de exponer en casos anteriores. Esto es: si la sentencia dictada en el proceso iniciado por un legitimado en defensa de los intereses difusos obtiene la reparación en dinero del daño global provocado a la sociedad o a una comunidad (porque, por ejemplo, se afectó el patrimonio histórico –imaginemos la destrucción de piezas de museo fundamentales en la historia de un país-), de por sí ese resultado generalmente satisfará a los demás interesados no litigantes (al menos en lo que refiere al perjuicio global), sin necesidad de nuevo proceso.

Como ya lo señalamos, el problema fundamental en nuestro sistema jurídico, en caso de que se admitiera la reparación del daño global, es determinar cuál será el destino de la indemnización, lo cual puede llegar a incidir en la admisión o no de la legitimación de determinados sujetos para reclamar la indemnización pecuniaria del daño global. Aquí surge la necesidad ya analizada de regular figuras como los fondos y similares.

También es claro que si el fallo desestimara la demanda por carecer de fundamentos la eficacia de la sentencia será también general, abarcando a los demás interesados, y si el motivo de la desestimación fuera la ausencia o insuficiencia de pruebas, otro legitimado podrá volver a plantear la cuestión en otro proceso.

Obvio es decir que el reclamo de una indemnización por el daño global no excluye el ejercicio individual de la acción indemnizatoria por quienes particularmente hubieren sufrido un efectivo perjuicio en sus derechos. Ello demuestra que es posible distinguir la reparación colectiva o difusa de los daños, de la reparación individual.

Como enseña PELLEGRINI GRINOVER<sup>112</sup>, resulta claramente que puede darse simultáneamente una ofensa al bien colectivamente considerado (derecho al ambiente, a la salud colectiva, a la información correcta) y lesión a los di-

versos bienes de que son personalmente titulares los componentes del grupo. En similares términos, TABOADA<sup>113</sup> señala que entre el interés difuso, considerado globalmente y el estrictamente individual hay siempre una interrelación permanente, en el sentido de que los individuos particulares que en una situación determinada aparecen vinculados a un interés difuso, son al mismo tiempo titulares de un derecho individual del mismo carácter. Si pensamos en la lesión de la salud, en general, como consecuencia de la venta de alimentos en mal estado, de una forma genérica, incluso abstracta impersonal, coincide sustancialmente con el interés exclusivamente personal, de que "mi" salud no se vea afectada como consecuencia de comportamientos de ese tipo.

Por ende, los sujetos singularmente damnificados podrán acumular sus pretensiones a la acción colectiva o reclamarla por separado, como veremos a continuación.

#### 10.5.4 Se reclama la **reparación de los daños individuales.**

Los sujetos que han sufrido un perjuicio individual en sus propios derechos, conservan la facultad de ejercer el reclamo particular, pudiendo, asimismo, optar por la acumulación de su pretensión (la indemnización personal) a la acción promovida para la protección o el resarcimiento del daño colectivo o difuso.

Si hubieran obtenido la reparación acumulando la pretensión individual con la difusa, es claro que una misma sentencia resolverá todas las cuestiones y, obviamente, tendrá contenidos que se extenderán a otros legitimados –los que resuelven sobre las pretensiones de intereses difusos– y otros que solo comprenderán al beneficiario individual, respecto de quien la sentencia obliga le sean reparados los perjuicios personales sufridos.

El problema es más complejo cuando el daño individual se reclama en un proceso independiente.

En este caso, cabe pues analizar cuál es la incidencia del art. 220.

Para ello, pueden considerarse distintas situaciones que se analizan a continuación.

- A. Que se pretenda la reparación del daño individual y no haya una sentencia anterior ni sobre intereses difusos o colectivos ni sobre intereses individuales por el mismo acto dañoso.

En este caso, deberá tramitarse un proceso deduciendo la pretensión individual y ninguna incidencia tendrá el art. 220 porque no existe sentencia anterior que pueda proyectar sus efectos sobre el proceso que se tramita.

- B. Que se pretenda la reparación del daño individual y haya una sentencia anterior donde se haya resuelto el reclamo formulado por otro interesado que, si bien refiere solo a la reparación de los daños individuales sufridos por él, tiene repercusión comunitaria y, por ende, se vincula con los intereses difusos o colectivos.

Esta interesante cuestión se plantea en la ya mencionada sentencia del Juzgado Letrado Civil de 8° Turno<sup>114</sup>, por la cual se resolvió el caso de una acción de responsabilidad extracontractual movilizada por los padres de dos menores por sí y representando a éstos, en base a la contaminación por plomo detectada en ambos niños, que atribuyen a las actividades de una fábrica demandada, en cuya proximidad habitan. Allí, si bien se trata de un reclamo por un daño directo sufrido por los accionantes, la sentenciante aclara que la actividad industrial derivada del procesamiento de plomo en tanto haya podido originar efluentes o residuos susceptibles de tal perjuicio, involucra un daño al medio ambiente, de repercusión social y comunitaria indiscutible. Se agrega que aunque el reclamo se promueve a título individual, la repercusión comunitaria del daño admite la representación a todo el grupo, dada la acentuación de lo social, en el ámbito aquiliano, incorporando las nociones de responsabilidad grupal y de **daño colectivo** no receptables en los conceptos tradicionales pero requeridos por la sociedad moderna.

Cabe pues cuestionarse cuál es la incidencia que tiene en el nuevo proceso en el cual se reclama la reparación patrimonial individual el hecho de que en una anterior sentencia, otro legitimado haya formulado un reclamo individual por el mismo acto dañoso, vinculado, por ejemplo con el medio ambiente, o el patrimonio histórico o cultural.

Creemos que pueden postularse distintas soluciones:

- a) Sostener que la sentencia dictada en el proceso anterior ninguna incidencia directa tendrá en el nuevo proceso porque en aquél se resolvió una reclama-

ción individual. Ello sin perjuicio de que es frecuente que cuando el reclamo de los perjuicios individuales se vincula con cuestiones en que, a su vez, está interesada la comunidad (medio ambiente, consumo, patrimonio histórico o cultural, etc.) la sentencia que acoja la pretensión individual realice consideraciones que pueden ser de utilidad para quien desee iniciar un nuevo proceso reclamando la reparación de los perjuicios individuales o colectivos. En esa hipótesis, podrá mencionarse la sentencia como antecedente –sin que ello implique extender sus efectos a otro proceso- y eventualmente solicitarse el traslado de la prueba (con las consecuencias del art. 145 del CGP) al nuevo proceso.

- b) Sostener que, en todo caso, puede llegar a extenderse el efecto de la cosa juzgada del primer proceso sobre algún aspecto del nuevo proceso. Así, por ejemplo, si en el primer proceso se reclamare solamente la reparación del daño individual causado a una persona por la acción contaminante de una empresa y se condenare a la empresa por ser contaminante, la cosa juzgada de ese hecho –que la empresa es contaminante- podría extenderse al nuevo proceso en el que otro interesado reclama la reparación de los perjuicios sufridos individualmente. Obviamente en el nuevo proceso deberá fundarse y acreditarse la legitimación, el daño y su cuantía. Si, en cambio, la sentencia del primer proceso fuere desfavorable al actor, deberán realizarse las mismas consideraciones mencionadas al analizar otra de las hipótesis.
- c) Sostener que la solución dependerá de si en el primer proceso, aun cuando se reclamare solo una indemnización por el daño individual, se hubiera o no invocado también el interés difuso o colectivo. En otras palabras, los efectos de la cosa juzgada de algunos aspectos del primer proceso se extenderían al segundo cuando en aquél el accionante invocó para fundar su reclamo individual la existencia concomitante de un interés difuso o colectivo. Por el contrario, ningún efecto de la cosa juzgada del primer proceso se exten-

derían al segundo si en aquél el accionante no invocó interés difuso alguno y su basó exclusivamente en su interés individual. El fundamento para postular este criterio podría ubicarse en el art. 11.3 del CGP que exige que para proponer útilmente una pretensión, es necesario invocar el interés de que se trate y ello, eventualmente, podría ser integrante de la causa respecto de la cual tiene que existir identidad para que se configure cosa juzgada.

- C. Que se pretenda la reparación del daño individual y haya una sentencia anterior sobre intereses difusos o colectivos por el mismo acto dañoso.

En este caso si bien, como habremos de verlo, la sentencia anterior desplegará sus efectos sobre el reclamante, es indispensable tramitar un nuevo proceso ordinario cuyo objeto probablemente sea más reducido en virtud, precisamente, de la extensión de los efectos.

Imaginemos que primero un interesado invocando intereses difusos tramita con éxito un proceso ordinario reclamando el cese de la acción contaminante de una empresa y, a su vez, la reparación de los perjuicios colectivos y/o individuales sufridos por dicha acción.

Luego, otro interesado, desea reclamar contra la misma empresa la reparación de los perjuicios individualmente sufridos por la misma acción contaminante. Para ello, deberá necesariamente tramitar un nuevo proceso ordinario. El objeto de este segundo proceso será más limitado porque el hecho de que la empresa demandada fue contaminante será cosa juzgada que del otro proceso se extiende a este, debiendo limitarse el reclamante en este proceso a probar que queda alcanzado en la legitimación que amerite la reparación y, obviamente que fue alcanzado por el daño y el monto del mismo.

En otras palabras, como lo señalaba BARRIOS<sup>115</sup> antes de la vigencia del CGP, realizando proyecciones acerca de cuál debiera de ser la solución, en el juicio posterior el interesado no interviniente en el proceso anterior, podrá hacer valer en su beneficio, la cosa juzgada del juicio anterior, en todo lo que no sea específico; por ejemplo, el demandado no podrá discutir el carácter masivo de la contaminación decla-

rado en el juicio anterior; el nuevo actor deberá demostrar su pertenencia al grupo y la medida de su perjuicio.

Puede suceder también que en el primer proceso tramitado por un legitimado en defensa de intereses difusos, la sentencia haya sido desestimatoria. En este caso, si otro legitimado reclamara en un nuevo proceso los daños personales sufridos (por ejemplo por la acción contaminante de una empresa), los efectos de la sentencia desestimatoria del proceso anterior se extenderán al nuevo o no dependiendo del motivo de la desestimación:

- a) Si el rechazo se debió a la ausencia o insuficiencia de prueba, ninguna incidencia tendrá ello en el nuevo proceso.
- b) Si el rechazo se debió a la falta de fundamentos de la demanda, creemos que debe analizarse con cautela en qué aspectos la sentencia dictada en el proceso anterior considera que la pretensión es infundada.

Así, por ejemplo, si la sentencia declaró infundado que pueda verificarse un acto dañoso (por ejemplo: la contaminación) por tal o cual actividad de la empresa demandada, tal circunstancia proyectará sus efectos sobre el nuevo proceso en que se reclama el daño individual eventualmente causado por dicha actividad. Por ende, la sentencia del nuevo proceso desestimaré también la demanda alegando cosa juzgada de un proceso anterior cuyos efectos se extendieron al nuevo.

Si, en cambio, la sentencia del primer proceso admite que existió una acción contaminante de la empresa pero desestima la pretensión porque carece de fundamento que el legitimado pueda haber sufrido un perjuicio derivado de tal actividad (falta de legitimación sustantiva porque, por ejemplo, quien vive a determinada distancia de la empresa no puede sufrir los perjuicios de la acción contaminante en cuestión), ello no inhibirá que otro legitimado (que por ejemplo vive más cerca de la zona afectada) en un nuevo proceso, reclame con éxito los daños y perjuicios derivados de la misma acción contaminante. Contará además con la ventaja de que será cosa juzgada que existió una acción contaminante.

Para que este complejo sistema de extensión de efectos

que venimos de describir pueda tener adecuado funcionamiento, es esencial que en la sentencia dictada sobre intereses difusos el juez establezca claramente cuál es el grupo, comunidad, zona o sector alcanzado por la decisión que, eventualmente, podrá invocar en otro proceso el amparo de la sentencia dictada anteriormente.

Finalmente cabe destacar que son aplicables, además, las consecuencias más corrientes de derecho procesal: la acumulación de autos, la integración de la parte mediante citación de las no intervinientes, la acción declarativa negativa genérica del posible contaminador o discriminador, etc<sup>116</sup>.

### **10.6 Jurisprudencia sobre cosa juzgada y procesos colectivos**

La magnitud de la cuestión de los efectos de la cosa juzgada ha tenido escasa repercusión jurisprudencial, pero se ha comenzado a manifestar incipientemente en los últimos diez años.

La cuestión puede analizarse a la luz del caso ANCAP ya citado.

La *sentencia de primera instancia N° 85/2003, de fecha 28/11/03 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 7° Turno*<sup>117</sup>, hizo lugar a la demanda planteada por el Ministerio Público relativa a la "inhibición o interdicción a ANCAP de producir y poner en el mercado gasolinas con plomo". La sentencia declaró a ANCAP "responsable por omitir el cumplimiento del deber de abstenerse de realizar actos de contaminación grave al medio ambiente, imponiendo la inhibición o la interdicción de producir y poner en el mercado gasolinas con plomo a partir del 31 de diciembre de 2003".

La *sentencia de segunda instancia, N° 273/04, de fecha 3/11/04 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno*<sup>118</sup>, revoca la apelada desestimando la demanda, en base principalmente a dos argumentos:

- a) Respecto de la imposición a ANCAP de la inhibición o interdicción de producir y poner en el mercado gasolinas con plomo a partir del 31 de diciembre de 2003, se acoge el agravio de la demandada relativo al decaimiento del objeto litigioso en virtud de un hecho nuevo, acaecido luego de la conclusión de la causa en primera instancia, consistente en el cese voluntario de la producción y comercialización de gasolinas con plomo por parte de ANCAP a partir del 29/12/03.

- b) En lo relativo a la pretensión declarativa de la responsabilidad de ANCAP, el fallo de segunda instancia concluye que no se ha probado un daño grave al medio ambiente causado por la empresa estatal.

En esta sentencia Nº 273/04 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno, en tanto se entendió que correspondía desestimar la demanda por falta de pruebas (y no por falta de fundamentos), la cosa juzgada no tiene efecto expansivo alguno, sino que abarca sólo a los litigantes. En consecuencia, cualquier otro interesado distinto del Ministerio Público que fue el que la planteó inicialmente, podrá volver a plantear la cuestión en otro proceso. En este caso, a nuestro juicio el otro legitimado podrá demandar invocando igual o distinto fundamento y -obviamente- aportando y produciendo nueva prueba.

Resulta elogiable la precisión que tuvo el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno en la sentencia referida en cuanto a aclarar que la desestimación de la demanda obedeció a carencia de prueba, ya que la falta de precisión en un fallo en cuanto a si el mismo desestima la demanda por falta de fundamentos o por falta de prueba puede generar engorrosos problemas interpretativos dada la distinta eficacia que la cosa juzgada tiene -como vimos- en uno y otro caso.

Finalmente, *la sentencia Nº 237/2005 de la Suprema Corte de Justicia*<sup>119</sup>, por la que se desestima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Público contra la sentencia de segunda instancia, se funda principalmente en las siguientes consideraciones:

- a) La improcedencia de revisar en casación la plataforma fáctica recogida en la sentencia impugnada, con relación a la fecha en que habría cesado la producción y comercialización de naftas con plomo por parte de ANCAP.
- b) Con relación a la pretensión declarativa de responsabilidad, la sentencia señala la improcedencia de revisar en casación la valoración probatoria efectuada en segunda instancia, toda vez que no se alega ni funda en el recurso una concreta desviación de las reglas de la sana crítica.

Como lo hemos analizado previamente con carácter general, debe considerarse que el alcance de la cosa juzgada opera con matices dependiendo del tipo de pretensión de que se trate. Para la solución de los casos concretos es menester considerar cada situación, desde el punto de vista del objeto del proceso y de los sujetos

que participaron en el mismo. El contenido de la decisión variará, por supuesto, según el objetivo que se persigue.

En el caso de las sentencias comentadas, se trata de una acción de protección de los intereses difusos, ya que persigue la prevención de un daño grave e inminente, y/o la cesación de perjuicios actuales susceptibles de prolongarse. En el caso, el cese de producción de combustibles con plomo, elemento contaminante del medio ambiente.

Las pretensiones de protección no suelen plantear demasiadas complejidades en cuanto a los efectos sobre terceros de la cosa juzgada, porque el fallo que satisface a un legitimado suele satisfacer automáticamente a los demás<sup>120</sup>. En otras palabras, si la sentencia dictada en el proceso iniciado por un legitimado –en el caso el Ministerio Público– en defensa de los intereses difusos obtiene la prevención de un daño o el cese de los perjuicios (porque, como lo resolvió la **sentencia de primera instancia**, se prohíbe la producción de nafta con plomo), de por sí ese resultado generalmente satisfará a los demás interesados no litigantes, sin necesidad de nuevo proceso. Dada esa intercomunicación de resultados que caracteriza a los intereses difusos, el progreso en la defensa procesal o administrativa de los intereses implicados, beneficia automáticamente a todos los que están en la misma situación, lo que constituye uno de los rasgos más significativos del juego de los mecanismos relacionados con la tutela de estos intereses. Aislados logros conseguidos en su defensa se prolongan automáticamente y de forma positiva a la esfera jurídica de otros individuos que nada han hecho en concreto.

Si, en cambio, como ocurrió en el **fallo de segunda instancia** –ratificado por el de casación– la desestimación de la demanda se produce por ausencia o insuficiencia de pruebas, los otros legitimados no se verían alcanzados por la sentencia y podrían volver a plantear la cuestión en otro proceso. No se verifica por ende el efecto expansivo de la cosa juzgada en este caso.

Muy distinta sería la solución si el fallo de segunda instancia hubiera desestimado la demanda por carecer de fundamentos, en cuyo caso la eficacia de la sentencia sería general abarcando a los demás interesados.

El tema se plantea también en la *sentencia de segunda instancia N° 66/04 de fecha 22/09/04 del JLC 14° Turno* referente al ya mencionado caso del Superplan de UTE. Señala la titular de la sede:

*"...siendo una acción colectiva, con un objeto del proceso determinado en la declaración de nulidad (parcial) de algunas cláusulas del contrato tipo de autos, resulta de aplicación el lógico corolario de tal legitimación excepcional de las Asociaciones de Consumidores, del art. 220 del C.G.P., esto es, el alcance de la cosa juzgada a todos los afiliados, independientemente de que los mismos con posterioridad opten o no por solicitar la ejecución de la sentencia que simplemente declara su derecho tutelado."*

*Agrega: "...la representación legal tiene lugar para todo consumidor (...) Asimismo, tales consumidores podrían beneficiarse de la declaración que se pretende en juicio, y ello en etapa posterior de ejecución, afiliándose o aún sin afiliarse a la asociación de consumidores, que le representa porque la ley ha estimado que tiene idoneidad y seriedad suficiente para ello, por asumirse la defensa de intereses colectivos y/o difusos de consumidores y no por el hecho de tener a ciertos consumidores como afiliados, o porque se le hubiere conferido poder expreso por los afiliados, siendo en este último caso un supuesto de representación voluntaria y no legal como la establecida por la Ley de Relaciones de Consumo."*

Quizá la escasa jurisprudencia nacional sobre el tema no haya puesto aún de relieve la gravedad de los problemas prácticos que pueden plantearse con una regulación tan genérica de la cuestión como la que tiene Uruguay.

## **11. LOS PROBLEMAS DE LITISPENDENCIA**

Si bien por ser escasa en nuestro país la jurisprudencia en materia de intereses difusos y colectivos, no se han planteado prácticamente casi problemas de litispendencia al respecto<sup>121</sup>, es este uno de los aspectos de más difícil solución con las escasas normas existentes al respecto.

Para comprender el problema, basta imaginar el siguiente caso: un particular inicia un proceso en representación de intereses difusos; luego una asociación que cumple los demás requisitos del art. 42 del CGP también lo hace por la misma causa y objeto. ¿Existe litispendencia? ¿Los sujetos son los mismos? ¿Actúa realmente el particular y luego la asociación "en representación" de los intereses difusos? ¿Qué sucede con la porción de interés propio comprometido?.

Son todas cuestiones de difícil solución no existiendo en Uruguay ni doctrina ni jurisprudencia al respecto.

Para solucionar estos problemas de litispendencia que pueden plantearse en procesos de intereses difusos y colectivos no existen previsiones legales específicas, razón por la cual se aplican los criterios generales.

Para que se pueda invocar la litispendencia como excepción (art. 133, num. 2) del CGP), se requiere que exista entre ambos procesos -anterior y posterior- la regla de la triple identidad: sujetos, objeto y causa y si ello ocurre el posterior debe ceder ante el anterior.

Corresponde advertir que en nuestro derecho rige el principio de buena fe y lealtad procesal consagrado en el art. 5 del CGP (C. Modelo: art. 5) y que dicha disposición en su inc. 2º le impone al Tribunal el poder-deber de impedir el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria. En virtud de la norma referida, si el Tribunal advirtiera que el proceso iniciado con antelación es fruto del fraude o la colusión, cabría la posibilidad de declarar su nulidad y decretar la tramitación del proceso iniciado con posterioridad.

## **12. LA CONEXIÓN DE PRETENSIONES**

En cuanto a la conexión de pretensiones colectivas, corresponde señalar que tampoco existen previsiones específicas, razón por la cual se aplican los criterios generales.

La conexión entre procesos surge cuando no obstante tratarse de pretensiones diversas, tienen uno o más elementos comunes. Se justifica el proceso acumulativo por motivos de economía, pero fundamentalmente por razones de seguridad jurídica y de justicia que derivan de la unidad de fallo y de la integridad del orden jurídico, evitando la existencia de sentencias contradictorias y aún la eventualidad del cumplimiento imposible de alguna de ellas por efecto de la cosa juzgada.

Son tres los elementos que sirven para la identificación de las pretensiones: los sujetos, el objeto y la causa (regla de la "triple identidad")<sup>122</sup>.

El derecho procesal uruguayo exige siempre algún grado de conexión entre estos tres elementos como motivo justificante de la acumulación, no existiendo normas especiales al respecto para los procesos colectivos<sup>123</sup>.

Cabe señalar finalmente que puede imaginarse todas las combinaciones posibles de accionamiento, en que se acumulen distintas

clases de pretensiones (protección o reparación en especie o en dinero) tanto difusas o colectivas, como individuales. Será frecuente, por ejemplo, que quien reclame el cese de una actividad contaminante invocando intereses difusos, pretenda también la indemnización de los perjuicios sufridos personalmente (daño a su salud, daño moral, etc.).

### 13. PRUEBAS NECESARIAS Y CARGA DE LA PRUEBA

No existe ninguna regla especial sobre prueba necesaria o carga de la prueba en materia de intereses difusos y colectivos.

De acuerdo con lo dispuesto en los arts. 137 a 139 del CGP (C.Modelo: arts. 127 a 129) –normas generales en la materia– corresponde probar los hechos invocados por las partes y que sean controvertidos. Están exentos de prueba los hechos notorios, los evidentes y los presumidos por la ley.

Siguiendo los criterios generales, en lo relativo a la carga de la prueba dispone el art. 139.1 (C. Modelo: art. 129) que "*Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión*".

De mayor interés y novedad resulta el art. 139.2 del CGP que señala que "*La distribución de la carga de la prueba **no obstará a la iniciativa probatoria del tribunal ni a su apreciación** conforme con las reglas de la sana crítica, **de las omisiones o deficiencias de la prueba***".

Como se puede apreciar, el CGP consagra un juez activo en la averiguación de la verdad -claro está dentro del límite de los hechos alegados por las partes- y con suficientes poderes como para ser el verdadero director del proceso.

El legislador uruguayo no ha consagrado entre los derechos básicos del consumidor -como tampoco lo ha hecho respecto de los restantes intereses colectivos o difusos- la inversión a su favor de la carga de la prueba, razón por la cual serán de aplicación las previsiones comunes ya citadas del CGP<sup>124</sup>.

No obstante la falta de norma legal expresa, acerca de la inversión de la carga de la prueba, el Juez al realizar la apreciación de la prueba en su conjunto - CGP art. 140- puede constatar omisiones o deficiencias en la prueba producida, lo que deberá apreciar conforme con las reglas de la sana crítica.

Para ello, será un eficaz instrumento de apoyo el principio de razonabilidad, que le orientará respecto de quién tenía la carga de la prueba y quién estaba en mejores condiciones para producirla<sup>125</sup>.

La admisión de la denominada teoría de las cargas “dinámicas” de la prueba, que permite desplazar el “onus probandi” a quien se encuentra en mejores condiciones de aportar la prueba, es discutida en nuestra doctrina, existiendo fallos que la han receptado ampliamente en otras materias (responsabilidad médica, laboral, etc.), no existiendo prácticamente sentencias sobre intereses difusos y colectivos.

#### **14. TRIBUNALES COMPETENTES EN LAS ACCIONES DE INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS EN URUGUAY**

No existe en nuestro país una jurisdicción especializada en procesos referidos a intereses colectivos o difusos. Tampoco existe una jurisdicción especializada en las materias generalmente vinculadas a este tipo de intereses: asuntos medioambientales, defensa del consumidor, patrimonio histórico y cultural, etc.

Por ende, tanto para el accionamiento por la vía ordinaria, como para deducir la acción de amparo o solicitar la adopción de medidas cautelares o provisionales, rigen los criterios generales de distribución de competencia.

Considerando las materias involucradas y dependiendo del monto del asunto y de las reglas de distribución territorial de competencia, serán llamados a intervenir en primera instancia en los procesos en que estén en juego intereses difusos y/o colectivos, los Juzgados de Paz, los Juzgados Letrados de Primera Instancia de la Capital (la especialización más frecuente será la civil y la contenciosos administrativa reparatoria, ya que en ellas quedan comprendidas las cuestiones medioambientales, del defensa al consumidor, etc.) o los Juzgados Letrados de Primera Instancia del Interior.

En segunda instancia, dependiendo del monto del asunto, intervendrán los Juzgados Letrados (si la primera instancia se tramitó ante un Juzgado de Paz) y los Tribunales (colegiados) de Apelaciones (generalmente por especialización intervendrán los Tribunales de Apelaciones en lo Civil).

Las sentencias de segunda instancia que cumplan ciertas condiciones (monto, naturaleza, etc.) podrán ser impugnadas en casación (errores de derecho en el fondo o en la forma) ante la Suprema Corte de Justicia.

## 15. LA CUESTION DEL DAÑO FUTURO

En materia de intereses difusos y colectivos, dado que es usual que los daños se sigan produciendo en el futuro aun cuando cese la acción dañosa (piénsese por ejemplo en la contaminación ambiental<sup>126</sup>), es frecuente que al momento de la sentencia no sea posible determinar con precisión suficiente, las consecuencias futuras del daño globalmente producido a la colectividad interesada (o incluso el daño individual), o puede ser también verosímil la aparición de nuevos daños derivados del mismo hecho u omisión, o la prolongación o agravación posterior de los perjuicios originarios.

Estas circunstancias repercuten en el contenido de la sentencia. En efecto, si ello se pide y se prueba, y con las dificultades que significa, el juez en la sentencia condenatoria, deberá contemplar no sólo el daño actual sino también el daño futuro<sup>127</sup>, sea como una previsible prolongación o agravación de un daño actual, sea como la posible producción de un daño nuevo<sup>128</sup>.

Respecto de las situaciones futuras (que implican que el tribunal deba prever el daño futuro, sea como una previsible prolongación o agravación de un daño actual, sea como la posible producción de un daño nuevo) cabe pensar en el posible dictado de sentencias con contenidos condicionales o de futuro (art. 11.3 del CGP), siempre y cuando -principio de congruencia- ello sea pedido por las partes. Este tema requiere un estudio que excede los límites de este trabajo y que la doctrina debe encarar en profundidad<sup>129</sup>.

No obstante, debe tenerse presente algunas pautas fundamentales.

En primer lugar, el actor tiene la carga de reclamar en su demanda no sólo el daño ya acaecido sino también el daño que, aunque incierto por ser futuro, pueda ser previsible. De no ser así, no podrá reclamarlo luego, precluyendo su oportunidad de hacerlo ya que la cosa juzgada de la sentencia dictada comprenderá tal reclamo no realizado.

En segundo lugar, si acaeciére luego del proceso un daño nuevo imprevisible –esto es que no habría podido demandarse en el primer proceso- el mismo interesado podrá iniciar un nuevo proceso para reclamarlo.

## 16. INDETERMINACION DEL CAUSANTE DEL DAÑO

En materia de intereses difusos, las dificultades para establecer la relación causal entre la actividad que causa el daño y el daño

producido deriva de las propias características de los bienes protegidos. Así, por ejemplo, en materia ambiental, los enormes obstáculos que existen muchas veces para precisar la relación causal entre el daño ambiental y la actividad contaminante, derivan de la propagación de sus efectos perniciosos, a grandes distancias del lugar en que han tenido origen<sup>130</sup> y de la confluencia de un sinnúmero de agentes y sujetos contaminantes.

Por ende, muchas veces es imposible determinar el sujeto a demandar como causante del daño. Otras veces, por ejemplo en virtud de la densidad industrial de ciertas zonas, se plantea la dificultad en la exacta identificación del real agente del hecho, desconociéndose cuál de los varios integrantes del circunstancial "grupo sospechoso", es el que ha actuado en realidad causando del daño.

Las peculiaridades del proceso de intereses difusos aparecen pues también con relación a los sujetos eventualmente responsables de las conductas dañosas. Desde esta perspectiva, surgen serias dificultades para determinar quiénes son estrictamente los responsables de los daños producidos. En algunos casos estas interrogantes desembocan en un auténtico callejón sin salida. Así, es imposible determinar los aportes a la contaminación de los propietarios individuales de vehículos automóviles, es muy difícil precisar quiénes son los responsables del nivel de ruidos en una ciudad, incluso en la vecindad de una aeropuerto, lo que es extensible desde luego a la contaminación de aguas en las que vierten un elevado número de industrias y a la contaminación atmosférica en análogas circunstancias, y más aún cuando el factor determinante (o al menos un componente importante de la contaminación de este origen), procede de focos domésticos<sup>131</sup>.

La defensa de los intereses difusos (a la protección del medio ambiente y de la naturaleza, el patrimonio histórico y cultural, etc.) exige en estos casos contar con instrumentos procesales que posibiliten una intervención judicial ágil y preventiva, que a la vez implique la ampliación de la receptividad del Derecho hacia nuevos valores asumidos por las sociedades modernas.

No es fácil por tanto acotar en el espectro de intensidad de la tutela jurídica, la franja de los intereses difusos ni mucho menos lo que esta alberga en cuanto a riesgos o daños, asimilables o no por la comunidad nacional o internacional, o simplemente aspiraciones de trascendencia política.

Señala MATEO<sup>132</sup> que se ha intentado con mayor o menor éxito buscar soluciones o más bien atenuaciones a estos problemas,

porque a la postre, sólo la intervención directa de los responsables de la comunidad, en definitiva de los titulares de los poderes públicos respectivos, podrá imponer imperativamente medidas eficaces, de carácter general. Entre las medidas que tratan de facilitar las acciones individuales planteadas ante los tribunales pueden citarse las que invierten la carga de la prueba, estableciendo la presunción inicial de responsabilidad en ciertos sujetos, las que dan a la responsabilidad carácter objetivo o las que tratan de esclarecer la imputabilidad<sup>133</sup>.

Estas cuestiones dificultan la tarea de los demandantes y del tribunal. De los primeros porque les resulta difícil probar el causante del daño y el alcance del mismo fundamentalmente hacia el futuro, y del segundo porque debe actuar con prudencia evitando que estas dificultades se traduzcan en indefensión.

En el ámbito del CGP, facilita en algo estas dificultades la posibilidad de demandar a personas indeterminadas o inciertas. Dispone el art. 127.2<sup>134</sup> que *"en las demandas dirigidas contra personas indeterminadas o inciertas, podrá verificarse el emplazamiento a todos los que se consideren habilitados a deducir oposición, con apercibimiento de nombrárseles defensor de oficio, con quien se seguirá el proceso"*<sup>135</sup>. El art. 221<sup>136</sup> del CGP prevé, por su parte, que *"en los procesos en que hayan sido emplazadas como demandadas personas indeterminadas la sentencia surtirá efecto en relación a todas personas comprendidas en el emplazamiento, salvo que se compruebe en el mismo proceso o en otro, que su identidad era conocida por alguna de las partes y sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros de buena fe"*.

## **17. ALCANCE DE LA TRANSACCIÓN Y DEL DESISTIMIENTO DE LA PRETENSIÓN**

Otro de los problemas que también preocupa en el Derecho Comparado, es el relativo a los límites de los poderes procesales de los titulares del interés difuso, y entre ellos, el de saber hasta qué punto pueden las partes autocomponer el litigio<sup>137</sup>.

Con mucha incertidumbre, por ejemplo en Estados Unidos, se ha aplicado el control por parte de los órganos jurisdiccionales, tanto en las hipótesis de transacción como en los casos de desistimiento, procurando en esa forma evitar arbitrarias soluciones privadas en este tipo de litigios, que pueden perjudicar los intereses su-

praindividuales que están en juego. Similares inquietudes se han suscitado en el Derecho brasileño<sup>138</sup>.

En el Derecho uruguayo la cuestión es de difícil solución.

Pueden realizarse dos enfoques.

Por un lado, podría postularse que como el art. 224 del CGP otorga a la conciliación o transacción que pongan fin al proceso el mismo efecto que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, si en materia de intereses difusos la cosa juzgada alcanza a los terceros, debiera darse igual solución a quienes no acordaron la transacción pero eran colegitimados. Si se aceptara esta solución pareciera indispensable el control de los órganos jurisdiccionales, tanto en las hipótesis de transacción como en los casos de desistimiento, como una forma de evitar una arbitraria solución privada de litigios en los que están en juego indudablemente intereses supraindividuales.

Sin perjuicio de la realización del referido control, tal solución conlleva graves riesgos de acuerdos fraudulentos o colusivos en perjuicio de otros interesados que quedarían alcanzados por el acuerdo transaccional o por el desistimiento sin haber participado de ellos.

Por lo cual, atendiendo a los fundamentos que expondremos, creemos que la solución ajustada a derecho es la opuesta; esto es que no deben extenderse a terceros los efectos de la cosa juzgada en caso de transacción o desistimiento. Estos son nuestros argumentos:

- a) El art. 220 se aplica en forma restrictiva por ser una solución excepcional y, por ende, no debe extenderse a las hipótesis de conciliación o transacción<sup>139</sup>. Como enseña GEL-SI<sup>140</sup>, el principio "*res inter alios judicata*" tiene importancia fundamental en el Estado de Derecho, pues garantiza el derecho a la defensa en el proceso. Por tanto, sus limitaciones deben ser expresamente establecidas en la ley. Cada vez que se extiende a otros el resultado de un proceso, se está dejando de aplicar un derecho fundamental –defensa en juicio– que sólo por claras razones de interés general puede determinarse.
- b) Si se analiza el tema desde la óptica de la legitimación para otorgar actos dispositivos se llega a igual conclusión. En efecto, desde este ángulo, quien transa, desiste. El interesado solamente puede transar –ergo: desistir– con respecto a los derechos o intereses particulares de que es titular,

sin gozar de facultades para disponer del interés difuso o colectivo que, al no pertenecerle en exclusividad, no puede ser objeto de transacción o desistimiento por un solo sujeto. Por consiguiente, podría un litigante disponer mediante transacción o desistimiento de su derecho a percibir indemnización por su daño individual, pero no del relativo al daño global (si se admite la existencia de esta categoría), ni de lo atinente a protección, prevención o reparación en especie del perjuicio causado a un interés difuso o colectivo que, por definición, también pertenece a otros, a quienes no puede perjudicarse por acto abdicativo del que no hayan participado.

- c) Esta tesis es coherente con la solución legal de la no extensión de los efectos de la sentencia absolutoria por falta de prueba y con los fundamentos análogos considerados por el legislador en sede de litisconsorcio tanto facultativo como necesario, al no permitir la extensión de los efectos perjudiciales si no medió voluntad de los otros litisconsortes (arts. 45 inc. 3° y 46 inc. 2° del CGP<sup>141</sup>).
- d) Cuando se produce la transacción de un proceso o se desiste de la pretensión, no se verifica uno de los presupuestos del art. 220 del CGP, por lo cual no puede ser aplicable a tales casos. En efecto, el art. 220 requiere que el juez acoja mediante sentencia la pretensión del actor –total o parcialmente- o que la desestime –total o parcialmente- por falta de fundamentos o por falta de prueba. Según el presupuesto ocurre la consecuencia. Ahora bien, en la medida que en los casos de transacción o desistimiento el juez no dicta sentencia sobre tales extremos (fundamentos o prueba), no podría aplicarse el art. 220.
- e) Finalmente, en muchos procesos vinculados a intereses difusos o colectivos, suele estar involucrado el interés público, lo cual obsta también a la disposición de los derechos mediante transacción o desistimiento.

Por consiguiente, concluimos que, en los casos de desistimiento o transacción, los efectos de estos actos solamente alcanzan a quienes los consintieron y no se rigen por el art. 220 del CGP en estudio<sup>142</sup>.

Si se aceptaran nuestros fundamentos, se podría recurrir a la solución del art. 223 inc. 3° del CGP, según el cual si la conciliación

o la transacción se relacionan sólo con algunos de los litigantes, el proceso podrá continuar –en este caso debiera interpretarse: podrá ser replanteado- por las personas no comprendidas en el acuerdo. Igual solución se podría aplicar a la hipótesis de desistimiento de la pretensión: quien no participó en el proceso en el cual se desistió de la pretensión, podrá luego iniciar un nuevo proceso, no viéndose alcanzado por los efectos del desistimiento realizado por el otro interesado.

## **18. CONSECUENCIAS DE LA INCOMPARECENCIA A LAS AUDIENCIAS DEL LEGITIMADO QUE INICIÓ EL PROCESO EN DEFENSA DE INTERESES DIFUSOS O COLECTIVOS SOBRE LOS DEMÁS INTERESADOS**

Otra cuestión compleja vinculada con lo que venimos de exponer en el punto anterior, radica en determinar cuáles son las consecuencias sobre los demás interesados de la incomparecencia injustificada del legitimado que inició el juicio, a la audiencia preliminar o a la complementaria.

Si realizáramos una interpretación amplia del art. 220 del CGP, podríamos llegar a la conclusión de que las consecuencias que se aplican al accionante incompareciente a las audiencias (art. 340.2, 340.3 y 343.3) se extienden a los terceros no accionantes colegitimados en materia de intereses difusos. Tal posición podría respaldarse en el hecho de que el art. 220 sólo excluye la extensión de los efectos de la cosa juzgada a los casos de ausencia de prueba.

Sin embargo, en nuestra opinión, se impone la solución contraria.

En efecto, a nuestro juicio las normas de los arts. 340.2 y 3 (audiencia preliminar) y 343.3 (audiencia complementaria) contienen graves sanciones que deben interpretarse restrictivamente.

En consecuencia, sólo debieran aplicarse las consecuencias legales al sujeto incompareciente sin extenderse a los terceros, que podrán luego iniciar otro proceso con el mismo objeto en protección de los intereses difusos. Por otra parte, extender a terceros los alcances de las consecuencias de incomparecer a las audiencias abre la brecha al fraude y la colusión.

A todo ello deben agregarse los argumentos que hemos expuesto en el punto anterior, para descartar la aplicación del art. 220 a los casos de desistimiento de la pretensión dado que, precisamente, esa es la consecuencia de la incomparecencia a la audiencia

preliminar por parte del actor (art. 340.2 del CGP). En efecto, si en nuestra opinión no pueden aplicarse a los terceros las consecuencias del desistimiento expreso de la pretensión, menos aún podrían extenderse a ellos los efectos del desistimiento tácito derivado de la sanción prevista en la ley por la incomparecencia a una audiencia.

## **19. NECESIDAD DE UNA LEGISLACIÓN SOBRE PROCESOS COLECTIVOS**

No existen a la fecha en Uruguay proyectos de ley articulados sobre procesos colectivos con alcance general (si existen anteproyectos de procesos colectivos en áreas específicas como relaciones de consumo).

Hemos perdido una oportunidad invaluable de regular el tema en oportunidad de la puesta al día del Código General del Proceso, que se realizó con la aprobación de la Ley 19.090/2013.

La necesidad de una regulación clara y con estímulos razonables se ha vuelto patente, por lo cual debiéramos esperar que los esfuerzos de la doctrina procesal y de las instituciones públicas y privadas involucradas en las cuestiones vinculadas a los intereses difusos y colectivos, confluyan en tal sentido.

Las incipientes propuestas de la doctrina uruguaya en referencia a la legitimación y cosa juzgada en los procesos colectivos, parten de la base de considerar que si bien los arts. 42 y 220 del CGP constituyeron un importante avance, presentan limitaciones y vacíos que requieren regulación legal.

En efecto, como ya se señalara, el CGP omite considerar los intereses colectivos y los individuales homogéneos, a los cuales se podrían aplicar las soluciones del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

Tampoco existen referencias en la legislación uruguaya a la condena genérica para las acciones colectivas reparatorias de daños individualmente sufridos.

No existe previsión alguna sobre resolución parcial del litigio en casos en que una parte del mismo no requiera prueba y otra si, ni se regula expresamente la prueba estadística o por muestrario (sin perjuicio de que el art. 146.2 del CGP admite la utilización de los medios probatorios especialmente regulados y de todos aquellos otros no prohibidos por la regla de derecho, aplicando analógicamente las normas que disciplinan a los expresamente previstos por la ley).

Tampoco existe en la normativa procesal uruguaya ninguna regla especial sobre carga de la prueba en materia de intereses difusos y colectivos.

Problema aparte lo constituye la litispendencia, de complejidades similares a la cosa juzgada pero que, a diferencia de esta, carece de una norma especial para los intereses difusos y colectivos<sup>143</sup>. Debe también darse solución a la cuestión del alcance de la transacción y el desistimiento en procesos colectivos<sup>144</sup>, así como al régimen de sanciones por incomparecencia a las audiencias del proceso y su repercusión en los "representados" por los legitimados del art. 42 del CGP<sup>145</sup>.

Como ya lo señaláramos en anteriores trabajos<sup>146</sup>, el problema de la regulación del CGP es que plantea la solución general en concordancia con la ley brasileña y con el Código Modelo de Proceso Colectivos, pero deja sin resolver los aspectos fundamentales específicos que estas normas regulan.

Por ende, creemos que la regulación del Código Modelo de Procesos Colectivos constituye el desarrollo indispensable que nuestro país debe adoptar para que tenga efectividad la defensa de los intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos.

En virtud de ello, la doctrina nacional debe profundizar el análisis del Código Modelo de Procesos Colectivos para eventualmente elaborar, sobre sus postulados esenciales, un proyecto de ley, adaptando el mismo a la realidad y al sistema jurídico uruguayo.

## **20. EL CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS PARA IBEROAMÉRICA COMO PUNTO DE PARTIDA DE UNA FUTURA LEGISLACIÓN EN LA MATERIA**

Como ya se señalara, en nuestra opinión, el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal podría sin duda alguna inspirar, al menos parcialmente, la futura legislación uruguaya en la materia.

La filosofía y concepción básica del CGP y del Código Modelo son similares.

En efecto, no olvidemos que el CGP uruguayo tiene su fuente directa en el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica, que recogió en el punto los desarrollos de doctrina y jurisprudencia brasileña que –complementados con otros valiosos aportes– son los que inspiran ahora el Código Modelo de Procesos Colectivos.

Las normas de legitimación y cosa juzgada –que son las únicas que regula el CGP– son muy similares a las del Código Modelo de Procesos Colectivos, pero omiten regular gran parte de las cuestiones vinculadas que con gran precisión contiene el referido Código.

En consecuencia, las dos normas del CGP citadas son un sólido pilar del tema de los procesos colectivos, pero son escasas e insuficientes para solucionar muchos problemas que se plantean, requiriendo por ende necesariamente de desarrollo legislativo complementario.

En nuestra opinión es posible la armonización de las normas existentes en nuestro país con las del Código Modelo de Procesos Colectivos, siempre y cuando se introduzcan en el ámbito nación bajo forma de ley, estas últimas con los ajustes necesarios pero manteniendo su filosofía y esencia.

Concretamente pensamos que las soluciones del Código Modelo en cuanto a la legitimación (activa y pasiva) podrían ser adoptadas en Uruguay con algunos ajustes menores.

Si bien la redacción del art. 42 del CGP y las normas del Código Modelo de Procesos Colectivos en cuanto a legitimación son distintas, presentan el mismo criterio amplio en pos del acceso a la justicia, que permitiría su compatibilización y armonización a través del dictado de una ley que, como dijimos, es en todo caso imprescindible.

Igualmente, creemos que las soluciones del Código Modelo en cuanto a la cosa juzgada podrían ser adoptadas en nuestro país, realizando algunos ajustes para adaptarlas a la realidad y al sistema jurídico uruguayo.

Si bien no son aún oficiales, existen en la doctrina uruguaya iniciativas en el sentido de adoptar el Código Modelo, al menos parcialmente, como inspiración para la futura legislación incluyendo sus esquemas conceptuales de legitimación y cosa juzgada.

El desarrollo y proliferación de los procesos de intereses difusos y colectivos en nuestro país requerirá necesariamente del dictado de una ley que desarrolle las escasas normas del CGP. Estamos convencidos de que ese marco legal debe inspirarse en el Código Modelo que, con pocas adaptaciones y algunos ajustes, podría ser transformado en derecho positivo vigente.

En nuestra opinión, una de las razones por la cuales en Uruguay, pese a contar con normas que permiten el ejercicio de pretensiones de intereses difusos, no se plantean las mismas con frecuencia en

la práctica jurisprudencial, es que no existe un marco claro sobre los efectos de la sentencia, la incidencia de lo resuelto en un proceso en relación a los demás vinculados, ni está claramente definido el alcance de los intereses difusos, ni se distinguen los elementos individuales de la pretensión de aquellos difusos o colectivos, etc.

El esclarecimiento de éstos y otros aspectos mediante el dictado de una ley inspirada en el Código Modelo de Procesos Colectivos, contribuiría a crear las condiciones de un acceso amplio a la justicia en la materia.

El Código Modelo de Procesos Colectivos merece vehementes elogios de parte de la comunidad jurídica iberoamericana y debe constituir la base imprescindible sobre la cual reformar y modernizar los ordenamientos jurídicos iberoamericanos en materia de intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos,

En el caso de Uruguay, como lo hemos señalado con LANDONNI<sup>147</sup>, ha llegado el momento de actualizar el Código General del Proceso de conformidad con las modernas soluciones del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

Este debe ser el nuevo gran desafío de los procesalistas uruguayos, como el mejor homenaje a nuestros queridos maestros VESCOVI, TORELLO y GELSI, que tanto han hecho por la Justicia en Iberoamérica.

## NOTAS

- 1 El análisis de esta compleja temática comenzó en oportunidad de comentar el art. 220 del Código General del Proceso de Uruguay (CGP) en la obra colectiva en que trabajamos bajo la dirección del Prof. Enrique Vescovi. Proseguimos luego el estudio del tema en un trabajo publicado en el Libro en homenaje al referido profesor que editara Fundación de Cultura Universitaria, continuando con una sucesión de artículos publicados en varios países. Pueden analizarse nuestros anteriores trabajos sobre el tema en VESCOVI, E., DE HEGEDUS, M., KLETT, S., SIMON, L., LANDEIRA, R. y PEREIRA CAMPOS, S., "Código General del proceso – Comentado, Anotado y Concordado", t. 2, Editorial Abaco, ps. 73 y ss. y t. 6. comentarios al art. 220.; PEREIRA CAMPOS, S., "Intereses difusos y efectos de la cosa juzgada" publicado en "Estudios de Derecho Procesal en homenaje al Prof. Dr. Enrique Vescovi", FCU, Montevideo, 2000, ps. 313 y ss. e "Intereses difusos y colectivos en Uruguay: marco conceptual, legitimación y efectos de la cosa juzgada", publicado en RUDP N° 2/2000; LANDONI, A. y PEREIRA CAMPOS, S., "Tutela de los intereses colectivos y difusos en Uruguay" en RUDP 1/2002, ps. 69 y ss.; PEREIRA CAMPOS, S., "Los procesos colectivos. Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica", relato nacional por Uruguay al Congreso Internacional de Derecho Procesal, Centro de Estudios Jurídicos Latinoamericanos de la Universidad "Tor Vergata", Roma, 20 al 22 de mayo de 2004, publicado en RUDP 3/2003; ps. 291 y ss.; PEREIRA CAMPOS, S. y BERDAGUER, J., "Cinco años de jurisprudencia sobre relaciones de consumo", libro en edición a ser publicado por IMPO, con el auspicio de la Suprema Corte de Justicia, el Ministerio de Economía y Finanzas y BID/FOMIN. Asimismo: LANDONI, A., "La tutela de los derechos del consumidor en el Derecho uruguayo", publicado en "Estudios de Derecho Procesal en homenaje al Prof. Dr. Enrique Vescovi", FCU, Montevideo, 2000, ps. 281 y ss. y "Legitimación para la defensa de los intereses difusos", en RUDP 4/81, ps. 350 y ss.; VARELA MENDEZ, E., "Protección del medio ambiente. Legitimación para promover acciones y eficacia de la cosa juzgada obtenida en los procesos respectivos" en RUDP 3/2004.
- 2 Dispone el art. 47 de la Constitución: "*La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones para los transgresores*".
- 3 Por ende, el análisis que realizaremos en este trabajo, si bien estará centrado en el Código General del Proceso uruguayo, es aplicable al Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica.
- 4 A modo de ejemplo, cabe mencionar que el art. 6º, lits. F) y G) de la ley 17.250 de relaciones de consumo, consagra como "*derechos básicos del consumidor*", "*la efectiva prevención y resarcimiento de los daños patrimoniales y extra patrimoniales*" y "*el acceso a organismos judiciales y administrativos para la prevención y resarcimiento de daños mediante procedimientos ágiles y eficaces...*".
- 5 Señala LANDONI: "*Esta categoría no ha sido contemplada en el derecho uruguayo y si bien los derechos individuales homogéneos, que tengan un origen común, podrían hacerse valer individualmente mediante la acumulación de pretensiones prevista en el art. 120.2 del CGP, no sería*

- posible su tratamiento colectivo y por ende también sería limitada la eficacia de la sentencia*" (LANDONI, A., "Análisis...", ps. 389 y 390).
- 6 MORELLO, A., HITTERS, J.C. y BERIZONCE, R., "La defensa de los intereses difusos", en J.A. doctrina (4), marzo 1982, ps. 700 y ss. Sobre el tema de intereses difusos, además de la bibliografía indicada en las citas, puede consultarse: CAPPELLETTI, M., "Formazioni sociali e interessi di gruppi davanti alla giustizia civile", en Riv. Dir. Proc., Italia, 1975, ps. 363 y 364; CAPPELLETTI, M., "Acceso a la justicia, como programa de reformas y como método de pensamiento, en Rev. Col. Abog. La Plata, año XXIII, n° 41, ps. 153 a 170; FAIREN GUILLÉN, V., "El ombudsman y sus posibilidades en España y países iberoamericanos", RUDP 3/79; BARBOSA MOREIRA, J., "A acao popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados interesses difusos", en Temas del derecho processual, San Pablo, 1977, ps. 110 y ss.; MORELLO, A., HITTERS, J., y BERIZONCE, R., "La defensa de los intereses difusos", en La Justicia entre dos épocas, La Plata, 1983, p. 209; GELSI BIDART, A., "El derecho procesal y la protección del consumidor", en RUDP 1/78, ps. 350 y ss.; LANDONI, A., "Legitimación para la defensa de los intereses difusos", en RUDP 4/81, ps. 350 y ss.; PELLEGRINI, A., "A tutela jurisdiccional dos intereses difusos", RUDP 3/4/77, p. 17; VESCOVI, E., "El derecho procesal y la protección del consumidor", RUDP 1/78, p. 21.
  - 7 Cf. LANDONI, A., "Legitimación...", p. 352.
  - 8 Sentencia N° 19/96 del 29/5/96 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 24° Turno.
  - 9 BARBOSA MOREIRA, J. "A protecao jurídica dos interesses coletivos", Rev. Br. De Direito Processual, Vol. 24, ps. 13 a 15.
  - 10 Cf. MORELLO, A., HITTERS, J. y BERIZONCE, R., "La defensa...", p. 701.
  - 11 VESCOVI, E., DE HEGEDUS, M., KLETT, S., SIMON, L., LANDEIRA, R. y PEREIRA CAMPOS, S., "Código...", t. 2, ps. 73 y ss.
  - 12 MATEO, R., "Tratado de derecho Ambiental", ps. 182 y 183.
  - 13 MORELLO, A., HITTERS, J. y BERIZONCE, R., "La defensa de los intereses difusos" en Jurisprudencia argentina, Doctrina (4), Argentina, 1982, p. 701. Véase también GELSI, A., "Intereses difusos y Derecho Procesal" en Rev. de la Facultad de Derecho de México, México, 1985, ps. 533 y ss.; MORELLO, A. y STIGLITZ, G., "Hacia un ordenamiento de tutela jurisdiccional de los intereses difusos" en Jurisprudencia argentina, Doctrina (4), 1985, ps. 651 y ss.; BERGALLI, R., "Justicia formal y participativa: la cuestión de los intereses difusos" en Doctrina Penal 6 (21-24), Argentina, 1983, ps. 197 y ss.; VIANNA, W., "A defesa dos interesses difusos" en Rev. da Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1), Brasil, 1983, ps. 369 y ss.
  - 14 La Ley N° 17.250 del 2000 regula las relaciones de consumo y contiene importantes previsiones sobre defensa al consumidor.
  - 15 Sobre la evolución legislativa uruguaya respecto de la temática medio ambiental nos remitimos a la doctrina especializada: LANGON, M., "Esquema de la protección ambiental en Uruguay. El delito ecológico", en Gaceta Forense, Doctrina 1 (B), abril-junio 1984, ps. 147 y ss. y "La legislación ambiental en la República Oriental del Uruguay", LJU, t. XCI, Doctrina, ps. 45 y ss. Véase también al respecto COUSILLAS, M., "Evaluación del Impacto Ambiental", Montevideo, 1994, ps. 81 y ss. y "La justicia en la controversia entre ambiente y desarrollo", en el libro "Condiciones para un mañana digno", Montevideo, 1994, ps. 212 y 213. En Argentina interesa especialmente JACOBO, G. y ROUGES, C., "Régimen

- legal de los residuos peligrosos (Ley 24.051)", Buenos Aires, 1994. En Uruguay constituye un hito fundamental en la defensa del medio ambiente, la aprobación de la ley N° 16.466 del 19/1/94 que regula fundamentalmente la evaluación del impacto ambiental. Esta norma cumple -al menos parcialmente- con el Principio 13 de la "Declaración de Río" que expresaba que *"los Estados deberán desarrollar la legislación nacional relativa a la responsabilidad y la indemnización respecto de las víctimas de la contaminación y otros daños ambientales"*. Si bien esta ley regula esencialmente el impacto ambiental y su evaluación y por tanto no constituye una ley general sobre el medio ambiente, la misma contiene algunas normas que sí son de aplicación general y que resultan de fundamental importancia.
- 16 Afirma BARRIOS DE ANGELIS *"Supuesto que es interés la relación entre las necesidades de un sujeto y la aptitud de un bien para satisfacerla, el interés puede ser, desde el punto de vista de los sujetos, individual o grupal. Según corresponda exclusivamente a un individuo o a un grupo bien delimitado. Pero cuando el interés corresponde a un grupo indeterminado, ya comienza a hablarse de interés difuso o colectivo"* (BARRIOS DE ANGELIS, D., "Introducción al proceso", Montevideo, 1980, p. 114).  
Se trata - en algunos casos - de intereses individualizables, divisibles, pero cuyo tratamiento conjunto se impone por razones prácticas de diversa índole para evitar una situación de denegación de justicia: exigir la comparecencia de todos los involucrados al mismo tiempo o bien exigir la comparecencia personal de cada uno equivaldría a negar el derecho de acción (Cf. VIERA, L., "Las partes y el Código General del Proceso", RUDP 1/94, p. 41). En otras hipótesis, el bien tutelado, el objeto que se pretende, reviste la calidad de indivisible, inescindible, supuesto en el que no puede discernirse donde comienza ni donde acaba la "cuota de interés" de cada uno de los interesados (Sentencia N° 19/96 del 20/5/96 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 24° Turno).
- 17 MORELLO, A., "La defensa de los intereses difusos y el derecho procesal", JA 1078 - III, p. 321. Nos remitimos a lo que hemos expuesto en: VESCOVI, E., DE HEGEDUS, M., KLETT, S., LANDEIRA, R., SIMON, L. y PEREIRA CAMPOS, S., "Código...", t. 2, ps. 73 y ss.
- 18 MATEO, R., "Tratado...", p. 183.
- 19 LANDONI, A., "La tutela...", p. 92.
- 20 BARBOSA MOREIRA, J., "La protección jurisdiccional de los intereses difusos. Evolución reciente en el derecho brasileño", RUDP N° 4/85, ps. 353 a 357.
- 21 PELLEGRINI GRINOVER, A., "Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores" comunicación a las X Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal realizadas en Bogotá en 1986, ps. 5 y 6.
- 22 TABOADA, M., "Los intereses colectivos y difusos" en Revista La Ley (E), Argentina, 1991, p. 1543.
- 23 PALACIO, L. "La protección jurisdiccional de los intereses difusos", La ley 10, Noviembre de 1987.
- 24 MATEO, R., "Tratado...", ps. 183 y 184.
- 25 VIERA, L., "Los intereses difusos y la garantía del amparo", ponencia presentada a las Vas. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Colonia del Sacramento, 19 al 22 de abril de 1989, publicadas en Montevideo en 1989 por Editorial Universidad, ps. 201 y ss.

- 26 Sentencia de amparo N° 3/93 del Juzgado Letrado en lo Civil de Maldonado de 5° Turno y Sentencia de amparo N° 86/93 del 4/6/93 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Tercer Turno, publicadas en RUDP N° 2/93, ps.335 a 349.
- 27 GRECCO, C., "Ensayo preliminar sobre los denominados intereses 'difusos' o 'colectivos' y su protección judicial" en Revista La Ley, Doct.(B), Argentina, 1984, p. 871.
- 28 TABOADA, M., "Los intereses...", ps. 1539 y 1540.
- 29 GRECCO, C., "Ensayo preliminar...", p. 871.
- 30 BARRIOS DE ANGELIS, D., "Introducción...", p. 102.
- 31 PELLEGRINI GRINOVER, A., "Ações coletivas...", ps. 3 y 4.
- 32 De acuerdo con la política particular del legislador de cada país, los llamados intereses difusos encuadran ya como interés protegido o como derecho subjetivo, y en este último caso estarían comprendidos en unas pocas categorías de los derechos humanos: a la vida, a la salud (interés en la contaminación), a la libertad (libertad de elección del consumidor) y a la igualdad (interés contra la práctica discriminatoria).
- 33 Los conceptos de "interés difuso" y de "interés colectivo" han sido definidos por la ley brasileña con claridad. En efecto, el art. 18, párrafo único, de la ley N° 8.078, definió ambas categorías: **difusos** son los intereses "transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean sujetos personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho"; **colectivos** son los intereses "transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea sujeto un grupo, una categoría o una clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica-base". Es fácil notar que para este criterio legal que recoge la doctrina más recibida hay dos características comunes: la "transindividualidad" y la "naturaleza indivisible", lo que significa que los interesados se hallan siempre en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica necesariamente la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, ipso facto, lesión de la entera comunidad. Pero en el segundo caso existe algo que falta en el primero: una relación jurídica de base entre los interesados, o entre estos y un tercero ("la parte contraria"). Se calificará como difuso, por ejemplo, el interés de los habitantes de cierta región en la preservación de la pureza del agua de los ríos que la bañan, indispensable para el uso personal y doméstico; sería colectivo, en cambio, el interés de los estudiantes de una universidad en la regularidad de las clases (Cf. BARBOSA MOREIRA, J., "La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)" en RUDP 2/92, p. 235).
- 34 TABOADA, M., "Los intereses...", ps. 1540 y 1541.
- 35 TABOADA, M., "Los intereses...", p. 1541.
- 36 La afirmación de quienes entienden que los intereses colectivos no puede individualizarse más que por la calificación del grupo, es decir, los que tengan un sujeto colectivo organizado, se resuelve en un absurdo: son intereses colectivos aquellos que corresponden a un portador de intereses colectivos. Por eso la pertenencia a un grupo no puede ser considerado el único criterio de identificación de los intereses colectivos jurídicamente relevantes.
- 37 TABOADA, M., "Los intereses...", p. 1541.
- 38 Se trata de la sentencia N° 19/96 del 20/5/96 de la Dra. Selva Klett siendo titular del Juzgado Letrado de Primera Instancia de 24° Turno. A juicio de la sentenciante, los autores cuyos derechos - subjetivos -

se aducen violados por la demandada constituyen – inicialmente – una categoría que ostenta por lo menos un interés colectivo, es decir un interés específico de la categoría; empero, desde un punto de vista práctico, se torna materialmente imposible, individualizar los distintos integrantes de la categoría, los individuos, los autores cuyos derechos fueron violados. El derecho de autor, concebido inicialmente como un derecho subjetivo y por ende en principio divisible, abandona su carácter individual y su defensa personal y da paso al fenómeno asociacionista de que dan cuenta las comparecientes: los autores, ante la imposibilidad material de concurrir a defenderse aquí y allá, al mismo tiempo, en todas partes de las continuas violaciones, se reunieron, se agruparon y confiaron la defensa de sus intereses en principio individuales a las sociedades de autores, entes profesionales que defienden los intereses personales de los autores pero también otros de índole colectivos. Agrega la sentencia: "Podría hablarse de <intereses privados de dimensión colectiva> (Pellegrini), o de <derechos individuales de ejercicio colectivo> (Lipszyc), o de <derechos colectivos de ejercicio colectivo> (Viera), siendo interesante observar la aproximación de los derechos de autor – por lo menos en un principio – a intereses netamente colectivos como los de los trabajadores o categorías profesionales (Tutela do Ambiente, p. 105, Lypszyc, Delia <Derecho de Autor y Derechos Conexos, p. 408 y 521, < Los intereses difusos y la garantía del amparo>, p. 202). Entonces, el fenómeno de la representación surgió naturalmente y por la fuerza de las cosas: es la existencia de sujetos en menos o mayor grado de indeterminación la que impone la necesidad de la representación; la representación es connatural a una gestión adecuada y a una correcta defensa; y correcta defensa es sinónimo de protección jurisdiccional. Magistralmente afirma Barbosa: <Protección jurídica de los intereses colectivos, si quiere decir alguna cosa, quiere necesariamente decir protección judicial de tales intereses> (<A protecao jurídica de los intereses colectivos>, Rev. Brasileira de D. Proc., Vol. 24, p. 15)".

Agrega la sentencia que, en el mismo sentido, Ada Pellegrini pone de relieve la preocupación del legislador con relación a la efectividad del proceso y a la facilitación del acceso a la justicia, que exige un nuevo enfoque de modo de garantizar los derechos no sólo en un esquema meramente formal y "la creación de nuevas técnicas que, ampliando el arsenal de acciones colectivas realmente representasen la desobstrucción del acceso a la justicia y el tratamiento colectivo de pretensiones individuales que, aislada y fragmentariamente pocas condiciones tendrían de una adecuada conducción" (O novo processo brasileiro do consumidor, RUDP 1/91, p. 10).

Más adelante la Dra. Klett cita a Delia Lipszyc que coincide con otros autores, exponiendo: "Es que en la mayoría de sus manifestaciones, los derechos exclusivos que las leyes y los tratados consagran a favor del autor, el intérprete y el productor fonográfico serían letra muerta si éstos tuvieran que proveer a su administración y defensa individualmente; para ellos es imposible saber dónde, cuándo, y cómo se están utilizando sus obras, interpretaciones y productos. El mundo es un inmenso mercado de obras y productos culturales y gran parte de las utilidades se cumplen a través de la ejecución pública de obras musicales en locales de baile, discotecas, restaurantes, confiterías, bares, cafeterías, hoteles, etc., para ambientación en tiendas y otras empresas comerciales, establecimientos industriales, oficinas, transportes,

consultorios, estudios profesionales, talleres, etc., “en vivo” o por medio de grabaciones sonoras, de la radiofusión y de la distribución por cable; de la proyección o exhibición de obras cinematográficas y de la reproducción en video de las mismas y de otras obras audiovisuales; del alquiler o préstamos de videocasetes; de la reproducción reprográfica de obras impresas para usos personales e internos y de la copia doméstica de grabaciones sonoras y audiovisuales para usos personales. Frecuentemente, la explotación tiene lugar en muchos países al mismo tiempo, Las mismas canciones se escuchan en Montevideo, en Buenos Aires y en Tokio, en México, Argel, Melbourne, Londres, etc., etc., en capitales de provincia y en pequeñas localidades de los más diversos y distantes países. ...Es fácil advertir, entonces, que el ejercicio efectivo de los derechos que las leyes reconocen a los autores, los intérpretes y los productores fonográficos sólo puede lograrse a través de la gestión colectiva, sistema que presta servicio tanto a los nombrados como a los difusores porque les permite acceder lícitamente a una enorme cantidad de obras diferentes – nacionales y extranjeras – constantemente incrementada, negociar su utilización con un mínimo de personas – sobre la base de tarifas uniformes – y realizar los pagos con la certeza de cancelar sus obligaciones” (Vid. D. Lypszyc, “Derecho de autor y derechos conexos”, ps. 408 y 409).

La sentencia se funda también en los fallos de las titulares de los Juzgados Letrados Civiles de 14° y 18° Turnos, Dras. Nilza Salvo y Milka Nuñez (Sent. 1y 5 de 1996, respectivamente). Admite finalmente la legitimación de las instituciones actoras para representar los intereses invocados.

- 39 MORELLO, M. y STIGLITZ, G., “Hacia un ordenamiento jurisdiccional de los intereses difusos” en J.A., doctr. (4), 1985, p. 660.
- 40 Sentencia N° 19/96 del 20/5/96 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 24° Turno.
- 41 En relación específica a los derechos de autor, intérprete, etc., entiendo la sentencia en criterio que compartimos que, de acuerdo al primer mecanismo (de interpretación), puede sostenerse que el art. 42 refiere concretamente a la protección del patrimonio cultural, al que pertenecen – sin dudas – las obras de los autores que reclaman; los valores culturales a que alude el art. 42 han merecido la protección desde normas del mayor rango institucional en todos los tiempos (Constitución de la Repca., art. 33; Tratados Internacionales, Ley N° 9.739). A su vez, el objeto protegido –la obra cultural afectada – podría ser considerado un bien indivisible, no fraccionable, si se piensa que la administración colectiva comprende el llamado repertorio mundial de obras o repertorio mundial de música protegida y en que el destinatario del mismo es la humanidad y que su violación, no sólo ataca el derecho subjetivo del autor, el creador, el intérprete, sino el de todos los seres humanos a quienes va dirigido (Lypszyc, ob. cit. p. 445 y Antequera, Consulta Cap. V). Se señala asimismo que, desde el punto de vista subjetivo, la categoría afectada adquiere una dimensión tan grande, es tan difícil sino imposible su determinación, que por la fuerza de las cosas, este interés calificado en principio de colectivo, se asemeja al difuso.
- 42 Como otro argumento para llegar a aplicar el art. 42 del CGP a los intereses colectivos, la sentencia recurre a la integración de la norma procesal. Señala que de todos modos, la semejanza entre las categorías es la que impondría un tratamiento procesal igualitario, en aplicación

- del mecanismo integrador del Derecho, previsto en los arts. 332 Constitución, 16 CC y 15 CGP. Ante una pretensión deducida, el deber del juzgador es fallar, no pudiendo excusarse de ejercer su autoridad ni aún por razón de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes (art. 5 LOT, 25.1 CGP). Pues bien: si se entendiera que no corresponde la aplicación "directa" del art. 42 CGP, de todos modos correspondería su aplicación analógica, en virtud de los siguientes mecanismos señalados por la Dra. Klett: si no existe ninguna disposición que regule – en forma expresa – la situación de los llamados "intereses colectivos", se examina si existe alguna disposición cuyo fundamento sea similar; si así es, se aplica a la situación no prevista la regulación de la prevista. En el caso, se ha reglamentado expresamente la situación de los intereses difusos, no así (se dice) la de los colectivos; del examen de la categoría prevista surge que la ratio del art. 42 debe buscarse en permitir una adecuada y cabal defensa de los intereses en juego. En efecto, la indeterminación de los sujetos afectados, haría inviable cualquier solución – tradicional – que impusiera la comparecencia de "todos" los involucrados; esa actitud habría significado lisa y llanamente impedir el ejercicio de defensa de los derechos ofendidos. El fundamento de la norma que habilita una representación tan amplia para los intereses difusos (que incluye no sólo al Ministerio Público, sino a cualquier interesado y a las asociaciones vinculadas al tema) milita también en el instituto de los intereses colectivos. Luego, a similar fundamento igual solución.
- 43 MORELLO, M. Y STIGLITZ, G., "Hacia un ordenamiento...", p. 658.
- 44 LANDONI, A., "La tutela...", p. 95.
- 45 VESCOVI, E., DE HEGEDUS, M., KLETT, S., SIMON, L., LANDEIRA, R. y PEREIRA CAMPOS, S., "Código...", t. 2, ps. 73 y ss.
- 46 VESCOVI, E., "Los roles de la sociedad civil en el proceso de desarrollo sostenible", inédito.
- 47 VIERA, L., "Comentario de las sentencias Nº 3 y Nº 86" en RUDP 2/93, ps. 352 y 353.
- 48 Tal como sucedió en los casos de amparo resueltos por sentencia Nº 3/93 del Juzgado Letrado en lo Civil de Maldonado de 5º Turno y Sentencia Nº 86/93 del 4/6/93 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Tercer Turno, publicadas en RUDP Nº 2/93, ps. 335 a 349.
- 49 LANDONI, A., "La tutela...", p. 107.
- 50 BENTOS, M., "El Ministerio Público. La defensa del interés difuso. Medio ambiente", en LJU, t. CV, julio-agosto 1992, Doctrina, p. 17.
- 51 BARBOSA MOREIRA, J., "La iniciativa...", p. 237.
- 52 PELLEGRINI GRINOVER, A., "Ações coletivas...", ps. 104 y ss.
- 53 BENTOS, M., "El Ministerio Público...", p. 17.
- 54 Ver comentario a esta Sentencia en RUDP 2/2003, "Representación de intereses difusos y defensa del medio ambiente", comentario a la sentencia sobre "Inhibición o interdicción a ANCAP de producir y poner en el mercado gasolinas con plomo", realizado conjuntamente por PEREIRA CAMPOS, S. Y GARDERES, S.
- 55 T.A.C. 3º, sentencia Nº 78/2003, de fecha 25/04/03.
- 56 Las referidas sentencias de segunda instancia y casación son también comentadas por PEREIRA CAMPOS, S. Y GARDERES, S. en RUDP Nº 2/2005.
- 57 El texto del Código General del Proceso al referirse a "cualquier interesado" es netamente superior a la ley brasileña 4717 de 29 de junio de 1965 que limitaba la legitimación exclusivamente a los ciudadanos brasileños.

58 LANDONI, A., "La tutela...", p. 108.

59 Cabe considerar que la ya mencionada sentencia N° 19/96 del 20/5/96 del Juzgado Letrado en lo Civil de 24° Turno entendió que AGADU, SUDEI y CUD eran instituciones legitimadas para demandar en defensa de los intereses colectivos de autor. Señala la sentenciante: "El examen de la <representatividad adecuada> comporta en el caso, la valoración de algunos datos de la realidad, que permiten sostener a esta decisora que las asociaciones demandantes reúnen las condiciones que legitiman su comparecencia (Cf. Pellegrini, Tutela..., cit., p. 106, <A class action brasileira>, RUDP 3/90, p. 395). Así, no puede desdeñarse que se trata de personas jurídicas constituidas desde hace muchos años, que entre sus fines estatutarios tienen el ejercicio de la representación de las obras de sus asociados y las pertenecientes a los autores afiliados a las sociedades extranjeras con las que mantienen pactos de reciprocidad (fs. 10, 11 y 12). Entonces, si el texto legal no reclama la personería jurídica para comparecer como en otros Ordenamientos Jurídicos, constituye un dato a favor de la configuración de la <representatividad adecuada>, en el caso el encuadre jurídico que adoptaron las comparecientes. Véase con qué amplitud se admite esta representación – ex art. 42 CGP, en el ámbito del amparo, a favor aún de <comisiones> o <agrupaciones> formadas específica e incidentalmente al efecto (Viera, Ley de Amparo, cit. ps. 182-183). Por lo demás, constituye un hecho notorio la función que cumplen, su trayectoria en orden a los derechos que protege ha sido avalada por la resolución del Consejo de Derechos de Autor y su reconocimiento internacional. El certificado de fs. 14-15 ilustra acerca del alcance de la representatividad de las instituciones accionantes; aún desde la perspectiva de que se trata de un órgano meramente dictaminante, la resolución del Consejo de Derechos de Autor se encuentra amparada en las disposiciones de la Ley 9.739 (arts. 42, 43, 60, 61) y reconoce la existencia de convenios de representación recíproca de las sociedades involucradas con diversos países del globo. En sentido coincidente, expresa Lypszyc: <Las sociedades que han desarrollado una importante trayectoria y permiten aquilatar un eminente prestigio fundado en sus cualidades técnicas y en la corrección de sus procedimientos (Por ejemplo...AGADU) representan prácticamente toda la música existente> (Derecho de Autor, cit. ps. 446 y 489). En síntesis: la interpretación sistemática y contextual del art.42, atendiendo las circunstancias del caso, permite concluir en que la comparecencia de Agadu, Sudei y Cud se encuentra habilitada por el texto legal mencionado, para representar adecuadamente a los autores y titulares de derechos conexos cuyos derechos se pretenden violados".

En consecuencia, se falla haciendo lugar a la demanda y en su mérito condenando a la empresa demandada –se trataba de un hotel- a abonar a AGADU, SUDEI y CUD las sumas que por concepto de "daños" y "beneficios e ingresos percibidos indebidamente" se establezcan en la etapa y por el procedimiento del art. 378 CGP, reajustadas de acuerdo al Dec. Ley 14.500, con más los intereses legales desde la demanda.

60 BARBOSA MOREIRA, J., "La protección...", p. 357.

61 VESCOVI, E., "Los roles...", inédito.

62 Cf. RAMOS, S., "La cuestión ambiental y la transformación del derecho", en Derecho Ambiental, Revista del Derecho Industrial, Montevideo, 1992, p. 474.

63 LANDONI, A., "La tutela...", p. 109.

- 64 LANDONI, A., "La tutela...", p. 109.
- 65 VIERA, L., "Los intereses difusos y la garantía del amparo", ponencia presentada a las Vas. Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, Colonia del Sacramento, 19 al 22 de abril de 1989, publicadas en Montevideo en 1989 por Editorial Universidad, p. 206.
- 66 VIERA, L., "Los intereses difusos...", p. 208.
- 67 VESCOVI, E., "Los roles...", inédito.
- 68 Puede verse un resumen de las dos posiciones en VESCOVI, E. DE HEGEDUS, M., KLETT, S., SIMON, L., LANDEIRA, R. y PEREIRA CAMPOS, S., "Código...", t. 2, ps. 79 y 80.
- 69 El art. 10 del Decreto 244/00 crea el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores que funcionará en la Dirección del Área Defensa del Consumidor. Dispone que las asociaciones ya constituidas como asociaciones civiles cuyo objeto específico sea la defensa del consumidor deberán inscribirse en este Registro. A los efectos de la inscripción, deberán presentar la solicitud en formulario que proporcionará dicha Dirección y la siguiente información: a) copia autenticada del estatuto aprobado e inscripto y certificado de vigencia expedido por el Ministerio de Educación y Cultura; b) certificado notarial que acredite la composición del órgano directivo en funciones y el número de asociados, conforme a los libros que lleve la asociación; c) copia autenticada del libro de asambleas; d) estado de situación patrimonial y estado de resultados, confeccionados de acuerdo a normas contables generalmente aceptadas, correspondiente al cierre del último ejercicio económico de la asociación y aprobado por la asamblea conforme a las disposiciones estatutarias. La permanencia en el Registro estará sujeta a la actualización anual de la información exigida por este artículo, ante la Dirección mencionada. Por su parte, el art. 12 del Decreto 244/00, al regular la audiencia administrativa de conciliación ante ADECO, dispone que *"sin perjuicio de las normas vigentes sobre representación, en el caso de que el citante la hubiere otorgado a una asociación de consumidores, ésta deberá estar registrada y cumplir con lo dispuesto en el artículo 10 del presente Decreto"*.
- 70 Esta parece ser también la posición de SZAFIR, D., en "Consumidores", p. 81.
- 71 LANDONI, A., "La tutela...", p. 110.
- 72 La ley brasileña 7.347 de 24 de julio de 1985 estableció originalmente en su art. 5 que las asociaciones privadas para tener legitimación deben incluir entre sus finalidades institucionales la protección al medio ambiente, al consumidor o al patrimonio artístico, estético, histórico, turístico o paisajístico. La senda trazada por el Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica es la que también recorre la legislación brasileña, ya que en el Código del Consumidor (1990) se modificó por su art. 111 la redacción del mencionado art. 5 de la ley 7.347, manteniéndose las previsiones específicas, pero agregándosele la genérica "o cualquier otro interés difuso o colectivo".
- 73 Como lo señala PELLEGRINI GRINOVER, *"El sistema brasileño no escogió el camino del control judicial de la representatividad adecuada satisfaciéndose con el criterio de la existencia legal y de la preconstitución de las asociaciones legitimadas para las acciones colectivas. Fue ese el camino trazado por la denominada Ley de Acción Civil Pública (Ley Nº 7.347 de 24 de julio de 1985) que sería luego incorporado por la Constitución en lo relativo al "mandado de segurança coletivo" (inc LXX línea "b" del art.5 Const. 1988) y ahora adoptado por el Código*

- de Defensa del Consumidor (art.82, IV).” (PELLEGRINI GRINOVER, A., “O novo processo brasileiro do consumidor”, RUDP 1/1991, pág. 9-19).
- 74 Ver LANDONI, A., “La tutela...”, p. 110.
- 75 Enseña DA SILVA DINAMARCO que los intereses defendidos por el actor en esa acción podrán ser metaindividuales o puramente individuales. En la primera hipótesis, la acción sería *doblemente colectiva*, en virtud del conflicto de intereses entre dos colectividades distintas. Señala que es *“este el caso de una acción colectiva enjuiciada por una asociación de consumidores ante una asociación de proveedores de un determinado producto (por ejemplo, combustible), cuestionando una conducta alegadamente coordinada de los asociados de ésta en perjuicio de los consumidores en general. Lo inverso también será admisible, sin embargo con pedido de declaración de regularidad de la conducta”*. *“El autor de esa demanda podrá también defender exclusivamente sus propios intereses individuales, mas siempre que sean ellos contrarios a los intereses de una colectividad cualquiera (que figurará en el polo pasivo). Esos intereses transindividuales de la clase representada podrán ser difusos, colectivos o individuales homogéneos. Con eso, el autor solamente evitará el enjuiciamiento de una acción colectiva “tradicional” ante sí – pero no así las demandas individuales, pues en los términos del art. 34 del Anteproyecto, los individuos que se sientan perjudicados siempre “podrán entablar demandas propias para apartar la eficacia de la sentencia en su esfera jurídica individual”*. *“Así, ejemplificando, esa demanda podría ser enjuiciada por una empresa aún antes de la instalación de su fábrica, con petición de declaración de la regularidad del proyecto, inclusive desde el punto de vista ambiental. Si es juzgada precedente, esa empresa obtendría la tranquilidad proporcionada por la cosa juzgada erga omnes (art. 33), pues evitaría ser sorprendida, después de la instalación de la fábrica, por el enjuiciamiento de una acción colectiva que tendría por objeto la prohibición de sus actividades en aquel lugar. Por otra parte, en el caso de improcedencia, ella obtendría también una “ventaja” teórica: desistiría del proyecto antes de invertir voluminosos recursos – lo que significaría daños irreparables para ella e inclusive para la sociedad”*. *“Otro ejemplo. Una empresa que trabaja con contratos de adhesión ante una gran masa de consumidores (v.g., empresas de seguros de salud o institución financiera) podrá postular la declaración de licitud de una determinada cláusula-modelo o conducta, aún antes de colocar en el mercado”* (DA SILVA DINAMARCO, P., “Las acciones colectivas pasivas en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica” en “La tutela...”, ps. 133 y 134).
- 76 Especialmente destacamos el ya citado excelente trabajo de MORELLO, M. y STIGLITZ, G., “Hacia un ordenamiento...”, ps. 651 a 663.
- 77 La confluencia de viejas y nuevas situaciones con distinta relevancia para el derecho aparece indubitablemente cuando al accionar se invocan intereses difusos. Para tener una más cabal comprensión del problema basta traer a colación un ejemplo citado por MATEO (MATEO, R., “Tratado de Derecho Ambiental”, p. 189) que hemos adaptado a nuestro ordenamiento. Pensemos por ejemplo en el deterioro de las aguas de un cauce por obra de la autorización de un nuevo vertido. Las consecuencias jurídicas serán muy distintas para los diversos sujetos afectados: a) Los titulares de una fábrica pesquera podrán recurrir seguramente con éxito la autorización de vertido concedida y obtener, incluso una compensación por los daños sufridos. b) En parecida situación se encontrarán los pro-

pietarios de viviendas que se abastecían hasta entonces de las aguas del río, quienes además podrán acudir a razones de vecindad para la eliminación de perturbaciones posiblemente consistente en la emanación de gases o simplemente de malos olores. c) Los pescadores que utilizaban el curso para el ejercicio de este deporte, lógicamente desearán que se vuelva a las circunstancias anteriores más propicias para esta práctica, intereses difundidos cuya defensa puede estar legalmente adjudicada a una asociación o federación del ramo por imperativos estatutarios, o ejercerse individualmente con trascendencia para todos, por un determinado pescador. d) También podrían estar legitimadas asociaciones para la protección del paisaje, de la fauna autóctona, del excursionismo, o simples paseantes o aficionados a la observación de la naturaleza que podrían recurrir a la vía del amparo o incluso a la vía ordinaria en base a los intereses difusos en juego.

Otro ejemplo (tomado también de MATEO, R., "Tratado...", ps. 189 y 190) en un campo en el que formalmente se ha prosperado mundialmente en la apertura procesal, ha sido el de las aplicaciones de la energía nuclear que ha dado lugar a confrontaciones jurídicas de nuevo signo y de distinta entidad propiciando, particularmente en Italia y Alemania, la reconsideración a la vez de las posibilidades de acceso a los tribunales y la precisión de la naturaleza del derecho ambiental. Los que habitan en la proximidad de un terreno en el que se ha autorizado una central nuclear tendrán derecho por sí o asociadamente a recurrir la licencia o a pedir en su caso una indemnización. También a los municipios se ha reconocido en España legitimidad impugnatoria, pero tales habilitaciones resultan más problemáticas, a medida que aumente la distancia en kilómetros de la residencia de los presuntos accionantes, pese a que una catástrofe nuclear como la de Chernobil puede afectar a quienes se encuentren a centenares e incluso miles de kilómetros.

- 78 Hemos tan solo adaptado a nuestro sistema la enumeración que realizan MORELLO, M. y STIGLITZ, G., "Hacia un ordenamiento...", ps. 651 a 663.
- 79 Cabe aquí tener presente las previsiones de la ley de defensa del consumidor N° 17.250.
- 80 Así, por ejemplo MORELLO y STIGLITZ. Se suele señalar que, en un estadio más avanzado de la evolución de nuestras instituciones jurídicas, inexorablemente el sistema resarcitorio anclará en una verdadera socialización de los riesgos, sobre bases de tarifación legal y global de las indemnizaciones por daños masivos, con el apoyo de una cobertura asegurativa obligatoria, privada o social, de dichos eventos (vgr. daños nucleares, contaminación ambiental, productos fármacos o alimenticios defectuosamente elaborados, etc.) (MORELLO, M. y STIGLITZ, G., "Hacia un ordenamiento...", ps. 652, 653 y 660).
- 81 MORELLO y STIGLITZ proponían en Argentina crear un Fondo de Garantía para la defensa de los intereses colectivos, al que ingresarían todos los importes resultantes de las sanciones pecuniarias, de las indemnizaciones globales en todos los casos, y de las indemnizaciones individuales cuando los sujetos individualmente damnificados renunciaran o no concurrieren a percibir las dentro del plazo de dos años desde la sentencia. Señalan estos autores que la indemnización pecuniaria apunta al daño global subsistente y se traduce en un resarcimiento "fluido" –en términos de la jurisprudencia norteamericana– que destinado a alimentar, junto a otras fuentes, un "Fondo de garantía para la defensa de los intereses colectivos", permite una política de retorno

o reciclaje a favor de la colectividad interesada, en miras al cumplimiento de finalidades conexas al interés supraindividual tutelado en el juicio, para evitar nuevos eventos sociales dañosos análogos a los producidos. (MORELLO, M. y STIGLITZ, G., "Hacia un ordenamiento...", ps. 654 y 657 y ss).

- 82 CABALLERO, F., "Plaidons par procureur! De l'archaïsme procédural a l'action de groupe", Recueil Dalloz, N° 2, 1985, p. 266 y ss.
- 83 Un ejemplo de este tipo de acciones lo presenta CABALLERO al recoger el supuesto sucedido en Los Ángeles con el Servicio de Taxis, los cuales fueron culpables de una subida ilícita de tarifas; la imposibilidad de conocer a todos los clientes de los taxis durante el período considerado, condujo al juez a ordenar, a título de reparación, una bajada de precios equivalente a la subida ilegal. En el plano individual la solución es injusta ya que los beneficiarios de la reducción de los precios no tenían por qué ser forzosamente las víctimas de del alza. Sin embargo, en el plano colectivo es de una justicia innegable, ya que la fluidez de la reparación responde a la de la clientela. El efecto de grupo se propaga de este modo desde el derecho procesal al derecho sustantivo de la responsabilidad civil (CABALLERO, F., "Plaidons...", p. 267).
- 84 Una sentencia de gran interés (Sentencia N° 1 del 8/2/95 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 8° Turno dictada por la Dra. Ana Lorenzo, publicada en RUDP 3/95, ps. 321 a 329) resolvió el caso de una acción de responsabilidad extracontractual movilizada por los padres de dos menores por sí y representando a éstos, en base a la contaminación por plomo detectada en ambos niños, que atribuyen a las actividades de una fábrica demandada, en cuya proximidad habitan. Se trata de un reclamo por un daño directo sufrido por los accionantes. Sin perjuicio, la sentencia aclara que la actividad industrial derivada del procesamiento de plomo en tanto haya podido originar efluentes o residuos susceptibles de tal perjuicio, involucra un daño al medio ambiente, de repercusión social y comunitaria indiscutible, aun cuando la fábrica estuviere autorizada y funcionara conforme a los reglamentos administrativos. En ese mismo enfoque, se señaló además que aunque el reclamo se promueve a título individual, la repercusión comunitaria del daño admite la representación a todo el grupo, dada la acentuación de lo social, en el ámbito aquiliano, incorporando las nociones de responsabilidad grupal y de **daño colectivo** no receptables en los conceptos tradicionales pero requeridos por la sociedad moderna. El fallo condena a la empresa contaminante al pago por concepto de daño moral a un hijo U\$S 4.000, a otro U\$S 5.000 y a cada uno de los padres U\$S 5.000. La sentencia no fue apelada.
- 85 El titular del derecho a la indemnización o sujeto pasivo del daño está teñido también por las características del daño en materia de intereses difusos y del bien jurídico lesionado (el Medio Ambiente, el patrimonio histórico o cultural, etc.) que es un bien de disfrute colectivo, y por lo tanto, difícilmente reconducible a la esfera individual de un sujeto. No obstante ello, muchas veces tiene un reflejo patrimonial obvio, y por ese camino sí puede ser individualizado, en cuanto su lesión se manifiesta en la esfera patrimonial de los particulares (Cf. MORENO TRUJILLO, E., "La protección jurídico privada del medio ambiente y la responsabilidad por su deterioro", Bosch Ed., 1991, p. 278).
- 86 Deberán presentarse por escrito y contendrán los siguientes elementos:
- 1.- La designación del Tribunal al que va dirigida.
  - 2.- Nombre del actor y su domicilio real, así como el que debe constituir a los efectos del proceso.

- 3.- Nombre y domicilio del demandado.
  - 4.- Narración precisa de los hechos, la invocación del derecho en que se funda la pretensión y los medios de prueba que se propone utilizar.
  - 5.- El petitorio formulado con toda precisión.
  - 6.- El valor de la causa que deberá ser determinado precisamente y si ello no fuera posible por lo menos su estimación y las bases de la misma.
  - 7.- Las firmas del actor o de su apoderado y del abogado, salvo los casos exceptuados por la ley.
- 87 VIERA, L. A., "Ley de Amparo", editorial IDEA, Montevideo, 1993, pags. 71 y 72, refiere tres ejemplos, a saber: a) amparo promovido por el Centro Comercial e Industrial de Colón y zonas adyacentes con la finalidad de obtener la suspensión provisoria y cautelar de las obras iniciadas por la UTE (Usinas y Transmisiones Eléctricas) y la IMM (Intendencia Municipal de Montevideo) para el tendido de un sistema de cables de alta tensión que implicaba el corte de árboles centenarios del ornato público y destrucción del entorno urbanístico; b) amparo deducido por el Centro de Investigación Franciscano y Ecológico y la Comisión de Fomento de Villa Colón, tendiente a la suspensión de las obras de la planta energética que la UTE estaba construyendo en la zona de La Tablada, aduciendo peligro real e inminente de violación de los derechos a la salud e integridad física de los habitantes del lugar que podrían verse afectados por las construcciones proyectadas; c) otro amparo en el que la Comisión de Vecinos del Parque Central acciona contra la Intendencia Municipal de Montevideo alegando perjuicios graves e inminentes en la seguridad, salud e integridad física de los pobladores por la realización de domas de caballos en el predio de la institución promotora. Pueden mencionarse con posterioridad la Sent. N° 118/97 del 13/11/97 del TAC de 5° Turno, LJU, c. 13.411 y la Sent. N° 213/00 del 21/12/00 del TAC de 2° Turno, publicada en LJU, t. 124, c. 14205.
- 88 El trámite procesal consagrado en la ley de amparo 16.011 es sumárisimo: a) demanda escrita con prueba; b) Audiencia pública dentro de 3 días (contenido: explicaciones del demandado, se recibe la prueba y se formulan los alegatos); c) Sentencia (en la audiencia o como máximo dentro de 3 días de su celebración); d) Recurso de apelación en el plazo de 3 días; e) Sentencia de segunda instancia dentro de 4 días.
- 89 Pensemos por un instante y seamos conscientes de nuestra impotencia para restablecer el equilibrio ecológico quebrado por un industrial desaprensivo o para reconstruir el patrimonio cultural, histórico o artístico destruido o para devolverle la vida o la salud quebrantada al consumidor de un producto farmacéutico no suficientemente experimentado o al consumidor de productos alimenticios en mal estado. Estos pocos ejemplos (se podrían enumerar muchos otros), nos permiten comprender, con su elocuencia, la celeridad con que se deberá actuar en estos procesos si se quiere alcanzar una mínima adecuación entre Justicia y vida.
- 90 PEYRANO, J., "Medida cautelar innovativa", editorial Depalma, Buenos Aires, 1981.
- 91 VESCOVI, E., "El proceso cautelar. Discusión científica", RUDP 4/85, pág. 358 - 372, en especial pág. 359.
- 92 Así, por ejemplo, en la hipótesis de que una industria hubiese lanzado al mercado un producto defectuoso que pudiese aparejar riesgos gra-

ves para la salud, por la vía de la prohibición de innovar el órgano jurisdiccional podría disponer la cautela de que la empresa no librase más a la venta dicho producto hasta que se dicte la sentencia definitiva. Pero esa medida podría resultar claramente insuficiente para tutelar a los eventuales consumidores futuros del producto, supuestamente nocivo o con fallas y que ya está a la venta en los comercios.

93 LANDONI, A., "Legitimación...", p. 357.

94 BARRIOS DE ANGELIS, D., "Introducción...", ps. 123 a 126. Indicaba que por supuesto, era posible adoptar una actitud fácil y de efecto: el caso no estaba previsto y, en consecuencia, no existía posibilidad de representación o de extensión de las consecuencias desde el interviniente a los que no comparecieron. Esa actitud daba por resuelto el problema sin examinarlo: lo cuestionado es la posibilidad misma de esa negación.

En su opinión, la solución correcta podía comenzar descartando provisoriamente la legitimación. Pero a partir de ese momento debía internarse en terrenos poco frecuentados por la doctrina. En particular, porque debe distinguirse desde el comienzo entre legitimación y alcance subjetivo de la cosa juzgada. En términos muy simples afirma que la legitimación vierte sobre la aptitud de una persona para actuar por sí mismo o por otra en juicio; es este segundo caso, para que su actuación tenga efecto sobre otro. En tanto que el alcance subjetivo de la cosa juzgada vierte sobre la aptitud de una persona para recibir los efectos –favorables o perjudiciales– de la actuación de otra en juicio.

Las consecuencias de una y otra categoría (legitimación y alcance de la cosa juzgada) pueden traducirse en las mismas realidades. En cuanto ya por una u otra, un vecino del barrio X, que no intervino en el proceso de conocimiento ganado contra la fábrica P. podrá actuar ejecutivamente sobre ésta, sin necesidad de un nuevo proceso de conocimiento. Indicaba que el problema de la posible legitimación del sujeto aislado parecía que debía resolverse excluyendo la especie de acción popular considerada. Este tipo de acción es excepcional por razones obvias. Pero fundamentalmente por una: la actuación defectuosa del legitimado puede derivar en un perjuicio ilegítimo, haciendo fracasar el claro derecho de los no comparecientes.

Agregaba luego BARRIOS que allí no terminaba el problema; los terceros pueden ser alcanzados por la cosa juzgada y es el momento de preguntarse si los integrantes del grupo difuso no están en situación favorable a ese efecto, justificando la identidad entre su interés y el interés juzgado. CARNELUTTI, quien transformó el problema de los límites subjetivos en el de los objetivos, quizás se habría pronunciado de modo favorable a la extensión. Pero esa doctrina, en nuestro derecho –se refiere al CPC– es evidentemente errónea: nuestro legislador distingue entre relaciones jurídicas sustanciales de coordinación y de subordinación; y da dos soluciones distintas respecto de las primeras, art. 479, CPC.

Señalaba luego BARRIOS que depurada primeramente la cuestión de la efectiva identidad de intereses (el vecino puede hallarse a seis kilómetros o ser lindero del actor, con lo que la afectación y los intereses resultarían eventualmente distintos), parece claro que no existe relación de subordinación entre los titulares de los intereses difusos. En cambio, es perfectamente apreciable una cierta coordinación de los intereses de esos mismos titulares. La coordinación se presenta de dos maneras en la legislación uruguaya relativa a la cosa juzgada. En un

primer grupo de situaciones, primer apartado del art. 479, C.P.C., la sentencia dictada respecto de un sujeto del grupo tiene efectos sobre los demás, ya perjudique o beneficie. En un segundo grupo, apartado tercero de la misma disposición, la cosa juzgada se extiende solamente cuando favorece. Es representativa de este grupo la condición de condominio; del anterior, la condición de deudor o acreedor solidario. Ambas maneras de la coordinación son extensibles por analogía. Corresponde, entonces, precisar sus respectivos caracteres para cotejarlos con la situación del interés difuso.

Indica el autor que el grupo del doble efecto, primer apartado del art. 479, es relativamente heterogéneo. La situación más drástica o radical, la excepción más violenta contra la regla de identidad de partes la constituye la solidaridad contractual. En ella se advierte una identidad de causa, una equivalencia de objetos y una diversidad de sujetos y, consiguientemente, de intereses, estos perfectamente delimitados. La situación de condominio, típica de la segunda modalidad de coordinación, es muy semejante de la anterior. En puridad, resulta efectivamente análoga y su regulación especial parece obedecer a razones de política legislativa, como protección al condominio.

- 95 GELSI, A., "Intereses difusos y Derecho Procesal" en "Revista de la Facultad de Derecho de México", México, julio-diciembre 1985, ps. 549 y 550.
- 96 GELSI, A., "Intereses difusos y Derecho...", p. 551.
- 97 Refiriéndose a la determinación de la eficacia erga omnes de la sentencia, señalaba GELSI que la eficacia de la decisión deberá mantenerse si se acoge la pretensión, en cuanto el demandado es un sujeto cierto. En tanto que, si no se obtiene la prueba pertinente, tendrá eficacia sólo inter partes, atento a que la situación es per se variable y puede por ejemplo referirse a diversidad de productos, en circunstancias y épocas diversas (GELSI, A., "Intereses difusos y Derecho...", p. 550).
- 98 Uno de los más importantes instrumentos de tutela jurisdiccional de los intereses difusos y colectivos que inspiraron a nuestros legisladores surge del derecho brasileño. Se trata de la "acción civil pública", creada por la Ley N° 7.347, del 24-7-1985. El art. 1° de dicha ley, en su redacción primitiva, se refería solamente a la "responsabilidad por daños causados al ambiente (N° I), al consumidor (N° II), a bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico" (N° II). La Ley N° 8.078 de 11-9-1990 (Código de Defensa del Consumidor), añadió el N° IV, verbis "cualquier otro interés difuso o colectivo". Se puso de relieve con ello la generalidad del campo de actuación de la "acción civil pública", la cual -cabe observar de paso- aun sin tal añadidura ya poseía la virtud de cubrir por lo menos la inmensa mayoría de las hipótesis prácticamente relevantes de la problemática relativa a sendos intereses (Cf. BARBOSA MOREIRA, J., "La iniciativa...", ps. 235 y ss).
- 99 PREZA, D., "Eficacia de la sentencia" en Curso sobre el Código General del Proceso, Montevideo, 1989, t. 1, p. 194.
- 100 En Estados Unidos la exigencia de una eficacia "ultra partes" de la sentencia como forma de evitar el riesgo de la proliferación de litis sucesivas, ha sido posiblemente el factor determinante del favor demostrado por los tribunales para el uso del instrumento de las "class actions" (Cf. LANDONI, A., "Legitimación...", p. 363).
- 101 GELSI, A., "Intereses difusos y proceso: ¿cambio estructural o adecuación al proceso", RUDP N° 1/87, p. 58.
- 102 PREZA, D., "Eficacia...", p. 194.
- 103 Véase VESCOVI, E., DE HEGEDUS, M., KLETT, S., SIMON, L., CARDINAL, F. y PEREIRA CAMPOS, S., "Código...", t. 6, comentarios al art. 218.

- 104 En un evidente paralelismo que demuestra que nuestro legislador se fundó en la legislación de Brasil, BARBOSA MOREIRA, basándose en el art. 18 de la ley brasileña 4717 distingue tres hipótesis diferentes, a saber: a) La acción popular es acogida y el acto es anulado o declarado nulo. La sentencia pasa en autoridad de cosa juzgada para todos los miembros de la colectividad. b) El pedido es rechazado, por inexistencia de fundamento para anular el acto o declararlo nulo. También aquí los efectos se producen "erga omnes", de forma tal que la legitimidad del acto ya no podrá volver a ser impugnada por igual fundamento, aunque lo fuese por iniciativa de otro ciudadano. Se requeriría, para que ello fuese posible, que se invocara una diversa "causa petendi". c) El pedido es rechazo en razón de que ha sido insuficiente la prueba de la irregularidad. La sentencia no pasará en autoridad de cosa juzgada y cualquier ciudadano podrá demandar la anulación o declaración de nulidad del acto, invocando asimismo igual fundamento y eventualmente obtendrá éxito si fuera convincente la "nueva prueba" ahora producida. La sistemática de la ley brasileña se completa con la fijación de un plazo preclusivo, que con dudosa propiedad se ha calificado como de prescripción (art.21) y el cual evitará la viabilidad de una sucesión indefinida de acciones populares con idéntico objeto (Citado por LANDONI, A., "Legitimación...", p. 363). Antes de la vigencia del CGP, sin norma expresa, GELSI daba los siguientes criterios en materia de intereses difusos, que luego fueron parcialmente recogidos por la norma legal: A) Si el fallo es adverso al demandado y se dispone que realice u omita tal actividad, la solución no diferirá de los casos corrientes. Por ej.: suspenda tal obra, o la realice de tal manera, o retire del mercado tal producto, o aclare en el envase el real contenido, etc. B) Si el fallo favorece al demandado, dependerá de quien actuó en el proceso, el alcance de la resolución: a) Si es el M. Público, quien asume la representación de la causa pública, la eficacia de la sentencia será para toda la sociedad, por cuanto estaba adecuadamente representada, según lo que dispone la ley. Lo propio ocurre, v. gr. en materia penal, o de divorcio, o de protección de menor, etc. b) Si, en cambio, el actor fue un sujeto jurídico diverso, al que la Ley no le atribuye la exclusividad de la representación, lo que se resuelva a su respecto, seguirá la regla general ("res inter alios"). Por ende, no afectará a los restantes -sujetos individuales, asociaciones sociales, organismos públicos- que no hubieran intervenido en el proceso (GELSI, A., "Intereses difusos y proceso...", p. 59).
- 105 En la órbita del proceso contencioso administrativo de anulación cabe recordar que el art. 311 de la Constitución y el art. 28 del Dec. Ley 15-524 distinguen dos situaciones: a) los casos en que la declaración de ilegalidad de un acto administrativo se establece "por causar lesión a un derecho subjetivo del demandante", en cuyo caso "la decisión tendrá efecto, únicamente en el proceso en que se dicte" (se aplica aquí el principio "res inter litigantes judicata"); b) "Cuando la decisión declare la nulidad del acto en interés de la regla de derecho o de la buena administración producirá efectos generales y absolutos". Vale decir, que en tal caso el acto ilegal se erradica del orden jurídico y, por ende, nadie puede valerse de él. Por tanto, si el problema se plantea con relación al Estado o a uno de sus órganos para que se declare nulo un acto administrativo definitivo, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo (TCA), está en grado de fallar produciendo la sentencia efectos generales y absolutos. Señala GELSI que resulta claro que tal

- vez en la mayoría de los casos de "intereses difusos", no será un derecho subjetivo (o solamente) del demandante, sino el interés de la regla de derecho o de la buena administración y, por tanto, si esa declaración se realiza, los efectos serán generales y absolutos (GELSI, A., "intereses difusos y proceso...", ps. 58 y 59). El TCA tradicionalmente no había dictado sentencias con efectos generales. En los últimos años ello ha ocurrido como un fenómeno novedoso de gran interés (Así, por ejemplo, sentencias del TCA N° 851 del 16/10/91, 996 del 23/12/96, 373 y 374 del 27/5/98, 1016 del 9/11/98, 1256 del 8/11/99, 1354 del 10/11/99).
- 106 En algunos ordenamientos se fija un plazo para reabrir el proceso por falta de prueba. Así, en Argentina MORELLO y STIGLITZ proponían que el proceso colectivo sólo podrá reabrirse cuando dentro de un plazo improrrogable de dos años desde la notificación de la sentencia denegatoria, el legitimado activo ofreciere la producción de pruebas conducentes de las que ya no haya dispuesto por causas que no le fueran imputables (MORELLO, M. y STIGLITZ, G., "Hacia un ordenamiento...", p. 656). En nuestro sistema no existe plazo para ello, más allá de los generales de prescripción.
- 107 Éstas eran las pautas sobre las cuales LANDONI requería se legislara, antes de la vigencia del CGP y que finalmente se plasmaron en el texto legal (LANDONI, A., "Legitimación...", p. 263).
- 108 BARRIOS DE ANGELIS, "El Proceso Civil – Código General del Proceso", Montevideo, 1989, t. 1, p. 179.
- 109 Todo ello, sin perjuicio de la necesaria instrumentación de soluciones de rango internacional, mediante la elaboración de sistemas de ayuda mutua entre los países afectados.
- 110 MATEO, R., "Tratado...", ps. 183 y 184.
- 111 Dispone que "*el interés del demandante puede consistir en la simple declaración de la existencia o inexistencia de un derecho –en este caso el derecho que surge de la sentencia dictada en otro proceso y que lo alcanza- aún cuando este no hubiera sido violado o desconocido, o de una relación jurídica...*"
- 112 PELLEGRINI GRINOVER, A., "Ações coletivas...", ps. 5 y 6.
- 113 TABOADA, M., "Los intereses...", p. 1543.
- 114 Sentencia N° 1 del 8/2/95 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 8º Turno, dictada por la Dra. Ana Lorenzo, publicada en RUDP 3/95, ps. 321 a 329
- 115 BARRIOS DE ANGELIS, D., "Introducción...", ps. 123 a 126.
- 116 Cf. BARRIOS DE ANGELIS, D., "Introducción...", ps. 123 a 126.
- 117 Ver comentario a esta Sentencia en RUDP 2/2003, "Representación de intereses difusos y defensa del medio ambiente", realizado conjuntamente por PEREIRA CAMPOS, S. Y GARDERES, S.
- 118 Esta sentencia es comentada por PEREIRA CAMPOS, S. Y GARDERES, S. en RUDP N° 2/2005.
- 119 Esta sentencia es también comentada por PEREIRA CAMPOS, S. Y GARDERES, S. en RUDP N° 2/2005.
- 120 Las mayores complejidades que presenta el efecto erga omnes de la sentencia cuando no se trata de pretensiones de protección –como el caso comentado- sino de pretensiones de reparación (donde, por ejemplo se reclama la reparación en especie o por equivalente de los daños), explican la ausencia de procesos con tales características en nuestro sistema procesal.

- 121 Se ha planteado el tema en ocasión de procesos medioambientales iniciados en representación de intereses difusos por particulares contra el Estado que luego se inician por la misma causa y objeto por el Ministerio Público, también en representación de los intereses difusos. El Estado demandado podría plantear la excepción de litispendencia en los procesos iniciados por el Ministerio Público.
- 122 En el CGP esta regla surge implícita de diversos textos. Así, el artículo 45 (C. Modelo art. 55) cuando regula el litisconsorcio voluntario, el 120 (C. Modelo art. 113) que admite la acumulación inicial de pretensiones, el 198 (C. Modelo art. 184.3) que desarrolla el principio de congruencia, el 346.2 (C. Modelo art. 306 n° 2) que limita la reconvencción en los procesos extraordinarios a los supuestos de idéntica causa y objeto propuestos en la demanda, y el artículo 323 nral. 4° (C. Modelo art. 287 N° 4) al regular la procedencia de la acumulación.
- 123 En el litisconsorcio voluntario, además de lo señalado, se habilita la acumulación en casos aparentemente diversos a los anteriores: "cuando la sentencia a dictarse con respecto a una pudiera afectar a la otra" (art. 45, C. Modelo art. 55) o si las pretensiones se hallan entre sí "en relación de dependencia" o derivan "de los mismos hechos" (art. 120.2, C. Modelo art. 113.2).
- La doctrina distingue distintos tipos de acumulación. Así, con un criterio cronológico, si la acumulación es planteada en la demanda, se llama inicial; en tanto que si se plantea luego es sucesiva. A su vez, la acumulación sucesiva se divide en acumulación por inserción o progresiva, como la denomina Carnelutti, y acumulación por reunión.
- En el caso de acumulación sucesiva por inserción, la nueva pretensión se incorpora en un proceso ya pendiente, en tanto que en la acumulación sucesiva por reunión existen diversas pretensiones planteadas en procesos separados que se reúnen para su tramitación y decisión conjunta.
- En nuestro derecho es acumulación inicial la del artículo 120 (C. Modelo art. 113), en la que el actor acumula varias pretensiones contra un demandado (120.1) o se plantean las pretensiones por varios actores y/o contra varios demandados (120.2). La acumulación sucesiva por inserción se da en los casos de reconvencción (art. 136, C. Modelo art. 126) o algunos casos de intervención voluntaria o coactiva de terceros.
- También puede darse la inserción de una nueva pretensión por el actor en el proceso ya iniciado siempre que lo haga en el plazo que tiene para "cambiar" la demanda antes de que ésta haya sido contestada (art. 121.1, C. Modelo art. 114.1).
- La acumulación sucesiva por reunión se da en los supuestos de acumulación de autos (arts. 323 y 324, C. Modelo arts. 287 y 288).
- 124 LANDONI, A., "La tutela de los derechos del consumidor...", ps. 281-311.
- 125 LANDONI, A., "Principio de razonabilidad, sana crítica y valoración de la prueba", RUDP 1/97, ps. 97-113.
- 126 El daño al medio ambiente es esencialmente difuso, impreciso, en el sentido de que no reconoce límites temporales dado que existe la posibilidad de que los daños se manifiesten después de un tiempo, o bien que perduren por un largo período. Es el caso del daño genético. Sucede que los genes, son los responsables de la transmisión de todo lo que es hereditario en el ser humano. Se ha comprobado que la radiación atómica puede causar daño genético al existir la posibilidad que los defectos se transmitan a los descendientes.

- 127 VESCOVI cita una sentencia de fines de 1993 de la Suprema Corte de las Filipinas que reconoció legitimación, además de la de la Red Ecológica de las Filipinas, a un grupo de niños, representados por sus padres, reconociendo la pretensión en base a la responsabilidad generacional en lo que se refiere al derecho de goce de una ecología equilibrada y saludable. Este derecho, se dijo "considera el ritmo y la armonía de la Naturaleza"(VESCOVI, E., "Los roles de la sociedad civil en el proceso de desarrollo sostenible", inédito).
- 128 En el citado caso de la demanda de daños y perjuicios por contaminación con plomo (Sentencia N° 1 del 8/2/95 del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 8° Turno, publicada en RUDP 3/95, ps. 321 a 329), se reclamó también por las secuelas futuras y el tribunal encontró una solución al tema por el lado del daño moral ante la imposibilidad de probarse los daños futuros. La sentenciante Dra. Ana Lorenzo entiende que resulta imposible asegurar que puedan aparecer secuelas ulteriores en el desarrollo de los damnificados directos, tornándose dudoso ese menoscabo. En otros términos, la proyección futura del daño es incierta pues no se logró probar que el coeficiente de plomo en sangre, el cual a su vez se halla en reversión, comporte un menoscabo futuro inexorable para los menores. Esto incide en ámbito avaluatorio del resarcimiento, pero no impide que se configure en la especie una hipótesis de daño moral indemnizable. En efecto, la sentencia señala que los arts. 7, 72 y 332 de la Constitución consagran el derecho al goce de la vida y a la integridad de las personas, corroborado por el art. 5 del Pacto de San José de Costa Rica, posibilitando una solución reparatoria. La salud e incolumnidad de las personas deben ser adecuadamente protegidas; cualquier afectación de su normal funcionamiento, en tanto menoscabo a la integridad física, es resarcible a título de daño moral. Entre los derechos subjetivos de todo individuo, se encuentra el derecho a la conservación de la salud y la integridad física. La normalidad de la persona atañe a su salud entendida como un estado completo de bienestar físico, mental y social. Cuando los perjuicios a la incolumnidad física no dejan secuelas computables, o éstas resultan indeterminadas en su pronosis, corresponde el resarcimiento del menoscabo a título extrapatrimonial, es decir, participando de la naturaleza del daño moral, concluye el tribunal.
- 129 En Argentina, MORELLO y STILGITZ proponían que, frente a estos casos, el juez pudiera reservar una revisión de la condena durante un lapso improrrogable de dos años como máximo, a contar del día en que falló (MORELLO, M. y STIGLITZ, G., "Hacia un ordenamiento...", p. 656).
- 130 Los daños vinculados a intereses difusos tales como los que afectan al medio ambiente no reconocen límites espaciales porque los componentes del ecosistema -agua, aire- no se encuentran inmóviles sino que circulan de un lugar a otro, de un Estado a otro. Como señala GIANFELICI, el agua que se extrae de Río de la Plata para potabilizar, recibe los desechos de una cantidad enorme de establecimientos instalados en las márgenes de sus ríos tributarios. Preocupa el tema de la represa brasileña de Itaipú por la contaminación aparejada por la instalación de industrias "sucias" cerca de la fuente de energía. Noruega y Suecia reclaman a Gran Bretaña y a Europa Central, los daños que les provoca en aguas, bosques y sembrados el aire contaminado con la llamada lluvia ácida (GIANFELICI, M., "Responsabilidad civil por contaminación ambiental - Presupuestos", Rev. La Ley (D), Argentina, 1983, p. 1020)
- 131 MATEO, R., "Tratado...", p. 181.

- 132 MATEO, R., "Tratado de Derecho Ambiental", p. 181.
- 133 Señala MATEO que un artilugio jurídico original es el sugerido para los Estados Unidos en el sentido de extender al campo ambiental la posibilidad de ejercer acciones que tuvieran como destinatario una colectividad de presuntos infractores, si bien no parece -opina el autor citado- que de esta solución puedan esperarse grandes resultados, habiéndose afirmado que tales acciones difícilmente pueden considerarse como la principal avenida procedimental para hacer efectivo el cumplimiento de los estándares ambientales establecidos por los diversos órganos legislativos y administrativos. Los elevados costos y los grandes conocimientos exigidos para asegurar su cumplimiento habrán de trasladar inevitablemente la carga de control de la contaminación sobre agencias especializadas encargadas de velar por su cumplimiento, la frecuencia de la utilización de la demanda colectiva habrá de ser inevitablemente limitada (MATEO, R., "Tratado...", p. 181).
- 134 Nos remitimos al comentario al art. 127 realizado en VESCOVI, E., DE HEGEDUS, M., KLETT, S., MINVIELLE, B., SIMON, L. y PEREIRA CAMPOS, S., "Código...", t. 3, ps. 287 y ss.
- 135 El emplazamiento se realiza mediante edictos publicados en el Diario Oficial y en otro periódico de la localidad durante 10 días hábiles continuos (arts. 127.1 y 89 del CGP). Los términos del emplazamiento serán de 90 días corridos (art. 127.3).
- 136 Véase el comentario al art. 221 realizado en VESCOVI, E., DE HEGEDUS, M., KLETT, S., SIMON, L., CARDINAL, F. y PEREIRA CAMPOS, S., "Código...", t. 6.
- 137 Para comprender las complejidades de la cuestión, basta poner un ejemplo. En Estados Unidos se presentó una demanda interpuesta por un solo perjudicado, pero en nombre de otros 67.000, propietario de un automóvil "Oldsmobile" (de la General Motors) modelo 77, al cual, en la fábrica se le sustituyó el motor sin ser comunicado a los compradores. Terminó el asunto en una transacción ofreciéndose 200 dólares de indemnización y una prolongación de la garantía de 3 años a cada uno de los poseedores de dicho modelo ("In re General Motors Corporation engine interchange litigation. Oswald v. General Motors Corporation. US. Court of Appeals, Seventh Circuit", 25 febrero 1979).
- 138 BARBOSA MOREIRA, J., "A ação popular...", ps. 2689 a 2692.
- 139 Como argumento en respaldo de esta posición podría agregarse que algunos autores señalan que si bien la ley le da a la transacción la misma eficacia que la sentencia ejecutoriada, no se equipara en todos sus aspectos a la sentencia. Así en Argentina, FORNACIARI señala que la transacción, sea que se refiera a cuestiones litigiosas, sea que se refiera a cuestiones simplemente dudosas, será siempre un negocio bilateral, será siempre un acuerdo declarativo de certeza que encuentra en sí mismo su fuerza obligatoria. Es erróneo para él asimilarlo a una sentencia. Cuando se produce su inserción en el proceso, puede producir, cumplidos los requisitos legales, la creación de un título ejecutorio y la mediata extinción de la relación procesal. No puede asimilarse -a su juicio- el efecto extintivo de la transacción con la autoridad de cosa juzgada; la única similitud está dada por la declaración de certeza extintiva del conflicto y su irrevocabilidad (FORNACIARI, M., "Modos anormales de terminación del proceso", t. II, Bs. As., 1988, ps. 88 y ss.).
- 140 GELSI, A., "Intereses difusos y proceso...", p. 58.
- 141 Nos remitimos al comentario a estos artículos realizado en VESCOVI, E., DE HEGEDUS, M., KLETT, S., MINVIELLE, B., SIMON, L. y PEREIRA CAMPOS, S., "Código...", t. 2.

142 Debiera ser objeto de un mayor análisis si podría tener alguna eficacia en otro proceso o respecto de otros interesados el hecho de que, por ejemplo, la empresa demandada admitiera en una transacción judicial que era la contaminante. Pero quizá aquí la cuestión no sea de extensión de los efectos de la cosa juzgada derivada de la transacción sino de prueba trasladada (art. 145 del CGP) o de confesión realizada por un sujeto en otro proceso.

143 Si bien ya se habla en el Derecho Procesal moderno, en términos generales, de crisis de la regla de la triple identidad para identificar las pretensiones a efectos de determinar si se verifica o no una hipótesis de litispendencia o de cosa juzgada, la cuestión se torna aún más patente en materia de intereses difusos y colectivos donde los procesos pueden iniciarse por distintos legitimados (Ministerio Público, organizaciones de consumidores o simples interesados) en representación de los intereses difusos y colectivos. Será difícil que estos procesos presenten identidad de sujetos o de causa y, sin embargo, podrán referirse al mismo objeto. Por ende, a efectos de evitar sentencias contradictorias y acompañar el instituto de la litispendencia a los alcances de la cosa juzgada previstos en el art. 220 del CGP, deberá admitirse la interposición de las excepciones de litispendencia o cosa juzgada y aún más la acumulación de autos cuando aun siendo distintos los sujetos y la causa, el objeto sea el mismo. La regulación legal también aquí se impone, siendo un excelente punto de partida las soluciones que plantea el Código Modelo de Procesos Colectivos.

Si bien por ser escasa en nuestro país la jurisprudencia en materia de intereses difusos y colectivos, no se han planteado prácticamente a nivel judicial problemas de litispendencia al respecto, es este uno de los aspectos de más difícil solución. Para comprender el problema, basta imaginar el siguiente caso: un particular inicia un proceso en representación de intereses difusos; luego una asociación que cumple los demás requisitos del art. 42 del CGP también lo hace por la misma causa y objeto. ¿Existe litispendencia? ¿Los sujetos son los mismos? ¿Actúa realmente el particular y luego la asociación "en representación" de los intereses difusos? ¿Qué sucede con la porción de interés propio comprometido?. Son todas cuestiones de difícil existencia en Uruguay pocos aportes de la doctrina y ninguna jurisprudencia al respecto. Para solucionar estos problemas de litispendencia que pueden plantearse en procesos de intereses difusos y colectivos, en tanto no existen previsiones legales específicas, se deben aplicar los criterios generales. Para que se pueda invocar la litispendencia como excepción (art. 133, num. 2) del CGP), se requiere que exista entre ambos procesos -anterior y posterior- la regla de la triple identidad: sujetos, objeto y causa y si ello ocurre el posterior debe ceder ante el anterior. Corresponde advertir que en nuestro derecho rige el principio de buena fe y lealtad procesal consagrado en el art. 5 del CGP (C. Modelo: art. 5) y que dicha disposición en su inc. 2º le impone al Tribunal el poder-deber de impedir el fraude procesal, la colusión y cualquier otra conducta ilícita o dilatoria. En virtud de la norma referida, si el Tribunal advirtiera que el proceso iniciado con antelación es fruto del fraude o la colusión, cabría la posibilidad de declarar su nulidad y decretar la tramitación del proceso iniciado con posterioridad.

144 A este tema nos referimos en VESCOVI, E., DE HEGEDUS, M., KLETT, S., SIMON, L., LANDEIRA, R. y PEREIRA CAMPOS, S., "Código General del Proceso – Comentado, anotado y concordado", T. 6, pág. 405 y ss.;

PEREIRA CAMPOS, S., "Intereses difusos y colectivos..." y PEREIRA CAMPOS, S., "La conciliación y transacción como medios extraordinarios de conclusión del proceso", publicado en La Justicia Uruguaya, Tomo Nº 121.

- <sup>145</sup> A este problema nos hemos referido en VESCOVI, E., DE HEGEDUS, M., KLETT, S., SIMON, L., LANDEIRA, R. y PEREIRA CAMPOS, S., "Código General del Proceso - Comentado, anotado y concordado", T. 6, pág. 408 y ss. y en PEREIRA CAMPOS, S., "Intereses difusos y colectivos...".
- <sup>146</sup> VESCOVI, E., DE HEGEDUS, M., KLETT, S., SIMON, L., CARDINAL, F. y PEREIRA CAMPOS, S., "Código...", t. 6, comentario al art. 220; PEREIRA CAMPOS, S., "Intereses difusos y efectos..."; PEREIRA CAMPOS, S., "Intereses difusos y colectivos..." y LANDONI, A. y PEREIRA CAMPOS, S., "Tutela de los intereses...".
- <sup>147</sup> LANDONI, A. y PEREIRA CAMPOS, S., "Tutela de los intereses colectivos y difusos en Uruguay" en RUDP 1/2002, ps. 69 y ss. Cf. LANDONI, A., "Análisis...", p. 386.

## **DAÑOS Y PERJUICIOS EN LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL**

Ivonne Lizzette Flores González

En el presente estudio académico se analizará la argumentación fáctica y jurídica, dado por parte de la Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro, departamento de San Salvador en el proceso que pronunció en la Referencia 61-4CM-16-A, de fecha 30/11/16, basado en la Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual proceso de Daños y Perjuicios, habiendo establecido el Tribunal de alzada los criterios aplicados respecto a los requisitos que deben de ser probados en éstos y los tipos de Responsabilidad cuando son alegados. El razonamiento adoptado acerca de qué es lo que se entiende como Daño Emergente y Lucro Cesante. La forma de valoración del medio probatorio del documento privado, esto sustentando en la Sentencia de Casación, emanada por la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia en el proceso Declarativo Común de Cumplimiento de Obligación con referencia 227-CAC-2013, dictada a las diez horas y veinte minutos del uno de julio de dos mil trece.

I.- En la Sentencia dictada por la Honorable Cámara Segunda de lo Civil de la Primera Sección del Centro, se hace un análisis y se desarrolla cuando se refiere a una obligación de indemnización de daños y perjuicios que nace de una responsabilidad civil por el incumplimiento de una relación contractual y extracontractual<sup>1</sup>. Para ello la Cámara sentenciadora menciona que las fuentes de las obligaciones reguladas en el art. 1308 CC., nacen de los contratos<sup>2</sup>, cuasicontrato<sup>3</sup>, delitos<sup>4</sup>, cuasidelitos<sup>5</sup>, faltas<sup>6</sup> y de la ley. Surgiendo en este artículo las obligaciones jurídicas que emergen de la responsabilidad civil.

Definiendo la referida Cámara en tal sentido qué se debe entender por la Responsabilidad, y establece qué es la vinculación a las consecuencias producidas por las acciones realizadas bajo indicadores de libertad y autonomía, vinculación que se traduce en gratificaciones o sanciones, en tal sentido todos los individuos son responsables por las acciones libres en sus causas, porque en un sistema de participación social todos los individuos están vincula-

dos entre sí, de manera general o de manera cualificada. Naciendo con ello la idea de la responsabilidad civil, es entonces el elemento teórico que desnuda y revela el sujeto a quien se le imputa la titularidad de la obligación y la obligación solo existe porque existe un antecedente que la crea, este antecedente no es otro que la causa que la inspira, causa que es verificable por el criterio de responsabilidad jurídico establecido. Y para determinar si es una responsabilidad civil contractual o extracontractual se debe considerar las fuentes de las obligaciones en la que desemboca o podría desembocar.

II.- Tal como lo indica la sentencia de Cámara y según nuestra legislación, la responsabilidad civil<sup>7</sup> se clasifica, en atención a su génesis o procedencia, en dos clases: contractual y extracontractual. Responsabilidad contractual<sup>8</sup> es la que se origina en razón del incumplimiento o el cumplimiento tardío o imperfecto de una obligación previamente establecida por medio de un contrato, según se regula en los artículos 1426 al 1430 CC. El factor clave, en este caso, es la existencia previa de un contrato y su obligatoriedad para las partes. La concurrencia de voluntades como se dijo anteriormente es la que justifica la ponderación especial de la naturaleza de la responsabilidad contractual. Cuando esa concurrencia de voluntades engendra obligaciones estamos en presencia no de una simple convención sino de un contrato.

Dicha Cámara establece que el valor de la palabra y el significado del compromiso inter-partes *debidamente formalizado* es el punto esencial por el cual la responsabilidad contractual existe de manera paralela a la responsabilidad extracontractual. La responsabilidad contractual procede, entonces, por el compromiso adquirido en la concurrencia de voluntades debidamente formalizada.

Responsabilidad extracontractual es la que se deriva de la comisión de un hecho ilícito civil, como el delito, cuasidelito o falta, y no del incumplimiento de una obligación preexistente contractualmente, tal como lo disponen los artículos 2035 incisos 3º y 4º y 2065 CC. El factor clave, en este caso, es no sólo la inexistencia de un contrato sino también el comportamiento dañoso del sujeto que debe responder por la sanción merecida.<sup>9</sup> Concluye en este punto la Cámara que toda vinculación jurídica que se derive de un hecho que opera al margen de una estipulación contractual debe estimarse de carácter extracontractual. Se manifiesta que la responsabilidad ex-

tracontractual no está subordinada a la concurrencia de voluntades debidamente formalizada, porque su génesis está en los valores y principios que organizan la vida en sociedad, bajo criterios de paz, equilibrio y continuidad social. De manera más precisa, la responsabilidad extracontractual es la imposición derivada de principios generales del Derecho, como el principio de no dañar a otros, por el cual ninguna persona está en la necesidad de soportar la reducción de sus capacidades de ser y hacer a causa de otros. Nadie está en la obligación de soportar un daño o el menoscabo de sus derechos, salvo que existan razones eficientes que lo justifiquen, según lo estime el poder jurídico estatal (como el cumplimiento de la pena). Así las cosas, se debe entender que la responsabilidad extracontractual procede por el quebrantamiento del principio universal de no dañar a otros sin un motivo jurídico que lo justifique. El hecho dañoso por el cual se imputa la responsabilidad es un hecho ilícito. Todo hecho ilícito significa la lesión de una norma jurídica.

Así la responsabilidad civil contractual, se origina de un contrato y en la extracontractual se origina por la intención dañosa, para ello debe de probarse el daño causado como elementos esenciales para estimarse la pretensión respetiva.

En la responsabilidad contractual debe acreditarse: 1) la existencia y validez del contrato; 2) el incumplimiento o el cumplimiento tardío o imperfecto de una obligación previamente establecida por medio de un contrato (concierto de voluntades formalizado que engendra deberes); 3) el nexo contrato-daño; y 4) el perjuicio causado<sup>10</sup>.

En el caso de la responsabilidad extracontractual debe probarse: a) la existencia del hecho u omisión dañosa; b) el dolo o culpa con que el mismo se ejecutó; c) el perjuicio causado; y d) el nexo de causalidad entre el hecho y el perjuicio<sup>11</sup>.

III.- La Sentencia en análisis menciona un punto importante, el cual consiste en que el daño sea el producto de actos perjudiciales derivados de un pacto contractual y de la interacción social dañosa, de modo que el daño se produce por la inobservancia perfecta del contrato y por la violación del principio general de no dañar. En este tipo de casos el daño tiene una relación subyacente de naturaleza contractual y extracontractual; y en atención a ello, se perfilan una serie de teorías que buscan dar un tratamiento jurídico al asunto,

considerando que el régimen jurídico aplicable a la responsabilidad contractual y a la responsabilidad extracontractual no es el mismo. Así, por ejemplo, se habla de "la teoría negativa", que estima que la responsabilidad contractual prevalece sobre la extracontractual por ser aquella especial frente a ésta. También se habla de la "teoría de concurso u opción", que estima que cuando un hecho generador del daño constituye simultáneamente violación del contrato e infracción de un deber general de no dañar, la víctima puede escoger entre el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual o de la contractual. Se produce aquí una yuxtaposición de responsabilidades, surgiendo acciones distintas que pueden ser acumulables. Por último, se establece sobre la "teoría de la unidad de la culpa civil". En ella se toma como punto de partida la insatisfacción que genera la distinción entre ambos tipos de responsabilidad, afirmándose que, si el objeto y finalidad última de las normas sobre responsabilidad es la indemnización del daño, la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual no está justificada. Se debe reparar el daño en todo caso con independencia de que haya acaecido en el marco de una relación contractual o no.

La procedencia de la acción depende de cómo se configure la *causa petendi*, pues es necesario determinar si las acciones o pretensiones de responsabilidad contractual y extracontractual tienen sus tres elementos identificadores iguales (sujeto, petición y causa de pedir), lo que nos llevaría a afirmar que estamos ante una única acción con normas en concurso; o por el contrario si alguno de esos elementos es distinto, lo que nos llevaría a afirmar que se trata de acciones diversas, aunque conexas. En uno u otro tipo de responsabilidad existen zonas grises en las que resulta sumamente difícil determinar si los daños son o no consecuencia específica del incumplimiento del contrato o si, por el contrario, el contrato sólo ha servido de mero antecedente causal del acaecimiento de un daño cuyo deber de evitar escapa de la estricta orbita contractual.

Debe analizarse si el daño se trata de una acción o pretensión o se trata de una pretensión accesoria los daños alegado existe a causa del contrato o al margen del mismo. Si al examinarse el caso se advierte que el daño existe de manera autónoma entre relaciones contractuales y relaciones extracontractuales, debe considerarse que se trata de acciones o pretensiones concurrentes que pueden hacerse valer por sí mismas, de manera acumulada o in-

dependiente. Si el daño no se configura autónomamente al separar las relaciones contractuales de las extracontractuales, o viceversa, debe estimarse que la naturaleza dominante de la responsabilidad es la que subsiste por sí misma. Quiere decir, entonces, que cuando se alega la concurrencia de responsabilidades civiles, el juzgador deberá hacer un juicio de ponderación en cada caso en particular, a partir de los hechos que orientan y sustentan la acción ejercida. Sólo si el daño preexiste de manera autónoma por la inobservancia de un contrato o por la infracción del deber de no dañar, se puede aplicar el régimen jurídico por separado a cada responsabilidad civil<sup>12</sup>.

IV.- La persona que considera que se le ha ocasionado un daño por la inobservancia del pacto contractual debe promover la acción indemnizatoria dentro de los veinte años a la fecha en que el daño se perpetuó, bajo pena de prescripción de la acción, de conformidad a lo establecido en el artículo 2254 CC. Cuando el daño es producto de un delito, falta o cuasidelito, debe iniciarse la acción respectiva antes de los tres años, bajo pena de prescripción de la acción, según lo disponen los artículos 2065 y 2083 CC.

V.- Sin embargo para cuantificar el daño civil ocasionado, la Sala de lo Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sentencia de Casación con referencia 227-CC-2013, de fecha 3 de noviembre de 2014, establece que el Lucro Cesante es la ganancia o beneficio que se dejó de percibir como consecuencia de la violación del derecho vulnerado<sup>13</sup>. Instituyendo además el valor probatorio que posee la un documento privado<sup>14</sup>, que se encuentran regulados en el Art. 332 CPCM, el cual hace prueba plena de su contenido y otorgantes, si no ha sido impugnada su autenticidad o ésta ha quedado demostrada, según Art. 341 inc. 2º CPCM, asimismo la Sala advirtió, que de conformidad a la legislación procesal civil y mercantil, el valor probatorio de estos instrumentos privados, solo puede afectarse con la impugnación debidamente probada de su falta de autenticidad; o, caso de no probarse, los instrumentos se valoraran conforme a las reglas de la sana crítica. Debiendo recordar que dicha prueba debe ser lícita, por lo que este es un medio probatorio necesario y además pertinente para probar los daños y perjuicios.



## NOTAS

- 1 La voluntad suscrita entre las partes contratantes es de estricto cumplimiento de éstas y de los efectos que se producen es que nacen las obligaciones para cada una de ellas.

Cuando se celebra un contrato de manera voluntaria nace una obligación para cada una de las partes, y esta consiste en cumplir con la prestación prometida. Pero ¿Qué sucede cuando ésta no se cumple?, o Cuando se cumple mal la prestación debida. Es ahí donde nace un nuevo vínculo obligacional: la obligación para el deudor autor del incumplimiento, de reparar el perjuicio que se ocasiona.

Se puede decir que existe incumplimiento de una obligación contractual sin que necesariamente por ese hecho se comprometa la responsabilidad contractual, tal sería el caso del vendedor que se obliga a entregar la cosa vendida dentro de un mes; pero si transcurrido ese tiempo no ha entregado la cosa debido a una fuerza mayor, no se puede contar como daño, por ser un caso de excepción. Lo importante es saber cómo determinar la Responsabilidad Civil que se generó por el incumplimiento del contrato, al igual que el poder identificar el quantum indemnizatorio.
- 2 Sin embargo es necesario antes aclarar que se debe entender por Contrato, para ello el Art. 1309 del Código Civil establece que contrato es una convención en virtud de la cual una o más personas se obligan para con otra u otras, o recíprocamente, a dar, hacer o no hacer alguna cosa, sin dejar de lado que son la fuente principal de las relaciones obligatorias. Pothier (POTHIER R.J.: *"Tratado de las Obligaciones"*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires. República de Argentina) menciona que es el consentimiento de dos o más personas, para formar entre ellas un compromiso, o para resolver uno existente, o para modificarlo. No pudiendo dejar de lado como define Ospina Fernández al contrato (OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y Otro *"Teoría General del Contrato y de os Demás Actos o Negocios Jurídicos"*. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá 1994): El convenio entre el acreedor y el deudor sobre prórroga del término para el cumplimiento de obligación ya existente entre ellos, el pago que hace el deudor al acreedor y que es el modo normal de extinguir obligaciones, etc. Ahora bien, una vez la voluntad se concretiza entre las partes, se vuelve de obligatorio cumplimiento, tal como lo regula el Art. 1416 CC y solo cesan sus efectos entre las partes por el consentimiento mutuo de éstas o por causas legales.

Se puede desprender entonces, que todo contrato legalmente celebrado constituye una verdadera ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales, entonces el contrato se vuelve eficaz, generando obligaciones y derechos entre los contratantes desde el momento de su perfeccionamiento, el cual se da con el mero consentimiento de las partes contratantes como se ha dicho. De ahí la importancia de la voluntad de las partes para contratar, la cual es a la vez, fuente de las obligaciones contractuales y medida de dichas obligaciones.

Obviamente, la voluntad de los agentes jurídicos debe exteriorizarse, pues al derecho solamente le interesan las actuaciones de aquellos que trascienden su fuero interno y repercuten en la vida social; por lo que resulta que los requisitos para la existencia de un contrato es la voluntad o el consentimiento, el objeto genérico y específico, y la

forma solemne; mientras que los requisitos para la validez de aquellos son la capacidad de las partes intervinientes, la ausencia de vicios de la voluntad (error, fuerza y dolo), la ausencia de lesión enorme, y la licitud de la causa, y en su caso cumplir de las formalidades prescritas por la ley.

Los efectos del contrato según Federico Moya (ARNAU MOYA, Federico. *"Nociones de Derecho Civil II, Obligaciones y Contratos"*. Publicacions de la Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions Campus del Riu Sec. Edifici Rectorat i Serveis Centrals. 2007. Castelló de la Plana <http://www.tenda.uji.es> e-mail: [publicacions@uji.es](mailto:publicacions@uji.es). ISBN: 978-84-691-5640-7, Pag. 6.) pueden clasificarse en: Comunes o generales: que son los que se producen en toda clase de contratos y los Especiales o particulares: que son privativos de cada modalidad de contrato.

Así, la fuerza sancionadora del contrato se manifiesta bajo tres principios: a) El de la obligatoriedad del contrato, b) El de la irrevocabilidad y c) El principio de la relatividad contractual. (Castán Tobeñas, J.: *"Derecho Civil Español, Común y Foral, T. III, Derecho De Obligaciones"* (rev. García Cantero, G.) Madrid, Reus, 1992)

Por lo que se puede establecer entonces que una de las principales reglas entonces de convivencia humana es no causar daño a los demás *Neminem laedere potest*. Es por tal motivo que el ordenamiento jurídico sanciona la conducta lesiva productora de un daño, de manera que el generador del mismo debe responder por él, por lo que se halla sujeto a una responsabilidad que se traduce la obligación de indemnizar o reparar el daño causado.

- 3 Hecho voluntario del que resulta una obligación cualquiera respecto de un tercero, y a veces una obligación recíproca de ambas partes (Capitant). Aclarando más el concepto, el Diccionario de Derecho Usual define el cuasicontrato como el acto lícito y voluntario productor, aun sin mediar convención, de obligaciones unas veces recíprocas entre las partes; otras, respecto a uno de los interesados, y otras, en beneficio de un tercero. El cuasicontrato integra una de las fuentes clásicas de las obligaciones. Los autores citan como ejemplo de esta modalidad cuasicontractual la gestión de negocios ajenos y el pago de lo indebido. (OSSORIO, Manuel. *"Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales"*<sup>1ª</sup>. Edición Electrónica, Dastacan S.A. Guatemala)
- 4 Son varias las definiciones que en la doctrina y en algunos códigos penales se han dado al delito. Recogiendo la de Jiménez de Asúa, se entiende por tal "el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal". En consecuencia, según ese mismo autor, las características del delito serían: actividad, adecuación típica, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad, penalidad y, en ciertos casos, condición objetiva de punibilidad (ob cit, OSSORIO, Manuel. "Diccionario...")
- 5 Violación dañosa del Derecho ajeno, cometida con libertad, pero sin malicia, por alguna causa que puede v debe evitarse (ibid)
- 6 Esta voz, que tiene muchas acepciones generales, es también susceptible de diversas interpretaciones jurídicas, la más caracterizada de las cuales tal vez sea la que afecta a su sentido penalístico, ya que se entiende por tal, según la definición de la Academia, la "infracción voluntaria de la ley, ordenanza, reglamento o bando, a la cual está señalada sanción leve". El concepto incurre en un error, porque la infracción puede ser, y corrientemente es, originada no por dolo (que sería la característica de la voluntariedad), sino por simple culpa derivada de

- imprudencia o negligencia, pero ya con una calificación: la de falta de intención. Otra acepción jurídica que consigna el Diccionario, también con la calificación de falta de intención, es la de "circunstancia atenuante determinada por la desproporción entre el propósito delictivo y el mayor daño causado". Esta segunda definición se refiere a casos de preterintención. (ibid)
- 7 Pero para hablar de responsabilidad se debe tener claro que debe haber un incumplimiento en el contrato, el cual puede darse por las razones siguientes: a) caso fortuito o fuerza mayor, regulados en los Arts. 1348 No. 6, 1418 Inciso segundo, 1429 Inciso Segundo y 1540 C.C.; b) Cuando se da incumplimiento del deudor pero en el cual obró sin el cuidado o diligencia que el contrato le imponía, regulados en los arts. 1418 Inc. 1ro, 1541 y 1420 C. C; y, c) incumplimiento por dolo señalado en el Art. 1429 Inc. 1ro. C.C. Teniendo la obligación el deudor de establecer por los medios legales pertinentes que obró con diligencia y cuidado tal como fue pactado en el contrato.
- 8 La responsabilidad contractual se rige por el método tripartito de la culpa establecido en el Art. 1418 C., la cual se refiere a: culpa lata, leve y levísima, las cuales se encuentran mencionadas en el Art. 42 C.C.; asimismo dicha responsabilidad requiere tener la capacidad legal correspondiente, Art. 1316, 1317 C. C; sin embargo cuando son varios los que concurren en la responsabilidad contractual, por regla general, no existe solidaridad. Art. 1397 No. 3 C.C.
- La prueba en materia contractual demuestra la inejecución del contrato y la existencia del perjuicio. La prueba del incumplimiento de la obligación de parte del deudor debe estudiarse bajo los siguientes aspectos: incumplimiento total, Art. 1542 C.; incumplimiento parcial, Art. 1460 C.; y la mora del deudor, Art. 1422 C.C.
- 9 Existe una clasificación de actos dañosos que integran la responsabilidad civil: a) Los que consisten en incumplir un contrato (u otra relación jurídica): La obligación de indemnizar deriva de la violación de un contrato que ha sido incumplido. La doctrina al referirse a este supuesto lo denomina *responsabilidad contractual*, tal como lo regula el art. 1360 C.C. arriba señalado. b) La responsabilidad extracontractual, que es aquella derivada de la realización de un daño, y no del incumplimiento de una obligación preexistente, es decir los que se producen en el desarrollo de cualquiera de las actividades humanas, pero al margen de toda *relación jurídica* previa entre dañador y víctima habrá víctimas en nuestro ordenamiento jurídico.
- Acá la obligación de indemnizar nace por la realización de un evento dañoso, como cuando se habla de que una persona contraría las normas de convivencia, conocido como *el principio neminem laedere*, que ya se mencionó anteriormente.
- 10 1) La existencia y validez del contrato: Nadie puede cuestionar que para sustentar una acción debe de mediar un convenio previo que sirva de base legal a la demanda, porque sin un contrato previo no hay responsabilidad, sin embargo ese contrato debe ser válido de lo contrario no hay responsabilidad; 2) El incumplimiento o el cumplimiento tardío o imperfecto de una obligación previamente establecida por medio de un contrato (concierto de voluntades formalizado que engendra deberes), debiendo el deudor demostrar si no hubo responsabilidad de su parte por el incumplimiento tal y como quedó apuntado en los párrafos supra mencionados; 3) El nexo contrato-daño: Debe haber relación entre el hecho y el resultado, se basa en la preeminencia de la relación

de causalidad, que se perfila a través de la denominada "causalidad adecuada y eficiente", conforme a la cual se traslada el punto de inflexión y la trascendencia de la prueba, precisamente, al "nexo causal" que ha desplazado cada vez más a la prueba de la culpa, ya que se subsume en la causa del daño la existencia de la culpa. En el nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño ha de declararse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo. Pero, esa probanza habrá de hacerse caso por caso, en atención al desarrollo de la Teoría de la causalidad adecuada y eficiente. Así, la determinación del nexo causal entre acción u omisión y daño debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, valorando en cada caso cual sea el acto antecedente, atendiendo no sólo a las circunstancias personales, de tiempo y lugar, sino también al sector del tráfico, entorno físico y social donde se proyecta la conducta (Responsabilidad Contractual: [http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmTcWNDtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzA0uQQGZapUt-ckhIQaptWmJOCSoAZ3N9\\_jUAAAA=WKE](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmTcWNDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA0uQQGZapUt-ckhIQaptWmJOCSoAZ3N9_jUAAAA=WKE)). 4) El perjuicio causado, acá se debe tomar en cuenta no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes, lo que más adelante se desarrollará pero que hace referencia al Daño Emergente y al Lucro Cesante. No se puede dejar de lado que además éstos se vuelven presupuestos procesales para establecer la pretensión resarcitoria de los daños y perjuicios (Sentencia de Apelación con referencia 16-C-12, dictada por Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección Del Centro, San Salvador, de fecha 21 de agosto de 2012)

- 11 (Sentencia de Casación con referencia 1210-2003 de las nueve horas y treinta minutos del doce de febrero de dos mil tres). En otras palabras, toda responsabilidad siempre emana de un acto voluntario que genera un daño que debe ser indemnizado cuando, entre tal acción y el resultado, se puede establecer una relación de causalidad, de tal forma que se pueda decir que éste proviene de aquél. Esta teoría de la responsabilidad civil extracontractual la desarrolla nuestro Código Civil en sus Arts. 2035, 2065 y 2080.

- 12 Independientemente el tipo de Responsabilidad que exista, procede la reclamación de daños y perjuicios, el Art. 1427 C.C., regula que la indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúense los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.

El Art. 1428, también establece que se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, entendiendo la mora como el retraso culpable o deliberado en el cumplimiento de una obligación o deber, así pues, no todo retraso en el cumplimiento del deudor implica la existencia de mora en su actuación; o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.

Así sostiene Planiol si el deudor no cumple su obligación cuando y como se debía, el acreedor tiene derecho a obtener una suma de dinero equivalente al provecho que hubiera obtenido, de haberse cumplido efectiva y puntualmente la obligación, y que, por consiguiente, lo indemnice del perjuicio causado por la falta de cumplimiento. Esta indemnización se llama *daño y perjuicio*. ( PLANIOL, Marcel: "*Derecho Civil*". Editorial

Harla, Volumen 8, Clásicos del Derecho. 3ra Edición. París. Francia.) Se puede decir entonces, que la indemnización de perjuicios referentes al daño emergente y al lucro cesante cumple una doble función: 1º Es una sanción para el deudor que incumple con dolo o culpa. 2º Es un medio dado al acreedor para que pueda obtener el cumplimiento de la obligación por equivalencia.

En consecuencia las indemnizaciones de perjuicios en términos generales se clasifican en: a) *Compensatoria*, se cobra cuando el deudor no ha cumplido con la obligación o si lo hizo fue de manera parcial y moratoria, cuando su cumplimiento es de forma tardía, b) *La indemnización moratoria*, es el derecho que tiene el acreedor a solicitar del deudor el pago de dinero equivalente al cumplimiento oportuno de la obligación, en nuestra normativa lo encontramos regulado en el art 1430 CC. La diferencia entre ambas formas de indemnizaciones radica en que la compensatoria viene a reemplazar el cumplimiento de la obligación, y en la moratoria ya se cumplió la obligación, pero en forma tardía (SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. "CURSO DE DERECHO CIVIL". Tomo III, De Las Obligaciones. Editorial Nascimento, Santiago, Chile 1941), c) *Morales*, está representado por el sufrimiento, se comprende la lesión o violación de bienes y derechos de la persona. Son, por así decirlo, daños extra-patrimoniales, y se indemnizan prescindiendo de que un ataque a aquellos bienes y derechos tengan también repercusión en el patrimonio. Una difamación a un profesional, por ejemplo, aparte de lesionar su honra, puede repercutir en una pérdida de clientela. (DIEZ PICAZO, Luis. "Sistema de Derecho Civil Volumen II" Editorial Tecnos, S.A. 1976, Madrid España, Sexta Edición). Puede haber directos, son aquellos que serán representados por la consecuencia lógica e inmediata del no cumplimiento de la obligación; y, los indirectos aunque tienen una relación con el no cumplimiento, no son una relación inmediata sino remota. d) *Patrimoniales o materiales*; es el que se traduce en una disminución del patrimonio, algo valuable en dinero, estos pueden ser: - Directos, aquellos que están representados por la consecuencia lógica e inmediata del no cumplimiento de la obligación de parte del deudor; - Indirectos, tienen relación con el no cumplimiento, pero no son una relación inmediata, sino remota; - Previstos, son aquellos que se han podido prever al momento de celebrar el contrato; e imprevistos, son aquellos que no se han podido prever en dicho momento.

CARACTERÍSTICAS DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS: 1- Se trata de reparaciones en dinero. 2- Constituye lo que se llama la responsabilidad contractual. (Porque emana de un contrato). 3- Se trata de una responsabilidad distinta a la indemnización por hechos ilícitos.

REQUISITOS PARA RESARCIR EL DAÑO: 1.- Que los daños que se hayan ocasionado, causen perjuicio al acreedor por el incumplimiento de la obligación. 2.- Que el incumplimiento sea imputable al deudor, que se produzca por un hecho que acarree su responsabilidad. 3.- Que el deudor se encuentre en mora, es decir que no haya cumplido con su obligación en un tiempo determinado. 4.- Que tratándose de obligaciones contractuales no haya una cláusula, un acuerdo de las partes, que exima de responsabilidad al deudor.(Ob. Cit. SOMARRIVA, UNDURRAGA, "Curso ....")

Puntos que son similares a la responsabilidad Contractual, tal como ha quedado relacionado anteriormente, además son los que permiten caer en mora al deudor.

La Honorable Sala de lo Civil en la Sentencia de Casación con referencia **11-C-2007, de las once horas del diecisiete de noviembre de**

**dos mil ocho**, establece "que tanto la doctrina como la jurisprudencia es unánime en decir lo siguiente: "un acontecimiento determinado no puede calificarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodean el hecho." (Sentencia de fecha 20 de noviembre de 1989, de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia). Los elementos constitutivos de la fuerza mayor como eximente de responsabilidad contractual y extracontractual son: la inimputabilidad, la imprevisibilidad y la irresistibilidad. El primero consiste en que el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante del hecho. El segundo se tiene cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por el que alega el caso fortuito o fuerza mayor, era imposible preverlo. Y, la irresistibilidad radica en que ante las medidas tomadas fue imposible evitar que el hecho se presentara. Lo anterior significa, que la imprevisibilidad de la fuerza mayor es una cuestión de hecho que el juzgador debe apreciar concretamente en cada situación, tomando como criterio para el efecto la normalidad o la frecuencia del acontecimiento, o por el contrario, su rareza y perpetuidad; si tal acontecimiento es frecuente, y más aún, si suele presentarse con cierta periodicidad, o existían indicios de que podría presentarse, no constituye un caso de fuerza mayor porque el obligado razonablemente ha debido preverlo y medir su propia habilidad para conjurarlo, o bien abstenerse de contraer el riesgo de no creer que podría evitarlo; por el contrario, si se trata de un evento de rara ocurrencia, que se ha presentado de forma súbita y sorpresiva, hay caso fortuito o fuerza mayor, porque nadie está obligado a prever lo que es excepcional y esporádico. Pero además, el hecho de que se trata debe ser irresistible, es decir, que debe ser fatal, incontrastable, hasta el punto que el obligado no pueda evitar su acaecimiento ni superar sus consecuencias. De ahí se dice que, tampoco hay fuerza mayor o caso fortuito, cuando el obstáculo, sin impedir el cumplimiento de la obligación, lo hace más difícil u oneroso que lo previsto inicialmente".

Para determinar los perjuicios que se han mencionado en los párrafos anteriores, se debe profundizar cómo deben ser cuantificados, la cual puede ser de la manera siguiente: a) Las partes lo estipulan a priori, al momento de celebrar el contrato, esta forma convencional recibe el nombre de *clausula penal*; b) La propia ley lo hace; c) Cuando no lo hace la ley ni las partes debe hacerse de manera judicial.

- 13 Hay lucro cesante, cuando este bien que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en su patrimonio. El daño emergente, se califica como parte de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones emanadas de un contrato, que implican un menoscabo o detrimento objetivo y material en la esfera jurídico-económica del individuo que lo sufre, por verse obligado ante tal hecho a soportar el egreso consecuente y necesario para mediar con la circunstancia, dándole derecho a ser indemnizado por el causante de ellos, dado a que sin dicha conducta antijurídica (el incumplimiento), en éstos nunca se tuviera que haber incurrido y el patrimonio del perjudicado no se hubiera visto disminuido. Hay daño emergente cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió

o saldrá del patrimonio de quien lo sufre. Así Somarriva manifiesta que hay un empobrecimiento del acreedor por el incumplimiento de la obligación de parte del deudor.

La diferencia entre ambos conceptos radica en que mientras el primero es el "egreso patrimonial o el desembolso", el segundo es el "no ingreso patrimonial", es decir el no embolso, la pérdida sufrida o la ganancia frustrada. Tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden ser pasados o futuros. Esto es importante tenerlo en cuenta, pues es usual que se identifique el daño emergente con el daño pasado y el lucro cesante con el daño futuro cuando en realidad cada uno de ellos puede ser tanto futuro como pasado. Es considerado algo más hipotético, porque constituye lo que el acreedor ha dejado de ganar a virtud de no cumplimiento por parte del deudor.

14 En la indemnización de daños y perjuicios se permite a la persona que ha sufrido el daño económico o el agravio moral adquirir los bienes que estime más adecuados para sustituir a los perdidos o menoscabados o, en su caso, para procurarse las satisfacciones compensatorias o neutralizadoras del daño moral padecido, y eso se logra por medio del dinero. Debe tenerse claro que para iniciar un proceso de Reclamación de Daños y Perjuicios Contractual deberá promoverse un Proceso Declarativo Común de Daños y Perjuicios, Art. 239 CPCM., no obstante puede también existir la posibilidad de tramitar un Proceso Declarativo Abreviado, pero éste último proceso se aplicará para determinar la cantidad específica de los daños, porque ya fue reconocida su existencia en un Proceso Declarativo Común de Daños y Perjuicios, habiendo quedado pendiente la determinación de la cuantía, tal como lo indica el Art. 241 N° 1 CPCM; aunque bien pueden acumularse las pretensiones de reconocer la existencia de la obligación y la liquidación de los mismos en el proceso Declarativo Común, pues dichas pretensiones no son excluyentes, conforme a los Arts. 98, 100 y 243 CPCM; además el proceso de ejecución por liquidación de los daños y perjuicios, se rige por el procedimiento establecido en el Art. 696 CPCM, porque lo que se pretende es ejecutar al deudor, para cobrar la cantidad líquida y su importe adeudado.

Habiendo establecido el tipo de proceso a entablar, es necesario, pertinente y útil identificar los medios probatorio a ofertar y aportar en ese tipo de procesos para probar las pretensiones conocer que medio probatorios deben ser utilizados para probar la pretensión, para ello es necesario definir qué se entiende por medios de prueba.

Se entiende que son la actividad procesal de las partes y del Juez para incorporar al proceso las fuentes de prueba, en tal sentido puede el juez incorporar fuentes de prueba, analizar esta afirmación de conformidad a la ley, su procedencia, así como si es facultad del juez el aporte de fuentes de prueba y obtener de las mismas los correspondientes resultados. Montero Aroca expone que los medios de prueba consisten en las actividades que es preciso desplegar para incorporar las fuentes al proceso, entendiendo las fuentes como los elementos que existen en la realidad. Se encuentran regulados en el Código Procesal Civil y Mercantil: Prueba Documental; Declaración de Parte y parte contraria; Prueba Testimonial; Prueba Pericial; Reconocimiento Judicial; Medios de Reproducción del Sonido, Voz o de la Imagen y Almacenamiento de la Información.

La Prueba documental es un medio probatorio importante para poder probar la existencia de los daños y perjuicios.

Este medio probatorio tiene una clasificación bipartita que consiste en públicos y privados, según sea el carácter de las personas que le confieren certeza, se entiende por los primeros, aquéllos expedidos por notario y por autoridad o funcionario público en el ejercicio de sus funciones, Art. 331 CPCM; y los segundos, aquellos realizados por los particulares, Art. 332 CPCM. Cualquiera de ellos pueden hacerse valer como prueba en el proceso y cuya valoración debe realizarse en su conjunto con otros medios de prueba, conforme a las reglas de la sana crítica, de conformidad con el inciso 1º del Art. 416 CPCM”.

La **sana crítica**, da libertad para hacer valoración certera, eficaz y concreta sobre el acervo probatorio; pero implica igualmente una serie de obligaciones para el juzgador que realiza la valoración de las pruebas, imponiéndosele doctrinariamente que la decisión sobre ellas, sea razonada y crítica, basada en las reglas de la lógica, la experiencia y la psicología.

La prueba documental deberá ser aportada con la presentación de la demanda, según Art. 289 CPCM, el cual establece: “Cuando no se aporten los documentos inicialmente, o no se designe el lugar donde se encuentren, recluirá la posibilidad de aportarlos”; cuando no se aporte hay dos condiciones, una que se había aportado en copia y la otra no se dice dónde está, en este caso se precluye, pero si el Juez tiene interés de ver los originales puede pedir que previo a ser admitida la demanda se presenten los documentos originales so pena de declarar inadmisibles la demanda, sin embargo y a requerimiento de la parte demandada se puede no obstante haber presentado fotocopia certificada por notario presentar documentos originales, y se hace en la audiencia preparatoria, porque el mismo Art. 289 CPCM, dice: “No obstante lo dispuesto en el inciso anterior el demandante podrá presentar en la audiencia preparatoria los documentos, medios o instrumentos dictámenes o informes relativos al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia solo se ponga de manifiesto a consecuencia de las alegaciones efectuados por el demandado en la contestación de la demanda”; y el último inciso de este artículo, también da la posibilidad de ser presentados hasta en la audiencia de prueba, debiendo integrarse con el 30 de la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de Otras Diligencias, teniendo relación con el derecho de probar, no se le puede impedir a las partes ejercer el derecho de probar, vinculándose con otra garantía constitucional, que es el derecho de la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa, tanto la parte demandante como la demandada tienen derecho a la defensa de sus derechos.

Respecto de la prueba testimonial se tiene, que es aquella suministrada mediante las declaraciones emitidas por personas físicas distintas de las partes y del Órgano Judicial, acerca de sus percepciones o realizaciones de hechos pasados o que han visto u oído sobre éstos, aunque cabe advertir que en materia procesal civil y mercantil no harán fe los testigos de referencia de conformidad al Art. 357 CPCM., debiendo tomar en cuenta las prohibiciones para ser testigos: a) Por su incapacidad Art.355 inc.1º CPCM; b) Por la edad, art.355 inc.2º CPCM; y c) Por no ofrecer una percepción directa del hecho, es decir, que excluye el llamado testigo de referencia o indirecto, que es aquel que tiene conocimiento de los hechos, porque otro u otros le han suministrado información acerca de los hechos que se debaten en un proceso, o por haberlo leído en alguna fuente de noticias, como quedó apuntado anteriormente; es decir, que el código únicamente admite y

tiene por válido el testimonio de la persona que ha presenciado directamente los hechos, (art.357 CPM). Con ello se puede decir que con la prueba testimonial se puede probar como se dieron los hechos, como se generaron los daños en su caso, etc., siendo entonces pertinente y necesaria dependiendo del tipo de año que se esté reclamando.

La declaración de propia parte, [demandante], se pueden demostrar los daños ocasionados a la parte actora, la cual debe versar sobre hechos y no sobre derechos, recaen sobre hechos pasados, porque si rehacen sobre hechos presentes deberá ser pericia, debe recaer sobre hechos personales o de conocimiento del declarante, aunque en este último caso la declaración no se refiere al hecho en sí mismo sino al conocimiento que de él tenga quien confiesa, con fundamento en los Artículos 7, 276 numerales 7 y 9 y 317 del CPCM, se tiene que la prueba debe ser propuesta por las partes en dos momentos procesales, tratándose de procedimientos comunes en la audiencia preparatoria con su debida fundamentación Art. 292 del CPCM.; ó en la audiencia del procedimiento abreviado Art. 428 del CPCM.; regulando en su inciso segundo el Art. 317 que la proposición de prueba exige que se singularice el medio de prueba a utilizarse con la debida especificación de su contenido y la finalidad a la parte contraria, en ese mismo sentido también lo contempla el Art. 310 del CPCM.

Para Lino Palacios, el objeto de la Confesión debe versar sobre: i) "Hechos controvertidos, pues no cabe producir prueba alguna sino sobre hechos respecto de los cuales no hubiere conformidad entre las partes; ii) Hechos verosímiles, o sea conformes a las leyes de la naturaleza; iii) Hechos no excluidos expresamente por la ley como materia de confesión", y en caso de la no comparecencia del solicitado, esos hechos personales sobre los cuales se cuestionan se tendrán por aceptados, será el cuestionario o interrogatorio que agregue por escrito el peticionario, el que dará pie a la confesión, pero si en su momento se solicita la declaración de parte contraria y esta asiste al señalamiento, la parte requirente hará las preguntas oralmente auxiliado por su mente o bien en su caso auxiliarse por cuestionario escrito; pues bien, el problema se plantea cuando la parte requerida para rendir su declaración no asiste al Tribunal, ya que en este caso, surge la pregunta de cómo operará o se procederá para que el Juez tenga por aceptados los hechos personales, atribuidos por la parte solicitante. Ante tal vacío legal, se considera que frente a esa situación eventual, el peticionario en su escrito en que pide la comparecencia o por separado deberá agregar por escrito su cuestionario o interrogatorio, conteniendo las preguntas para que en su momento obre los efectos legales. Avala esta solución a tal vacío legal, el contenido del artículo 355 C.P.C.M, en el sentido de que cuando la declaración de parte se recibe en el domicilio de la parte que va a declarar, y la parte interrogante no puede asistir por cualquiera de los motivos señalados en la ley, las preguntas se harán por escrito que deberá presentar la parte requirente. Siendo entonces que no habría base o antecedente en donde consten los hechos personales que se tendrían por aceptados por inasistencia de la parte, según el artículo 347 C.P.C.M, estos no podrán presumirse, éste medio probatorio sirve para que el solicitado acepte su responsabilidad en el caso de daños y perjuicios, pero debe de establecerse que se pretende probar con dicho medio probatorio

Declaración de Parte Contraria, el Art. 353 CPCM textualmente dice: "*El Juez o tribunal, podrá considerar como ciertos los hechos que una par-*

*te haya reconocido en la contestación al interrogatorio, si en ellos hubiera intervenido personalmente, siempre que a tal reconocimiento no se oponga el resultado de las otras pruebas. En lo demás, el resultado de la declaración se apreciará conforme a las reglas de la sana crítica.*”, esta disposición contempla dos sistemas diferentes a efecto de valorar el mismo medio de prueba, pues por una parte, el inciso primero establece que el juez valorará como ciertos los hechos reconocidos siempre que fueran personales y perjudiciales al declarante, cuando éstos no se opongan a las otras pruebas, es decir, que no se valoran libremente o conforme a las reglas de la sana crítica, prescindiendo de la convicción del juez, sino que se regula un sistema de prueba legal o tasada; y, por otra parte, el inciso segundo señala que “en lo demás...” es decir, cuando no se trate de hechos personales o perjudiciales o cuando lo reconocido se oponga a los demás medios de prueba, el valor tasado de la declaración de parte contraria cede y queda sin efecto, abriendo paso a una valoración conjunta con todas las otras pruebas conforme a las reglas de la sana crítica, pero que deben en consecuencia estar acordes con los otros medios de prueba presentados, por ejemplo relacionado con la prueba documental, por lo que este medio probatorio tanto el de declaración de parte y de parte contraria no es muy utilizado para probar los daños y perjuicios, pues existen otros medios que son más idóneos, no implica que no se puedan usar, siempre y cuando sirvan para poder demostrar el lucro cesante y el daño emergente. Peritaje, los Art. 380 y 381 CPCM; en síntesis, expresan ambas disposiciones legales que las partes podrán PROPONER el nombramiento de un perito judicial, cuyo dictamen consideren necesario o adecuado para la mejor defensa de sus intereses, y se hará, por regla general, indicándolo o proponiéndolo en el correspondiente escrito de alegación inicial; no obstante también es procedente su solicitud en la Audiencia Preparatoria o en la Audiencia Única del Proceso Abreviado en su caso, cuando se vuelva necesario en razón de la fijación de los términos del debate, pero en cualquiera de los casos el Juzgador deberá considerar la pertinencia y utilidad del peritaje judicial propuesto para admitirlo y posterior nombramiento del perito. En ese mismo orden, este medio probatorio resulta de importancia y necesidad para probar la pretensión respecto a los daños y perjuicios, muchas veces es necesario un peritaje contable, para ver la erogación económica por el daño causado, y lo que se ha dejado de percibir. En conclusión la prueba idónea para probar los daños y perjuicios es toda prueba que sea útil y no olvide que será el juzgador quien determine dicha situación, no obstante que los juzgadores deben de analizar y valorar toda la prueba que desfile, sin embargo es de aclarar si una pretensión es de pago de daños y perjuicios la prueba aportada debe de ir encaminada a establecer si realmente ha existido un daño en contra de la demandante. No debiendo olvidar que hay prueba que si son de trascendencia según sea el caso, tal como ha quedado apuntado.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI Rodríguez, Arturo, *"De la Responsabilidad Extra-contractual en el Derecho Civil Chileno"* (Santiago, Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda., año 1983), Tomo I; págs. 251 a 289.
- ARNAU MOYA, Federico. *Nociones de Derecho Civil II, Obligaciones y Contratos*. Publicacions de la Universitat Jaume I. Servei de Comunicació Publicacions Campus del Riu Sec. Edifici Rectorat i Serveis Centrals. 2007. Castelló de la Plana <http://www.tenda.uji.es> e-mail: [publicacions@uji.es](mailto:publicacions@uji.es). ISBN: 978-84-691-5640-7, Pag. 6.
- CABANELLAS, Guillermo. *"Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual"* Tomo III D-E, Editorial Heliasta S.R.L. Libro de Edición Argentina, 21ª. Edición, 1989, Buenos Aires
- CABAÑAS GARCIA, Juan Carlos; GARDERES, Santiago y Otros. *"Código Procesal Civil y Mercantil. Comentado"*. Consejo Nacional de la Judicatura. Talleres Gráficos UCA. Primera Edición. Junio 2010. El Salvador.
- CARDOSO ISAZA, Jorge. *"Pruebas Judiciales"*. Cuarta Edición, Librería del profesional, Bogotá, Colombia 1986.
- CASTÁN TOBERÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, T. III, *Derecho de Obligaciones* (rev. García Cantero, G.) Madrid, Reus, 1992.
- CHIOVENDA José, *"Principios de Derecho Procesal"*, Vol. I, Reus S.A., Madrid, 1925, p. 1 y siguientes.
- CHIOVENDA, José. *"Principios de Derecho Procesal Civil"*. Tomo II. Editorial Reus, S.A., Madrid, España, 1925
- DEVIS ECHANDIA. Hernando, *"Compendio de Prueba"*. S.ED. Temis, Buenos Aires, Argentina, 1969.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés. *"Derecho sanitario y responsabilidad médica"*, 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 76-8

- DIEZ PICAZO, Luis. "Sistema de Derecho Civil Volumen II" Editorial Tecnos, S.A. 1976, Madrid España, Sexta Edición
- ESCUELA DE CAPACITACIÓN JUDICIAL, "Código Procesal Civil y Mercantil Comentado" Edición 2016, Imprenta y Offset Ricaldone, ISBN 978-99961-994-0-0.
- GRANADOS REYES, Deysi Noemí; Lidia Teresa, LEMUS FLORES y Bessi Guadalupe, PORTILLO RIVAS. "Medios de Prueba". Tesis de grado, Facultad Ciencias Jurídicas, Universidad Francisco Gavidia, San Salvador, El Salvador, 2007
- LOPEZ SANTA MARIA, Jorge, "Los Contratos, Parte General", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.
- MEZA BARROS, Ramón, "Manual de Derecho Civil, De Las Fuentes de las Obligaciones". Tomo I, 8ª Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1995.
- MONTERO AROCA, Juan. "El Nuevo Proceso Civil". Editorial Tirant lo bIIIanch, Valencia, 2000 Pag. 271
- OSSORIO, Manuel, "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales", primera edición electrónica, Datascan, S.A, Guatemala, S.F.,
- OSPINA FERNANDEZ, Guillermo y Otro "TEORIA GENERAL DEL CONTRATO Y DE LOS DEMAS ACTOS O NEGOCIOS JURIDICOS". Editorial Temis S.A. Santa Fé de Bogotá 1994
- PALACIO, Lino Enrique. "Manual de Derecho Procesal Civil". 17 Edición. Abeledo Perrot. Buenos Aires, Argentina, 2003
- POTHIER R.J.: Tratado de Las Obligaciones, Editorial Helias-ta S.R.L., Buenos Aires. República de Argentina.
- PLANIOL, Marcel: Derecho Civil. Editorial Harla, Volumen 8, Clásicos del Derecho. 3ra Edición. París. Francia.
- RODRIGUEZ GREZ, Pablo, "Responsabilidad extracontractual", Santiago, Chile, Editorial Jurídica, año 1999, págs. 80 a 98.

- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. "CURSO DE DERECHO CIVIL". Tomo III, De Las Obligaciones. Editorial Nascimento, Santiago, Chile 1941.
- SOMARRIVA, Manuel y Otros, "Tratado de Derecho Civil. Partes Preliminar y General. Explicaciones Basadas en las Versiones de Clases de los Profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri R. Y Manuel Somarriva U., Redactadas, Ampliadas y Actualizadas Por Antonio Vodanovic H." Tomo Primero. Dislexia Virtual
- TORRES MATEOS, M. A.: *Responsabilidad individual y solidaria*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 1ª Edición, 2007; *Responsabilidad Civil I: Causas y Quantum Indemnizatorio*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 1ª Edición, 2007 y *Responsabilidad Civil II Daños Personales y Quantum Indemnizatorio*.
- ZUNIGA VELIS, Roman Gilberto, VELASCO ZELAYA, Mauricio Ernesto. Y otros. "El Nuevo PROCESO Civil y Mercantil Salvadoreño" Colección Jurídica, Universidad Tecnológica de El Salvador. Primera Edición 2010. El Salvador.

#### **SITIOS DE INTERNET:**

- [https://issuu.com/rodrigorivas3/docs/derecho\\_civil\\_ii\\_-\\_jose\\_cisterna\\_y\\_/135](https://issuu.com/rodrigorivas3/docs/derecho_civil_ii_-_jose_cisterna_y_/135)
- [file:///C:/Users/ivonn/Downloads/Tendencias%20Modernas%20sobre%20Responsabilidad%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/ivonn/Downloads/Tendencias%20Modernas%20sobre%20Responsabilidad%20(2).pdf)
- [http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmtcwNDtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzA0uQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAZ3N9\\_jUAAAA=WKE](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmtcwNDtbLUouLM_DxbIwMDCwNzA0uQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAZ3N9_jUAAAA=WKE)

#### **TESIS:**

- VALLE, LEONE FRANCISCO; "LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL" Tesis Doctoral para optar al Título de

Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, C.A., 1978

**NORMATIVA:**

- Código Civil Salvadoreño.
- Código Procesal Civil y Mercantil

**LA PROTECCIÓN DEL TERCERO EN OCASIÓN DE LA  
DECLARATORIA DE NULIDAD DE UNA COMPRAVENTA  
DE INMUEBLE. COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA SALA  
DE LO CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CON LA  
QUE RESOLVIÓ LA INDIGNIDAD DE UN HEREDERO  
Y SUS EFECTOS EN LA NULIDAD DE ESE CONTRATO<sup>1</sup>.  
Caso marcado con REF: 9-CAC-2017**

Dr. Javier Antonio Tobar Rodríguez\*

**SUMARIO**

1.- Introducción. 2.- En síntesis: descripción del problema planteado y de la solución jurídica aplicada en el proceso. 2.1.- Estructura de la sentencia. 2.2.- tesis de la parte actora, 2.2.1-tesis de la parte demandada. 2.2.2-tesis de la Sala de lo Civil. 2.2.3.- Número de páginas de la sentencia vs. Contenido sustancial de la misma. 3- Un nuevo precedente en derecho sucesorio y el derecho de los terceros. 3.1.- La idea del precedente. 3.2-El efecto irradiante de la decisión debido a un problema emergente. 3.3.- El impacto socio-económico de la decisión. 3.4.- La unanimidad en la toma de la decisión por los miembros del tribunal. 3.5.- La permeabilidad de diversas fuentes del derecho en la motivación de la sentencia por anuencia del tribunal. 3.6.- La conformación del tribunal casacional y su influencia en la decisión. 3.6.1.- La colaboración de "La Corte Junior". 3.6.2.- Un "parteaguas" en la forma de resolver. 3.6.2.1. revisión de decisiones anteriores. 3.6.2.2.- "El llamado jurisprudencial": doctrina, precedente, obiter dictum. 3.6.2.3.- La continuidad del trabajo jurisprudencial como garantía de la seguridad jurídica. 4.- Una situación difícil a decidir: la nulidad de los actos que afectan derechos de terceros. 4.1.- Consideración estratégica jurisprudencial de cara a enfrentar conductas irregulares en el tráfico inmobiliario. 5.- Posibles efectos derivados del fallo (otros ámbitos de aplicación de la sentencia). 6.- Los valores que inspiran el fallo. 7.- Corolarios.

**Resumen:** en el presente trabajo se comentará la sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador

---

\* Abogado y notario salvadoreño. Magistrado suplente de la Corte Centroamericana de Justicia, asistente y letrado de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador y de la misma Corte, exbecario IIE y UC3M. javierantoniobar@gmail.com

citada en el título. Se analizará la crisis de la buena fe presente en la sociedad salvadoreña y traducida en la falta de confianza de quienes la conformamos; sus manifestaciones por el fraude, abuso o ilegalidad manifestados en las conductas de algunos sujetos. La adquisición de bienes inmuebles no está exenta de estos problemas. Cuáles pueden ser las soluciones a estas situaciones y más cuando segundos o terceros adquirentes de estos bienes no han participado de estos medios en la celebración de actos irregulares, en cuyo caso, hasta qué punto puede protegérseles. Los aspectos que dicha sentencia aborda, también serán mencionados en éstos.

Se concluye que la Buena fe, nulidad del contrato, la protección de terceros, la onerosidad en el negocio, así como la seguridad registral y la importancia de los hechos que envuelven la adquisición de un bien son, entre otros, temas de vital importancia para proteger el derecho de propiedad como fundamento económico y social.

**Palabras Claves:** buena fe, derecho comparado, precedente, indignidad, Tercero de buena fe, solidaridad y apariencia jurídica.

## **1. INTRODUCCIÓN**

Los presentes comentarios se han elaborado siguiendo la guía de trabajo que el Director de la Escuela de Capacitación Judicial, Lic. José Fernando Marroquín Galo y su equipo de trabajo, Lic. César Castaneda y Juana Jeanneth Corvera Rivas han facilitado a quienes participamos de esta iniciativa formativa<sup>2</sup>, el cual constituye un excelente mecanismo fundado en la más reconocida doctrina que citan en el mismo<sup>3</sup>. En fin constituye un esfuerzo institucional orientado a incentivar el análisis de las sentencias, reflexionar el quehacer judicial y su influencia en nuestra vida en sociedad.

Aclaremos que en estos comentarios a la sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema no se repetirá todo su contenido, porque ya en la misma se explica. Invitamos a los lectores de este comentario a leerla y si tienen a bien, acompañarla de este trabajo. Aportaremos otros elementos que acompañen su lectura y reflexión.

## **2. EN SÍNTESIS: DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA PLANTEADO Y DE LA SOLUCIÓN JURÍDICA APLICADA EN EL PROCESO**

Se recomienda a nuestros lectores primeramente dar lectura a la sentencia y posteriormente acompañarla de este trabajo.

- a- El problema explicado en síntesis consiste en:  
Acceder a declarar judicialmente la indignidad de la demandada lleva a que deje de ser heredera ab intestado del causante, consecuentemente, pronunciar la nulidad de contratos de compraventa celebrados por ella y con los que transfirió bienes inmuebles adquiridos por herencia a compradores y éstos a nuevos adquirentes, en cuyo punto medular, se corre el riesgo de atentar contra la buena fe de éstos, la apariencia y seguridad jurídica registral sobre las que se funda la adquisición de este tipo de bienes.  
Insistimos, el tráfico inmobiliario se sustenta en la buena fe y en la seguridad jurídica registral, por eso, declarar la nulidad supondría poner en riesgo dicho tráfico; pero no hacerlo, hubiese significado a fin de cuentas convalidar los efectos de la indignidad, aunque no hubiese sido cometida por terceros. Habiendo sido preferible, que éstos, privados ya de un bien, persiguiesen a la indigna, antes que aceptar que el propietario y legítimo adquirente por herencia per-

diese, aún más, la propiedad "usurpada" por la indigna. Explicaremos más abajo lo sucedido en el caso.

b- Resumen del caso:

La señora X obtuvo disposición testamentaria a su favor, otorgada fraudulentamente ante los oficios de un notario<sup>4</sup>, en ocasión que el testador se hallaba gravemente enfermo y a punto de fallecer, suplantándose su voluntad; por tal razón se declaró judicialmente la nulidad del acto. Aquella adquirió bienes inmuebles por herencia, los que no devolvió a razón de la nulidad. Un segundo heredero obtuvo posteriormente sentencia que lo declaró como tal ab intestato en compañía de la señora X, por haber sido declarada a posteriori conviviente del causante por sentencia emitida por juez de familia, recuérdese que ella había sido excluida de la herencia testamentaria por la aludida nulidad. Ella vendió, hipotecó bienes inmuebles que fueron propiedad del causante y además, permitió que otro sujeto habitase una casa también adquirida por este medio.

La cuestionable sospecha que envolvió la disposición testamentaria declarada nula judicialmente sirvió de antecedente a la demanda de indignidad que el otro heredero planteó contra ella. Este heredero adquirió los derechos sucesorios de los padres del causante.

Los sujetos demandados no supieron explicar suficientemente cómo fue que adquirieron los derechos sobre los bienes inmuebles que adquirieron u obtuvieron su habitación, no bastando una simple alegación de actuar de buena fe, dadas las especiales circunstancias que empañaron la sucesión del causante. Situación *sui generis*, porque por regla general, la buena fe se presume; pero una lectura de los hechos en consideración del contexto social que El Salvador vive, de crisis de la buena fe, llevaron al tribunal casacional a ponderar si proteger el derecho de propiedad del heredero demandante o tener por protegido el derecho de propiedad de los terceros adquirentes de los inmuebles transferidos y originariamente devenidos de la sucesión irregular.

Al final, se protegió el derecho del propietario libre de sospecha fraudulenta, es decir, al heredero demandante.

Una decisión realmente nada fácil de atajar.

## 2.1 Estructura de la sentencia

Conviene explicar la composición de la estructura de la sentencia, aunque no extensamente, porque estos comentarios no se concentran únicamente en este tema.

Básicamente, la sentencia objeto de estos comentarios, tiene la fisonomía de una novela: exposición, nudo y desenlace.

Primeramente se expone la identidad de las partes que discuten sus derechos en las dos instancias previas a la casación. No existe casación *per saltum*, por eso, en toda sentencia de casación salvadoreña en materia civil, mercantil, ambiental, social (familia, laboral), la decisión del tribunal casacional estará precedida de dos decisiones. En la sentencia de casación se transcriben los fallos o decisiones que los jueces han pronunciado.

Acto seguido, se transcribe o en el mejor de los casos, se expone brevemente los elementos importantes del recurso de casación que el recurrente interpuso. Insistimos que se prefiere parafrasear o resumir las ideas del recurrente antes que transcribir<sup>5</sup>.

Luego, se realiza un resumen del caso.

Posteriormente, se procede a resolver cada uno de los argumentos de casación que el recurrente interpuso, dándosele respuesta y decidiendo si ha lugar a casar la sentencia o rechazándose lo que aquél ha propuesto como supuesta infracción cometida por el tribunal de segunda instancia que decidió el litigio<sup>6</sup>.

Si con arreglo a lo dicho en el párrafo anterior, la Sala decidiera casar la sentencia por algún argumento, consecuentemente podrá realizar un análisis de instancia y referirse sobre el fondo de lo discutido en las instancias anteriores para decidir las peticiones que el actor expresó en su demanda en relación a las resistencias de la contraparte<sup>7</sup>.

En la sentencia, la Sala analiza la disposición principal fundamento de la pretensión recurriendo al análisis lógico de la disposición jurídica, considerando su estructura normativa<sup>8</sup>. Se determina que la indignidad es la consecuencia jurídica de los supuestos representados por los verbos: "*obtener, impedir y variar*".

Al verbo: "*obtener*" contenido en el supuesto legal se le asignó un significado axiológico con arreglo a los hechos fundamento de la pretensión<sup>9</sup>. Este significado es presunto en algunos párrafos y expreso en otros argumentos de la sentencia y consiste en que el derecho respalda el enriquecimiento con justa causa y desprecia

al sujeto que se aprovecha de las circunstancias, que pasando por sobre los derechos del otros, sin su consideración, se enriquece, a toda costa y planea, conspira con actos conducentes a enriquecerse en perjuicio de otros. Como se demostró que otros sujetos tuvieron que haber participado en tal "conflagración jurídica" y hay sujetos que se han aprovechado de ello, prácticamente se les aplica, aunque no se dice expresamente, una suerte de solidaridad en la responsabilidad civil en todos aquellos adquirentes de los inmuebles que en algún momento integraron el patrimonio del causante. Porque todos reciben una consecuencia de la sentencia, en tanto que no convencieron que la adquisición de su derecho de propiedad estuvo exenta de "la sombra irregular" que envolvió la adquisición de la propiedad por parte de la indigna.

El anterior contenido axiológico se ve robustecido<sup>10</sup> cuando se relacionan la pretensión de extinción de dominio recogida en la legislación nacional y al evaluar el derecho del tercero, inmerso en esta circunstancia, se termina repudiando todos aquellos actos que pudieran resultar inexplicables a la luz de los hechos y pongan en duda la buena fe, que por las circunstancias irregulares en que se heredó, las adquisiciones de los bienes inmuebles objeto de la nulidad y demás reclamaciones deben justificarse. De esta forma, el tercero para ser protegido debe manifestar hechos que hagan verosímil la buena fe.

## **2.2 Tesis de la parte actora**

La parte actora presentó demanda en la que solicitó se declarase que la señora X, heredera intestada del señor Y, es indigna de sucederlo por haber obtenido bienes sucesorales mediante el empleo del dolo. Consecuentemente se pronunciara la nulidad de contratos de compraventa e hipotecas por ella celebrados con otras personas respecto de los bienes sucesorales y cancelaran registros de los derechos de propiedad que ella adquirió.

En fin, se entregaran todos los bienes al heredero que instó la demanda.

### **2.2.1 Tesis de la parte demandada**

La parte demandada en verdad estaba configurada por varios sujetos, los que manifestaron negar lo expuesto en la demanda.

Al menos uno de los sujetos se defendió exigiendo que se tomase en consideración la buena fe y la seguridad jurídica registral.

### 2.2.2 Tesis de la Sala de lo Civil

El término tesis en la materia que nos ocupa también ha sido empleado por el Suprema Corte de Justicia de la Nación, México<sup>11</sup> y por la Corte Suprema de Justicia de El Salvador<sup>12</sup>. Es una tesis porque constituye una proposición jurídica que se mantiene con razonamientos, además, recoge opiniones<sup>13</sup>.

En verdad, la Sala de lo Civil recoge varias tesis en esta sentencia y que las precisaremos cuando se expresen los corolarios, al final de este trabajo.

Se sostiene que el conocimiento de los hechos por parte de los sujetos involucrados en lo discutido constituye un elemento a considerar en el análisis de las consecuencias jurídicas de la indignidad y la nulidad contractual<sup>14</sup>.

El tribunal de casación realiza el análisis de los hechos que sirven de fundamento a la pretensión de indignidad ejercida contra la señora X y para esto, realiza una relectura de los hechos que se discutieron y probaron en otro proceso.

Cabe increpar si esta relectura ha significado una apertura de una causa fenecida. Lo cierto es que no, porque simplemente se tomó de base para analizar la indignidad hechos ya demostrados.

La inclinación a exigir al tercero aportase más probanzas que justificasen su buena fe devino de que se pensó en el alcance de los actos de la demandada que resultó tildada de indigna, por cuanto se vio que actuó orquestadamente para apropiarse de bienes inmuebles irregularmente.

La falta de buena fe observada en el comportamiento de la heredera indigna cuando obtuvo disposición testamentaria únicamente a su favor, excluyendo a los parientes del causante, contribuyendo a suplantar su consentimiento, cuando solo él podía darlo y sin un hecho que lo vinculase con el fallecido, al momento de haberse celebrado el testamento fraudulento, llevaron a describir la falta de buena fe como un acto de avaricia y falta de solidaridad para con la familia del causante, de quien se esperaría, regularmente, que compartiera el haber sucesoral, si hubiera testamento válido<sup>15</sup>.

### 2.2.3 Número de páginas de la sentencia vs. Contenido sustancial de la misma

La sentencia objeto de estos comentarios tiene 50 páginas. La mayoría de páginas están dedicadas a contraponer ideas, verter argumentos y contraargumentos, externar elementos de prueba.

Esto indica el nivel de profundidad y dedicación que el tribunal ha entregado al análisis del caso. No es lo mismo que una sentencia haya dedicado un sinnúmero de páginas a repetir literalmente lo que las partes e instancias previas "dijeron" a que se vierta contenido propio, resultado de investigaciones.

El contenido de la sentencia viene anunciado por los epígrafes de la sentencia, que adelantan el tema de análisis que el tribunal aborda, por ejemplo, "la protección del tercero adquirente" en diversas legislaciones extranjeras: España, Perú, Italia, México, Argentina, El Salvador. Lo mismo podemos decir del análisis pormenorizado del dolo y la indignidad.

En ese sentido, con esta jurisprudencia se complementa el significado de las disposiciones jurídicas de las legislaciones citadas, v.gr. el Código Civil, volviéndolo un derecho vivo, actualizando su significado.

### **3. UN NUEVO PRECEDENTE EN DERECHO SUCESORIO Y EL DERECHO DE LOS TERCEROS**

En esta sentencia se abordan varios aspectos tendentes a explicar la relación entre el derecho sucesorio, la indignidad, la adquisición de la propiedad por herencia y los derechos de un adquirente de un bien inmueble que integró el patrimonio del causante.

Se defiende la libertad de testar ante la adquisición fraudulenta de bienes sucesorales<sup>16</sup>.

Se considera que hubo abuso del derecho de quien nuevamente busca heredar a un causante, esta vez abintestato, cuando previamente heredó usando una disposición testamentaria fraudulenta y haya sido privada de los bienes sucesorales por nulidad del testamento a causa de su participación en el escenario en que supuestamente se emitió<sup>17</sup>.

En la sentencia la expectativa del actuar moral y jurídicamente se funden, cuando la explicación última de la conducta jurídicamente reprochable a la demandada, la indigna, recae en una también apreciación moral, lo que repercute en alguna medida en los derechos terceros adquirentes<sup>18</sup>.

La indignidad riñe contra la memoria del causante, declararla repara –en parte– la ofensa, a esta conclusión se llegó, por la Sala, cuando argumentó el actuar de la demandada:

«...su accionar orientado a obtener disposición testamentaria como vehículo "jurídico" de apropiación indebida de los derechos

y bienes del causante y ante la declaratoria de nulidad de aquella, perpetuar esa propiedad, mediante la declaratoria de heredera *ab intestato* constituye un despojo de aquéllos en perjuicio de quienes auténticamente gozaban de vocación sucesoria y a la vez, representa una afrenta a la memoria del causante.»

### **3.1 La idea del precedente**

La Sala de lo Civil al igual que la Corte Suprema de Justicia y la Sala de lo Constitucional ha recogido la idea del precedente como forma de trabajar las decisiones y la jurisprudencia. La idea se asoma en la conformación de magistrados del año 2009, acentuada aún más en los años posteriores, por dirección de la presidencia de la Sala y aceptada por los magistrados que integran el tribunal.

El tribunal busca ser consciente que una sola decisión que adoptar marca un paso importante en la línea jurisprudencial y desprende efectos en el mismo, que debe seguirse la línea, en caso de apartarse de ella debe razonarse las razones de la discrepancia e indicar claramente por qué el cambio se experimenta. Se busca modular los efectos del precedente para no vulnerar derechos adquiridos, siguiendo el principio de prohibición de aplicación retroactiva de la ley; aunque, en ocasiones no queda más que aplicar los efectos de la decisión como consecuencia al acto practicado por el particular que ha resultado perdidoso.

Paralelamente a la idea del precedente, por primera vez en la existencia del tribunal se ha dado aplicación a la conformación de la doctrina legal<sup>19</sup>, la que ha sido publicitada<sup>20</sup>.

Pocas sentencias civiles domésticas en sede casacional han abordado extensivamente la definición del “dolo” y menos aun tratándose de la indignidad.

Contemporáneamente, no se había tratado abundantemente el tema de la indignidad en dicha sede.

### **3.2 El efecto irradiante de la decisión debido a un problema emergente**

Debe considerarse que la organización de la estructura de los tribunales judiciales salvadoreños es piramidal. En su base se ubican los tribunales de primera instancia y su número suele ser muy superior al de los que conforman la segunda instancia. Más arriba de las dos instancias, se encuentra un grado de conocimiento que controla la aplicación del derecho objetivo: el tribunal de casación.

Que no es una instancia, sino el tribunal que controla el respeto de las fuentes de derecho objetivo, protege la legalidad. Claro, supone también interpretar y aplicar la Constitución y ejercer asimismo el control de convencionalidad. Pero, insistiremos, para evitar extravíos en este hilo discursivo, que la misión encomendada es preservar el respeto de la legalidad.

Con lo anteriormente expresado, que nos sirve de premisa, señalamos que en primera instancia se presenta el mayor número de casos y casuística, mucho más de la que pudiera presentarse en casación, por solamente recibir aquellos casos en que hubiese sido interpuesto un recurso de casación en los casos que previamente han sido discutidos en primera y segunda instancia.

El verdadero efecto irradiante de la decisión de casación podría verse si el tribunal de casación habiendo convencido con sus argumentos indujera a los tribunales que conocen en mayor número supuestos jurídicos y les aplicase la interpretación y aplicación de los principios, valores y reglas contenidas en esta sentencia. Los titulares de estos tribunales serían los primeros llamados a confrontar sus ideas con los argumentos jurisprudenciales expuestos en esta decisión y si los compartieran, contribuirían a extender esas normas jurisprudenciales a casos que se les presentasen.

Asimismo, los justiciables que desearan exigir derechos, reprimir una conducta indeseable como la que un indigno presentare, podrán encontrar en la sentencia argumentos para formular su demanda y exigir a los tribunales la confrontación de ideas relacionadas en el párrafo anterior. Que el tribunal de primera o segunda instancia deba referirse a un precedente puede constituir una vía para generar el diálogo entre tribunales y repensar ideas, de cuyo resultado depuremos conceptos en sociedad y definamos las normas que regirán nuestra vida en colectividad. Esta faena completaría el realizado por los legisladores.

### **3.3 El impacto socio-económico de la decisión**

La sentencia incide en la suerte de la propiedad inmobiliaria, porque los adquirentes de un inmueble además de examinar la situación jurídica del bien que desearan comprar, deberían indagar la situación jurídica del vendedor. De lo contrario, podrían colocarse en la situación de comprar involuntariamente un litigio, porque si se ven privados del bien, como en este caso, tendrán de deducir responsabilidades ante los tribunales o se las podrían deducir.

Si no tuviéramos los niveles de irregularidad jurídica que vivimos, la sentencia hubiese sido pronunciada en otros términos, muy probablemente, potenciando aún más la buena fe del tercero y más precisamente del segundo adquirente del bien inmueble, sin exigencia de argumentos o pruebas tendentes a demostrar cómo se adquirió el inmueble cuyo negocio es cuestionado.

### **3.4 La unanimidad en la toma de la decisión por los miembros del tribunal**

La decisión comentada fue adoptada por los tres magistrados que conforman la Sala de lo Civil. Ciertamente, que todos los magistrados decidieran en igual sentido, sin discrepancia alguna, evidencia uniformidad en la apreciación de los hechos por los que la parte actora reclamó que se declarase la indignidad de una de herederas del causante, lo que dio lugar a que esa situación surtiera también efectos al examinar si procedía declarar la nulidad de contratos y dejar sin efecto el derecho de propiedad de los nuevos adquirentes.

En ese sentido, la unanimidad del tribunal supuso también una toma de postura axiológica ante el resultado del examen de la conducta de la heredera tildada de indigna. Asimismo, la decisión supuso realizar una ponderación de los diferentes derechos convergentes en este litigio y que son: los intereses de la parte actora en calidad de heredero del causante, el interés de la heredera demandada por indignidad y nulidades contractuales. El interés de los adquirentes de los inmuebles vendidos por la heredera demandada y tildada por indignidad.

### **3.5 La permeabilidad de diversas fuentes del derecho en la motivación de la sentencia por ausencia del tribunal**

En la sentencia que trata de la aplicación de una disposición contenida en el Código Civil para resolver un caso planteado, la Sala no solamente se concentró en examinarla en solitario, sino que para este propósito echo mano de legislación internacional que ofrecía soluciones al supuesto en discusión. En el esfuerzo interpretativo que emprendió, el tribunal también hizo acopio de La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías para explicar el problema que supuso la celebración de los contratos de compraventa de los inmuebles en condiciones irregulares y la vez, citó la jurisprudencia marcada bajo referencia: 493-CAC-2016, literal c).

De esta manera, en la sentencia se buscó citar “estándares” internacionales que explicasen la toma de la decisión.

### **3.6 La conformación del tribunal casacional y su influencia en la decisión**

El tribunal de casación está conformado por magistrados que reúnen diferentes perfiles profesionales y a su vez influenciados por diversas ramas del derecho. Uno de los magistrados, en especial, conserva su inclinación por el Derecho Penal, aunque todos ellos son versados en esta materia y otras. En otras latitudes (v.gr. Colombia) a los iusprivatistas se nos acusa de no ver delito o ilícitos donde sí los hay, es decir, que ante la infracción somos genuflexos. Este sincretismo dogmático en este caso permitió robustecer aún más la definición del dolo en la conducta de la demandada y a la vez discernir los efectos en las nulidades al punto de darle una lectura social a la buena fe y con ello, delimitar la protección de los terceros adquirentes de los bienes inmuebles.

#### **3.6.1 La colaboración de “La Corte Junior”**

Como en todas las cortes, los titulares de los tribunales cuentan con auxiliares (Letrados) en su quehacer, esta ayuda resulta más acuciante tratándose de entidades que requieren de personal con alto perfil jurídico y cuyo ritmo de trabajo es exigente, acelerado, demandante por el número de casos que van en aumento y cada vez más complejos y complicados.

La confianza en el profesionalismo de los asesores del tribunal permite generar un mecanismo de trabajo en condiciones de confianza y posibilita al tribunal emplear un número amplio de recursos en la sentencia, como pueden ser, aproximación a un estudio de derecho comparado del tema a decidir, cita de doctrina y jurisprudencia aplicable al caso.

En ese sentido, en la sentencia se cita alguna jurisprudencia relevante, doctrina y legislación extranjera que permitiera explicar la problemática y las soluciones a adoptar, buscando la mejor decisión posible.

“Las Cortes Junior” contribuyen a realizar esta labor de selección, multiplicando las fuerzas de los titulares del tribunal, sin cuya ayuda no alcanzaría el tiempo ni la vida para cubrir las exigencias jurisprudenciales modernas. Normalmente, en otros países, una sentencia que recoge por ejemplo cien páginas es construida por

varios Letrados, Colaboradores o Auxiliares, en El Salvador eso no suele suceder en sede civil. Comúnmente es una persona quien la trabaja operativamente, en el mejor de los casos y más en los complejos y complicados, se discuten ciertos temas con los compañeros más versados en los tópicos a tratar en la sentencia. Claro está, los magistrados deciden.

La sola búsqueda de información conocida toma tiempo, que puede ser bastante, cuando no se tiene a la mano, aunque se sepa su existencia y domine su contenido. Tomará mucho más esfuerzo y tiempo cuando se trate de investigar más sobre el tema. Esta sentencia contrasta información, toma en consideración visiones suramericanas, española e italiana. No solamente describe; sino que contrapone ideas y contextualizarlas o "tropicalizarlas" a nuestra sociedad lleva aún más recursos.

"La Corte Junior" presenta el caso a los magistrados en sesión de casación en la que se discute abiertamente. La presentación del caso supuso haber realizado un examen axiológico, dogmático y filosófico para acercarse a entender los hechos, las conductas de las partes materiales y sus consecuencias jurídicas. Las luchas de las diferentes tesis de estos tópicos se suscitan en la mente de esta corte, primeramente.

### 3.6.2 Un "parteaguas" en la forma de resolver

El Centro de Documentación de la Corte Suprema de Justicia realiza el esfuerzo de recopilar las decisiones judiciales y procesar su información para poner a disposición su contenido a la población en general. En ella encontrarán sentencias de la Sala que se remontan a mucho más de una década.

Resulta enriquecedor comparar la forma de trabajo de la Sala en diversas conformaciones y apreciar que el desarrollo del quehacer jurisprudencial ha experimentado un desarrollo al cabo que ahora la Sala cita sus propias sentencias, reexamina sus precedentes y anuncia cuándo los cambia, si fuese el caso o la existencia de una doctrina legal.

Se emplean todo tipo de recursos para explicar los hechos y el derecho, desde la Filosofía del Derecho, la Historia, el Derecho Comparado, doctrina y jurisprudencia extranjera. La Sala de lo Civil cita la doctrina de los expositores del derecho porque reconoce la valía de la propiedad intelectual de quien expuso sus ideas por escrito.

### 3.6.2.1 Revisión de decisiones anteriores

La Sala de lo Civil, tal como lo verificó en este caso, reexaminó decisiones que previamente había pronunciado.

La acotación de las decisiones y el reexamen de las mismas suponen un ánimo de humildad, porque se sabe que el derecho evoluciona y las decisiones deben acoplarse a esta situación. Si no se hubiese examinado la decisión, quizá se hubiera resuelto sin considerar los intereses de los terceros, aspecto que en otros juicios de nulidad no se había abordado con la extensión que aquí se dijo.

### 3.6.2.2 "El llamado jurisprudencial": doctrina, precedente, *obiter dictum*

La Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia pronunció decisiones, sentencias y en su caso autos, en procesos de sucesión, cuyas referencias, fechas de emisión y asuntos decididos se resumen a continuación: 1- referencia: 107-CAC-2010, de fecha: diez horas del catorce de julio de dos mil diez, se declaró inadmisibile el recurso<sup>21</sup>; 2- referencia: 284-CAC-2009 , de fecha: veintitrés de julio de dos mil diez, se pronunció sentencia rechazando la pretensión de nulidad del testamento por supuesto vicio por fuerza ejercida en el consentimiento de la testadora<sup>22</sup>. 3.- referencia: 138-CAC-2010, fecha: quince de julio de dos mil once, por la que declaró no ha lugar a casar la sentencia<sup>23</sup>. 4.- referencia: 76-CAC-2014, uno de junio de dos mil dieciséis, se casó la sentencia interlocutoria pronunciada por el tribunal de segunda instancia, por infracción a un derecho procesal y se le ordenó conociera del asunto, en fin, no se pronunció aspecto de fondo alguno<sup>24</sup>. 5.- referencia: 329-CAC-2014, de fecha: veinticuatro de junio de dos mil dieciséis, admitió el recurso de casación<sup>25</sup>, lo que habilitó a que la Sala pronunciase sentencia a posteriori, con la misma referencia: 329-CAC-2014, en fecha: veintiocho de octubre de dos mil dieciséis, referido al proceso declarativo común de indignidad, resolvió, al final inadmitirlo<sup>26</sup>. 6.- referencia: 314-CAC-2016, de fecha: doce de octubre de dos mil dieciséis, se inadmitió el recurso<sup>27</sup>. 7.- referencia: 87-CAC-2017, de fecha: siete de abril de dos mil diecisiete<sup>28</sup>, por el que admitió el recurso de casación por tres submotivos y rechazó por otro; lo que habilitó a la Sala a pronunciar posteriormente sentencia de fecha: diecisiete de julio de dos mil diecisiete<sup>29</sup>: se casó la sentencia de segunda instancia por quebrantamiento de las formas esenciales del proceso y consecuentemente se anuló y pronunciase nuevamente la senten-

cia; entre otras. La declaratoria de inadmisibilidad del recurso de casación supone que dicho tribunal no analizó el fondo del tema en discusión, porque el recurrente no consiguió superar los requisitos que el Código Procesal Civil y Mercantil establece para que el recurso fuese admitido y con ello, el tribunal estuviese en condiciones de adentrarse a examinar si se cometió alguna infracción en materia de casación para que así, por fin, una vez casada la sentencia, pueda analizar el fondo de lo discutido en el proceso.

La Sala de lo Civil en esta sentencia se pronunció respecto de los hechos que produjeron el problema social y jurídico del caso y que también sacude a la sociedad. Para evitar que volviesen a suceder se pronunció respecto de la manera en cómo pudiera tomarse en consideración la regulación del ejercicio de los derechos sucesorales coligados con los convivientes<sup>30</sup>.

### 3.6.2.3 La continuidad del trabajo jurisprudencial como garantía de la seguridad jurídica

Independientemente de las conformaciones de magistrados que ingresan y salen del tribunal, la seguridad jurídica debe constituir en un bien patrimonio de todos, para que ciudadanos y habitantes podamos disfrutar de los beneficios de vivir en una sociedad en la que nuestros derechos se cumplan y lo sepamos con antelación.

Todos deseamos vivir con la certidumbre que las reglas del juego de la vida en sociedad serán cumplidas. Para ello deben ser interpretadas y aplicadas. Si la Sala de lo Civil establece que una disposición jurídica es interpretada y aplicada en un sentido, se esperaría que si se le presentase otro caso igual que deba resolver o la oportunidad en que deba interpretar y aplicar la misma disposición ante el mismo supuesto fáctico, entonces, deberá conservar su jurisprudencia.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia con referencia 60-COM-2013<sup>31</sup> consideró oportuno citar el principio número 6.2 de las Reglas Mínimas de la Seguridad Jurídica, para sostener que los precedentes deben conservarse y con prudencia, reflexionar si amerita su cambio. Si se apoya cambiar el precedente debe razonarse y anunciarse a la sociedad. Para que disfrutemos de una verdadera seguridad jurídica se debe respetar los precedentes de los tribunales llamados a establecerlos, ejerciendo con moderación el ejercicio de modificación del cambio.

En ese sentido, a través de esta sentencia, objeto de estos comentarios, se establecieron conceptos jurídicos con los que se pre-

tende aportar a la comunidad jurídica elementos sobre los que deben interpretarse las disposiciones jurídicas aplicadas y se exhorta a seguirse.

La jurisprudencia que la Sala de lo Civil emite es de todos, ésta debe divulgarla y los destinatarios conocerla. Debe exigirse elevar el nivel de argumentación en estas y que se respete las interpretaciones que de las leyes se realizan. A través de estas es posible que podamos defender nuestros derechos en lo venidero, invocando las sentencias ante la misma Sala y los tribunales de segunda y primera instancia.

El establecimiento de las interpretaciones de conceptos jurídicos y disposiciones contenidas en la sentencia ha significado una inversión de dinero, recurso humano, tiempo, etc. Todos estos han sido orientados a reconocer derechos. De modo que sería conveniente sostenerlos a fin de multiplicar los beneficios esperados con la sentencia.

Independiente de quien asuma el rol de juzgador en cualquier tribunal debe aportar a la seguridad jurídica confirmando la jurisprudencia establecida o modificándola para mejorarla.

#### **4. UNA SITUACIÓN DIFÍCIL A DECIDIR: LA NULIDAD DE LOS ACTOS QUE AFECTAN DERECHOS DE TERCEROS**

La indignidad declarada tiene por efecto ordenar declarar la nulidad de actos y contratos que el indigno haya celebrado y que devuelva lo que obtuvo. Si solamente aquél sufre las consecuencias de sus actos no representa problema alguno. En el presente caso, pareciera que se observó que la indigna se organizó y benefició a más de una persona con la adquisición de los bienes inmuebles de la herencia. Vendió, hipotecó y permitió que una persona residiera en una de las viviendas, sin título alguno que lo amparase o era un precario. Las ventas, hipotecas y concesión de habitación ejecutadas con los inmuebles en años próximos a su obtención por la herencia declarada nula, prácticamente se consideraron como objetivamente fraudulentos<sup>32</sup>.

##### **4.1 Consideración estratégica jurisprudencial de cara a enfrentar conductas irregulares en el tráfico inmobiliario**

A través de esta sentencia, en la que se examinó la existencia de dolo, fraude, buena fe, nulidad contractuales y falta de solidaridad

por parte de quien tuvo algún tipo de lazo con el causante en perjuicio de los consanguíneos de éste, nos llevan a concluir que: "La familia y la memoria del causante asistieron al estrado judicial".

Si las partes contractuales y los sujetos que viven en sociedad se comportaran con diligencia, buena fe, seguramente los tribunales no estuvieran tan abarrotados de casos judiciales. Generalmente, cuando una persona ejerce debidamente su derecho de acceso a la justicia espera recibir protección ante un agravio que un incumplidor le ha cometido.

En el presente caso, el tribunal se enfrentó a diversas realidades conectadas entre sí y son: la autorización y participación de algunos notarios en la confección de instrumentos que nunca debieron nacer a la vida jurídica por nacer de una intención fraudulenta y con las que se daña a otras personas, v.gr. testamentos viciados y compraventas simuladas u otorgadas en perjuicio de legítimos adquirentes.

Con la sentencia se emiten efectos que irradian en la sociedad, pues, otros jueces y abogados citan la jurisprudencia de la Sala para sostener una postura jurídica. También con la sentencia la Sala persigue desmotivar conductas no valiosas. Creemos que esto fue lo que sucedió en la comentada, porque el tribunal busca cerrar los posibles escenarios en los que pudiera suceder una situación similar, cuando considera que posiblemente el ánimo de la indigna a sorprender la buena fe del heredero legítimo y de los padres del causante fue, quizá, la falta de afinidad entre ellos, debido a que la convivencia entre la indigna y el causante duró poco tiempo. Por eso sugiere a la Asamblea Legislativa revisar el plazo de un año de convivencia de hecho entre ambos como supuesto para su declaración judicial ante el juez de familia.

También parece que se desea reprimir conductas tendentes a apropiarse indebidamente de lo ajeno o disfrutarlo, por eso, no confiere la razón a los demandados y se la concede totalmente a la parte actora, legítimo heredero del causante.

## **5. POSIBLES EFECTOS DERIVADOS DEL FALLO (OTROS ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LA SENTENCIA)**

Los conceptos referidos a la buena fe y dolo pueden ser empleados en el análisis de otras instituciones jurídicas. De esta manera, términos jurídicos definidos por la jurisprudencia pueden ser usados en la interpretación de disposiciones jurídicas que los contengan.

Mediante el empleo de estos vocablos puede facilitarse a las personas el conocimiento de sus derechos y obligaciones cuya delimitación conceptual dependa del discernimiento del significado de aquéllos.

En ese sentido, a través de las sentencias se comunican ideas con vocación de influir en el ejercicio de los derechos y obligaciones de los particulares y de esta manera incidir en sus conductas.

Los compradores de inmuebles deben informarse debidamente, no solo de la situación jurídica de éstos aparecida en los registros; sino también que no proceden de actividades ilícitas, situación que pudiera en ocasiones ser difícil de conocer.

En la sentencia se protege más el derecho de propiedad de quien por ningún motivo representa fraude alguno al adquirir un bien inmueble y menos en perjuicio del primigenio propietario. Los segundos y más los terceros propietarios deberán razonar, documentar los hechos que los llevaron a comprar el bien inmueble. Desde esta perspectiva se produce una mutación de la presunción de buena fe regulada en el Código Civil a una buena fe que debe calificarse con datos para que sea verosímil en casos de adquisición de bienes inmuebles<sup>33</sup>.

## **6. LOS VALORES QUE INSPIRAN EL FALLO**

Los valores que inspiran el fallo podemos decir en síntesis que son: la buena fe, la solidaridad y la seguridad jurídica. Ya nos hemos referido a los tres a lo largo de este trabajo.

Resta por mencionar que se observa en la sentencia el empleo de los valores para apreciar los hechos demostrados en el proceso y emitir las conclusiones para declarar la indignidad, nulidad de contratos y requerir que el tercero adquirente de inmuebles tenga la carga de aportar hechos que permitan apreciar que la adquisición es compatible con el ordenamiento jurídico.

Se aprecia que el tribunal da por sabido hechos tales como las compraventas de inmuebles sin el consentimiento del propietario, extorsiones, expulsiones de los propietarios de sus casas por presiones de grupos irregulares, apropiaciones indebidas de casas y lotes, usurpaciones, todos constituyen afrentas a los propietarios y generan un impacto económico importante. Ello provoca un sentimiento de injusticia que amerita reivindicarse.

Sobre la base de la interacción de los hechos sociales y los valores sentidos en la sociedad se emplean estos para provocar modificación en aquellos a través de la sentencia.

## **7. COROLARIOS**

- a- El uso del dolo y de la fuerza como medios ilícitos de obtención de un bien de la vida debe recibir una sanción civil, la indignidad y por eso la disposición la impone contra el infractor<sup>34</sup>.

La regla anterior puede también formularse en los siguientes términos: el que empleare dolo o fuerza en la obtención de un bien de la vida se le privará.

La regla anterior puede aplicarse al calificado de indigno para suceder al causante y también extrapolarse a otras áreas del derecho privado.

- b- El indigno que por dolo busca apropiarse de bienes de la sucesión en perjuicio de otros con vocación sucesoria comete una falta de lealtad y solidaridad.
- c- Quien desee adquirir un bien inmueble deberá realizar las siguientes operaciones: examinar su situación registral antes de comprarlo, documentarla y conservarla; comprobar en qué circunstancias lo compró en caso que se cuestionara su adquisición en proceso de nulidad de la compraventa del bien.
- d- Quien habiéndose aprovechado de maniobras para adquirir bienes por herencia, los vendiere, deberá responder ante los terceros adquirentes si estos fuesen privados del bien por persecuciones ejercidas por sus genuinos y primigenios propietarios.
- e- La falta de conformidad es el vicio jurídico que restringe el disfrute del bien adquirido.
- f- La compraventa de bienes inmuebles puede presentar una falta de conformidad jurídica devenida del comportamiento y actos cometidos por el vendedor.
- g- La transmisión de bien inmueble realizada a un adquirente por un vendedor que hubiera cometido actos irregulares en su obtención previa transferirá las consecuencias jurídicas derivadas de las pretensiones que otros sujetos pudieran incoarles en defensa de su derecho de propiedad. El adqui-

rente tendrá a salvo su derecho a reclamar las acciones al vendedor por la privación del bien.

- h- El tercero adquirente por vía onerosa de un inmueble tendrá protección por la buena fe, la apariencia de la situación jurídica del bien según conste el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas y siempre que su adquisición no esté motivada por culpa o dolo en actos coligados a esta operación.

## NOTAS

- 1 Nota de exclusión de responsabilidad institucional originada de mutuo propio: las opiniones vertidas por el autor en este comentario no comprometen la decisión del tribunal que emitió la sentencia.
- 2 La iniciativa, primigenia, nacida de la presidencia de la Sala de lo Civil y confiada y forjada sólidamente desde la dirección de la Escuela de Capacitación Judicial, como ente baluarte de la educación judicial.
- 3 Marroquín Galo, Fernando, "¿Cómo analizar una sentencia?", ppt., 2017, páginas 1-11, obra gris.
- 4 El notario fue sancionado administrativamente por la Corte Suprema de Justicia debido a que autorizó ese acto.
- 5 Esta forma de trabajo ha surtido efecto por directriz de reciente data (dada hace unos cuantos años).
- 6 En este párrafo hemos simplificado la teoría de casación, ya que en puridad, se resuelve: motivos y submotivos de casación en relación a cada uno de los argumentos y disposiciones jurídicas supuestamente infringidas por el tribunal de segunda instancia.
- 7 Insistimos que la casación es un recurso en favor de la protección de la legalidad, del Derecho Objetivo y no subjetivo, en principio. Por el mismo, se busca unificar la jurisprudencia, por la que a su vez se uniforme el sentido que las disposiciones jurídicas tendrán a fin que constituyan normas que rijan las conductas en sociedad y con ello posibilitar la protección de derechos y obligaciones.
- 8 En el fundamento de la sentencia se dice: «El tipo legal señala que se es indigno de heredar o ser legatario del causante "4º *El que por fuerza o dolo obtuvo alguna disposición testamentaria del difunto, o le impidió testar, o variar el testamento;*"; como puede apreciarse son tres acciones las que recoge la disposición: *obtener, impedir y variar*. Todas indican una participación de un tercero en una actividad que influye en la libertad del testador. La primera y la última suponen que el tercero puede ser heredero por testamento y la segunda, *impedir* testar, supone que puede ser heredero abintestato y para no perder esa calidad el tercero desea *impedir* que la persona –causante- teste.---Los actos de *obtener, impedir y variar* una voluntad de otro sujeto suponen por regla general un acto volitivo y consciente.»
- 9 En el fundamento de la sentencia se dice: «a la señora X se le achaca haber obtenido disposición testamentaria o mejor dicho haber conseguido el testamento a su favor, pues, incluso, por este medio excluyó a otros del derecho que tenían de heredar al difunto. El verbo "obtener" nos ubica en el primer supuesto antes apuntado y por el cual debería enjuiciarse la conducta de la señora X.»
- 10 También la Sala emplea el epígrafe: **Análisis de la obtención de disposición testamentaria con exclusión de otros herederos como agravante fáctica de la conducta del indigno**".
- 11 Disponible: <https://www.scjn.gob.mx/primer-sala/tesis-jurisprudenciales>
- 12 Corte Suprema de Justicia, sentencia de fecha: 16 de octubre de 2014 y marcada con referencia: 60-COM-2014.
- 13 La Real Academia Española define tesis en el sentido apuntado arriba, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=ZeE19CB>
- 14 En la sentencia en el acápite relativo a la fundamentación, punto número 1.1.-) se dijo: «*la señora X tuvo conocimiento y estaba consciente que el acto testamentario constituía un instrumento presuntamente*

*jurídico para hacerse de los bienes y acciones del difunto, es decir, formulando en negativo su pretensión significa que ella estaba sabedora desde un principio que la adquisición de aquellos no estaba amparada por ningún orden normativo, jurídico, ético ni moral».*

- 15 La sentencia al párrafo 1.2: «en cuanto al concepto de buena fe en relación al verbo obtener para sí con la agravante consistente en que ese conseguir disposición testamentaria como mecanismo de adquirir la propiedad del presunto testador se llevó al extremo de emplear la “exclusión” del derecho de otros a heredar, es decir, la señora Ana Luz Salazar Renderos demostró su intención de apropiarse de todo el haber sucesoral, resultando excluidos nada menos que los padres del difunto, de quien presuntamente como suele suceder unen lazos de parentesco que el Derecho de Familia y de Sucesiones reconoce con especial interés, por tanto, merecen protección. Contrario sensu, a la fecha del “otorgamiento” de la escritura del testamento, aquélla ningún vínculo legal tenía con el causante».
- 16 En la sentencia se argumentó: «No puede ser otra la conclusión, porque sería totalmente ilógico que la señora Ana Luz Salazar Renderos no haya podido heredar vía testamentaria por haberse declarado nulo el testamento por acción suya y por el contrario, vía *ab intestato* resulte beneficiada sucediendo al difunto. Incluso, una solución así prácticamente constituiría un fraude de ley».
- 17 En la sentencia se argumentó: «Si la señora X por su participación ha sido involucrada en la nulidad del testamento, al punto de no verse beneficiada por éste, luego, pretender serlo por vía intestada, solamente porque con la obtención de la declaratoria de unión no matrimonial se ubica en posición legal de heredar *ab intestato* al difunto, ello equivaldría a que su actuación supone un abuso del derecho a heredar, porque sabiendo que la nulidad del testamento deviene de una acción suya coligada –y hasta quizá coludida– con el notario, se esperaría que ella se hubiese abstenido de aceptar herencia por vía intestada; véase también que por la nulidad se le ordenó devolver todo lo que había adquirido como heredera testamentaria y sin embargo, persistió en ejecutar maniobras tendentes a conseguir la declaratoria de heredera y por eso, la teoría del abuso del derecho opera como a manera de reproche de su conducta, por aprovecharse de la situación y de la inconciencia del causante, con la ventaja que esto suponía para ella en perjuicio de otros con vocación sucesoria, es decir, atribuyéndose algo que en principio no se le había conferido, en afrenta al principio de lealtad, buena fe y de la moral misma, se concluye, insistimos, que hubo de su parte abuso del derecho de heredar en calidad de conviviente de causante».
- 18 En la sentencia se argumentó: «haberse abstenido de ejercer su derecho de heredarlo *ab intestato* en calidad de supuesta conviviente, por el reproche que supuso su conducta en el juicio de nulidad del testamento, hubiese manifestado una conducta que no hubiera alertado a ningún otro sujeto con vocación sucesoria ni la hubiese expuesto a ser calificada de “intrusa” en la sucesión a la que ha pretendido participar, esta vez, como heredera *ab intestato*. El Derecho, mediante la institución jurídica de la “indignidad”, pretender ser un resorte que frene la conducta antisocial, dolosa, de quien con artimañas desea hacerse de lo que no le pertenece. En simples palabras, los “atajos” que la señora Ana Luz Salazar Renderos fraguó para su beneficio alejados del Derecho, también reciben reproche moral y no permite más que reconocer su indignidad para suceder al causante».

- 19 Art. 522, inc. 3 del Código Procesal Civil y Mercantil reza: "Hay infracción de doctrina legal cuando se hubiera violado la jurisprudencia establecida por el tribunal de casación, surgida de la aplicación e interpretación de las leyes y que esté contenida en tres o más sentencias constantes, uniformes y no interrumpidas por otra doctrina legal.". El art. 19 del Código Procesal Civil y Mercantil también se refiere a la doctrina legal.
- 20 La doctrina legal está publicada en la página web del Centro de Documentación Judicial: [http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/noved\\_doctrinalegal.aspx](http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/noved_doctrinalegal.aspx)
- 21 Referencia: 107-CAC-2010: <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/Documento/Documento.aspx?Data=ECHFgMA39FocKIBWg+CIHLoOsxI2z/XEasY1d1AKPc2kXNdDZNOkpy6OGOfgDlGAYby6llzWhJyH6SI7BVG9vCMqPN3sTyvhdI6Z0DdScbBkJncYqrEjkVvUX8+ZHApEpOk04qk2kUybrBrTsVsdp+d6UI0BmIySOLFzW5t1S/nqAr4OPapBiW9ZcSsVx3bw==>
- 22 El motivo que originó la petición de nulidad del testamento fue porque la parte actora consideró que hubo tal acto viciado porque se obligó -por la fuerza- que vició el consentimiento de la testadora a cargo de la parte demandada. La sala no estimó el recurso ni la pretensión de la parte actora. <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/Documento/Documento.aspx?Data=EK/CUzDJTKg6ab4x5+zVm4sktIWI0++qC+RLV0xsFtnzY4ZJUUpwY9bXw37Y5n6AghfxBj1OVNoAMJ6x+3LxDofQLyHTusr/isYv+P6pYieP31X9Ihk/Od03YPy1cXrShhYIoR+MBqWrwp+8pqr+DJIEhL8mgYiOpugP0ouErKAEUsLIXRnWK+yv5ZK4KJZHdNw==>
- 23 Proceso de indignidad, por el que en primera instancia se declaró sin lugar la pretensión y confirmada por la segunda instancia. <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/Documento/Documento.aspx?Data=EMt-GtdysWAZUtXK7HXtFnwSEoVmg7yczlQHhVjnGdj/1lgqTWGfL61TF7J05hzZ1Jx6vbQr+YgiDRIXVsO4AespXOdpT006KIaHJDkl3HsCbA5GIJ46zrEgR35Tgev5dFpcqpucJDmvvfwK8gMMFBbsJHACtf6dStHDCMQmrizmIBBAj7ml/11doeTfUEXackQ==>
- 24 Esta sentencia guarda relación con el caso en análisis, solamente que, como ya se aclaró, se trató un aspecto procesal por infracción cometida por la cámara. <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/Documento/Documento.aspx?Data=ECA+yjMoRD5LZOncorau5Qj36xddn9//8po7y-pfUvB8WwYfPMQyHwckJmWljPCKYVeC8U5dJsk26aIzTt6H7rDo5oDtr9Xtt9n59kZzJE2ywTvgs6SP3lrxe25MiBoEf9CxdI0163/fXQW9zq0DJkyP2LUAXr-crppAknw/Rtxf+voWOxNL0oBuge9MGWmk/F7A==>
- 25 La Sala por autor admitió el recurso de casación por unos submotivos y rechazó por otros. Disponible en: <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/Documento/Documento.aspx?Data=EMv9UjKwC41LhHpXgO46oKCK3VNO+539ywFISLoV7dasE0SMzX/8WfgKBqDp1qy41nrJ4eQKVopSCzPRnFPoU0m/m7KTSYu1OBYKpJmQG62TeIqOiOlci+5ucvNP0xNSXgFmsd1RBHxPK4I9kqKJL42OELakyAwigHrycrMYrp36dz1/jjhDnF/r3CR3H4C+TA==>
- 26 En primera y segunda instancia se rechazó la pretensión de declaratoria de indignidad. Resulta interesante el análisis de la Sala que realiza respecto del recurso de casación. Este tribunal no conoció el fondo del asunto, sino que verificó un análisis del escrito de casación, que en definitiva terminó rechazando. <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/Documento/Documento.aspx?Data=EC0JxdpxoDIx3/mhGn+76rTX6CbAc4OggxioVdCKJk5utG8B1p3jxRMBEomN2k7IJ0n4x8TZzEVsQivPn0leUpXl1nkKBOrqaZGU7u4WdLDekF8SrvPI+NpBZ/83LzZmZu9SztIPUPFRXT1o6/rc8HQ3Tc3RsfRXZQEKJ9HLuWdKkWQa6F4v3g3LZ0lxUfGvA==>

- 27 En primera instancia se declaró improponible la demanda, segunda instancia confirmó la decisión. La sala no admitió el recurso, por ende, no conoció el fondo de lo reclamado. [http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/Documento/Documento.aspx?Data=EMEBEAsVznU9ErkwCx3qbUeI7pu61hLHxPFn8MIBsVD8/AMDD1GJ800ZsUDokaMbW9iSB+oH4vc4vWCMOynOGS1vuUNS2sKS9iVHUj7u/AdwOmwLbyUGzZNIzG3emh0HN7ZoiGwBvX4PU93CsWwFL-HAWdQkVpITrx5aTolZ2/nJ8QbItkN7KdImpKb2/XJM7yA==](http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/Documento/Documento.aspx?Data=EFUq+pDaAgWn-45AyyIUWuIC78J0oviEowbsD1VJwbSsg8I9qYP4yucDjEYO68RA5MjnvJmSxQwYfp6B0eDvh1HJTF/Oz/pVK337EV2fwVqSTfVSAmiY3wugv1R-FCpxiKW1vdLLSQuJaSIOVnMZ0zZIZ5rRQw1vc82vvQi6U1Loo61+iGrZ2zbO4eLjIt9moRtg==)
- 28 <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/Documento/Documento.aspx?Data=EMEBEAsVznU9ErkwCx3qbUeI7pu61hLHxPFn8MIBsVD8/AMDD1GJ800ZsUDokaMbW9iSB+oH4vc4vWCMOynOGS1vuUNS2sKS9iVHUj7u/AdwOmwLbyUGzZNIzG3emh0HN7ZoiGwBvX4PU93CsWwFL-HAWdQkVpITrx5aTolZ2/nJ8QbItkN7KdImpKb2/XJM7yA==>
- 29 En primera instancia se estimó la pretensión, declarándose indigna a una persona de suceder al causante, lo que fue revocado en segunda instancia. <http://www.jurisprudencia.gob.sv/VisorMLX/Documento/Documento.aspx?Data=EGrTCPB+VDIRi3vIK+iDQn5uKFF6wGqriqdf+4xzpzpEvEItXlSanPp34epaLIWBjJxJF9PgLIW2nKaQ0tFh6IkDd62Vc4EM27Tyuxkax6bpmSvHLZfaEXMzJ/ioOSFPtejD2SyyVniyxm8Pmt3X7+jWIKziZdgOzFPMWq3cPcOVAR/CLmEj7LQAFwxbaOAKoA==>
- 30 En la sentencia se argumentó: «Dicho sea de paso, vale comentar que la reducción del plazo legal exigido por el Código de Familia para tener por reconocida la Unión No Matrimonial entre hombre y mujer de tres a un año, pudiera tener algún tipo de consecuencias como la acontecida en este caso por lo siguiente: dada la vida agitada en las ciudades salvadoreñas o centros de población similares y el alto grado de rupturas en las relaciones de este tipo, más las exigencias laborales y del cuidado de los niños por parte de los padres, puede presentar el escenario consistente en la falta de vinculación entre los parientes de uno de los convivientes y su compañero de vida, distanciamiento que repercutiría en la falta de solidaridad entre ellos y comunión que debería existir si la convivencia perdurara más en el tiempo. Esto se observa para que se tomen las providencias del caso a fin de evitar situaciones penosas como la presente.»
- 31 En la sentencia marcada con referencia 60-COM-2014, pág. 11 se dijo: «En ese sentido, el principio N° 6.2 de las Reglas Mínimas sobre Seguridad Jurídica ilustra: «En esta misma línea (se refiere a la **“previsibilidad”**) es preciso reforzar la carga argumentativa para casos en los que los jueces se apartan de los precedentes, en especial del propio precedente o los del órgano máximo del sistema. La seguridad no debe ser entendida como extrema estabilidad, o inmovilismo de las decisiones judiciales, sino que, bien comprendida, no impide la admisión de nuevos criterios en la interpretación y aplicación normativa, no impide la necesaria adecuación de las reglas a las necesidades sociales ni a las circunstancias del conflicto en particular, siempre que los cambios de criterio se encuentren suficientemente motivados.» (La llamada es nuestra, sic). Siguiendo estas ideas, no vemos necesidad de un cambio del precedente, pero sí es necesario dar cuenta a la sociedad de las diversas posturas que existen sobre esta temática y de la opción jurisprudencial que esta Corte toma para responder a la necesidad social de consolidar la idea del precedente como instrumento a emplear para facilitar a los usuarios que disfruten de los servicios de justicia.»
- 32 JEREZ DELGADO, Carmen, Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores), prólogo de Dr.

- Antonio-Manuel Morales Moreno, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 1999, prólogo.
- 33 En otros ámbitos de la vida comercial nacional también se presenta la crisis de la buena fe, crisis porque ya no se presume, sino que debe acreditarse, v.gr. en los establecimientos de dispensa de productos y servicios de una cadena global de supermercados, se cobra a los clientes la membresía anual, además, los clientes cada vez que ingresan deben portar la credencial con foto que los identifica, sin la que no se les permite entrar. No obstante estar debidamente identificados en el circuito comercial, si desean salir con productos adquiridos en la tienda deberán exhibir al vigilante la factura de compra para que éste la revise y dé el visto bueno. Si a todo esto añadimos que en el recinto cuentan con un sistema de cámaras de video vigilancia con el que se monitorea los movimientos de las personas, concluimos que tantas molestias tomadas para controlar lo que sucede en el espacio indica que no hay confianza en las conductas que pudieran presentar los afiliados.
- 34 Párrafo de la sentencia comentada.



## **APROXIMACIÓN A LAS MARCAS NOTORIAMENTE CONOCIDAS DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS Y LA JURISPRUDENCIA SALVADOREÑA**

Salvador Funes Lizama

El derecho marcario es reconocido como parte de los derechos de propiedad industrial, los cuales forman parte de los llamados derechos intelectuales. El derecho marcario en esencia tutela la protección legal de aquellos signos que distinguen productos y servicios en el comercio.

Las marcas en general fueron en principio signos con los cuales los empresarios, comerciantes o agricultores diferenciaban sus productos respecto a los de la competencia, dicho concepto fue alejándose en la práctica comercial puesto que actualmente el uso de una marca no se limita únicamente a un empresario, comerciante o agricultor, sino que puede ser cualquier persona la que obtenga la calidad de titular.

Ahora bien, de conformidad al derecho positivo salvadoreño la marca es **“CUALQUIER SIGNO O COMBINACIÓN DE SIGNOS QUE PERMITA DISTINGUIR LOS BIENES O SERVICIOS DE UNA PERSONA DE LOS DE OTRA, POR CONSIDERARSE ÉSTOS SUFICIENTEMENTE DISTINTIVOS O SUSCEPTIBLES DE IDENTIFICAR LOS BIENES O SERVICIOS A LOS QUE SE APLIQUEN FRENTE A LOS DE SU MISMA ESPECIE O CLASE”**<sup>1</sup>.

Dentro de los conceptos más debatidos del derecho marcario encontramos a los signos distintivos notoriamente conocidos y los signos distintivos famosos<sup>2</sup>, por lo estudiaremos ambas condiciones especiales de protección. Las particularidades y dificultades que se originan en el Derecho Salvadoreño y las posibles alternativas que tenemos, tomando en consideración los instrumentos internacionales de los cuales El Salvador forma parte, a saber:

- a) El Convenio de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial de 20 de marzo de 1883. (CUP);
- b) El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual en el Comercio (ADPIC-TRIPS);
- c) La Recomendación conjunta de la Unión de París de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, relativa a las marcas notoriamente conocidas (ROMN), y;

Es importante señalar que según la Legislación Salvadoreña, la marca notoria es conocida por un público del sector pertinente, es decir por los consumidores usuales o comunes de los productos o servicios<sup>3</sup>; y las marcas famosas son conocidas por el público en general<sup>4</sup>. Ambas condiciones de protección especial coinciden en que son conocidas por un público. Se diferencian en cuanto al grado de conocimiento que se tenga, siendo las primeras conocidas por sectores afines y las segundas del conocimiento de la generalidad del público.

Además de lo señalado, es necesario referirnos a la forma de adquisición del derecho sobre una marca en El Salvador. La Ley de Marcas y otros Signos Distintivos nos establece que nuestro país adopta el sistema atributivo o también llamado constitutivo, es decir que la propiedad sobre una marca se adquiere con su registro.<sup>5</sup> Otros países a pesar de haber adoptado el mismo sistema de adquisición, han reconocido vía jurisprudencial o por decisión administrativa el uso marcario anterior, lo cual en el futuro podría ser un avance significativo en el Derecho de Marcas salvadoreño.

Por lo anterior, es menester tener claros los elementos objetivos de acreditación de notoriedad y fama marcaria, así como su posible incorporación en el derecho positivo salvadoreño, dichos parámetros son: a) El grado de conocimiento o reconocimiento de la marca en el sector pertinente del público; b) la duración, la magnitud y el alcance geográfico de cualquier utilización de la marca; c) la duración, la magnitud y el alcance geográfico de cualquier promoción de la marca, incluyendo la publicidad o la propaganda y la presentación, en ferias o exposiciones, de los productos o servicios a los que se aplique la marca; d) la duración y el alcance geográfico de cualquier registro, y/o cualquier solicitud de registro, de la marca, en la medida en que reflejen la utilización o el reconocimiento de la marca; e) la constancia del ejercicio satisfactorio de los derechos sobre la marca, en particular, la medida en que la marca haya sido reconocida como notoriamente conocida por las autoridades competentes; y f) el valor asociado a la marca.

Finalmente, se analiza si es necesaria la adopción de presupuestos teóricos para su implementación por parte de los titulares de marcas y autoridades administrativas y judiciales en El Salvador. Por lo que resulta más que interesante el análisis de resoluciones administrativas y judiciales emitidas por Registradores, Jueces y Magistrados Salvadoreños.

## **Caso o problema**

El Derecho Marcario comprende en forma general la protección legal de todos aquellos signos que distinguen productos y servicios en el comercio. Dichos signos ayudan a los consumidores a identificar el producto o servicio que demanden y en este contexto encontramos un sin número de concepciones y temas que merecen especial atención del derecho de marcas.

Como parte de la contribución a esta apasionante temática y en aras de participar en el debate es necesario realizar una aproximación de dos de los conceptos más debatidos dentro del derecho de marcas, estos son: los Signos Distintivos Notoriamente Conocidos y los Signos Distintivos Famosos<sup>6</sup>, por lo que recorreremos un camino de estudio en ambas condiciones especiales de protección y las particularidades que se suscitan en el Derecho Salvadoreño.

En el año de 1988 en El Salvador entró en vigor El Convenio Centroamericano para la Protección de Propiedad Industrial (CCPPI)<sup>7</sup>, dicho cuerpo normativo omitió dar una protección expresa a las marcas notoriamente conocidas y famosas, no obstante, durante su vigencia nuestro país ratificó el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (CUP), el cual entró en vigor un 19 de Febrero de 1994; y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC), vigente desde el 7 de Mayo de 1995. Con dichas ratificaciones se apreció que la legislación común centroamericana, no estaba acorde a los cambios del comercio internacional.

Fue así, que a inicios del año 2000 se empezó a gestar la nueva legislación de marcas salvadoreña, la cual tendría por objetivo cumplir con los compromisos adquiridos con dos organismos internacionales:

- i. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la cual es el foro mundial de servicios, políticas, cooperación e información en materia de propiedad intelectual (P.I). Es un organismo de las Naciones Unidas, autofinanciado, con sede en Ginebra, Suiza y que actualmente cuenta con 188 Estados miembros. El Salvador se encuentra vinculado con dicho organismo por formar parte de la Unión de París (CUP).<sup>8</sup>
- ii. La Organización Mundial del Comercio (OMC), es una organización internacional que se ocupa de las normas que rigen el comercio entre los países. El Salvador se encuentra

vinculado con la OMC por el Acuerdo de Marrakech y en materia de propiedad intelectual (P.I) por el Anexo 1C del citado acuerdo, su sede se encuentra en Ginebra, Suiza y actualmente cuenta con 162 países miembros.<sup>9</sup>

Así las cosas, el 17 de Julio de 2002 entró en vigor la ley de Marcas y otros Signos Distintivos, la cual nos brindó los conceptos de signo distintivos notoriamente conocidos y famosos, más no desarrolló la forma de su acreditación, lo anterior ha ocasionado un reto a nivel interpretativo para las autoridades administrativas y judiciales salvadoreñas. Por lo tanto, es necesario estudiar la praxis administrativa y judicial, así como la integración interpretativa de la norma nacional e internacional.

## **Regulación de marcas notoriamente conocidas y famosas en el derecho salvadoreño**

### **1. Consideraciones previas**

En El Salvador el Derecho Marcario se encuentra regulado por la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos (LMOSD), la cual rige en el país desde el día 17 de Julio de dos mil dos. La necesidad de la entrada en vigencia de la citada ley se encontró motivada por el reconocimiento constitucional del derecho a la propiedad intelectual y artística como un derecho de la persona humana<sup>10</sup>. Asimismo, no es posible omitir los compromisos ante la Organización Mundial del Comercio, los cuales comprometieron a El Salvador a regular con los estándares de protección que contempla el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), formando parte del Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech, por el que se estableció la Organización Mundial del Comercio (OMC). La legislación que regulaba anteriormente era el Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial, la cual no respondía a los cambios resultantes en el comercio mundial, en razón a lo anterior El Salvador, Guatemala, Nicaragua y Costa Rica, suscribieron en la ciudad de San José de Costa Rica, el Protocolo que derogó dicho Convenio, con lo anterior se buscó crear una legislación que estimule la inversión del comercio e industria, todo ello con el objeto de cumplir con los compromisos asumidos en virtud del ADPIC<sup>11</sup>.

En El Salvador a diferencia de otros países latinoamericanos como México<sup>12</sup> y Costa Rica<sup>13</sup>, se reconoce únicamente el modo de

adquisición marcario constitutivo o atributivo, es decir que la propiedad de las marcas y el derecho a su uso exclusivo se adquiere mediante su registro, tal afirmación se encuentra expresamente en el artículo 5 inciso primero de la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos. No obstante, nuestro país contempló la excepción y protección a los signos distintivos notoriamente conocidos y famosos<sup>14</sup>.

### *1.1. Autoridad Administrativa Competente*

Fue el día 17 de julio de 2002 que entró en vigencia la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos (LMOSD), ante lo cual el Centro Nacional de Registros (CNR), con el objeto de dar fiel cumplimiento a la ley, delimitó las funciones del Registro de Comercio y creó el nuevo Registro de la Propiedad Intelectual como tal, mediante el acuerdo de Consejo Directivo, autoridad máxima de la institución. La (LMOSD) estableció como autoridad competente en la tramitación y registro de marcas al Registro de la Propiedad Intelectual (RPI). La Administración de la Propiedad Industrial también estará a cargo del citado Registro, el cual es una de las dependencias del Centro Nacional de Registros (CNR), Centro que forma parte del Órgano Ejecutivo<sup>15</sup>.

El Registro de la Propiedad Intelectual será dirigido por un Director que sea Abogado y Notario o Profesional de cualquier otra rama, lo anterior parte de lo multidisciplinario que es esta rama del Derecho; el Registro contará con Registradores Auxiliares que deberán ser Abogados y Notarios. Además la citada ley establece que los funcionarios y empleados del Registro deberán de observar con estricta imparcialidad sus actuaciones<sup>16</sup>. En concordancia con lo anterior, la Constitución de la República de El Salvador en el artículo 86 establece que el poder público emana del pueblo, siendo los órganos fundamentales del Gobierno el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial. Los funcionarios de Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley<sup>17</sup>.

### *1.2. Autoridad Judicial Competente*

La Ley de Marcas y otros Signos Distintivos (LMOSD) contiene una disposición por más que interesante en cuanto a la competencia jurisdiccional que tienen los Juzgados Civiles y Mercantiles, contemplando en el artículo 113 la posibilidad de la creación de Tribunales Especializados en materia de Propiedad Intelectual. Lo anterior debería ser un tema de discusión en el seno de la Honorable

Corte Suprema de Justicia<sup>18</sup> (CSJ) y del Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura (CNJ)<sup>19</sup>, mientras tanto la competencia recae sobre los Juzgados Civiles y Mercantiles.

Los Juzgados Civiles y Mercantiles deberán conocer:

- Procesos de Propiedad Industrial ventilados en sede Civil y Mercantil: Las pretensiones de este tipo de procesos se fundamentan en las disposiciones de la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos: 1) La acción contra un acto de competencia desleal, fundada en la constatación y declaración del carácter ilícito de un presunto acto de competencia desleal.<sup>20</sup> 2) La acción civil por infracción de derechos. 3) Solicitud de Nulidad del Registro<sup>21</sup> 4) Solicitud de Anulación<sup>22</sup>.5) Cancelaciones por falta de uso<sup>23</sup>.
- Procesos de Propiedad Intelectual ventilados en sede Civil y Mercantil: Las pretensiones de este tipo de procesos gravitarán ante la transgresión de los derechos concedidos por la Ley de Propiedad Intelectual, la citada ley regula: 1) la protección de los derechos de autor y conexos 2) la gestión colectiva 3) protección de las patentes de invención 3) la protección de los modelos de utilidad 4) los diseños industriales y 5) los secretos industriales y comerciales<sup>24</sup>.

Los procesos llevados a la sede Civil y Mercantil Salvadoreña, no constituye la única posibilidad que aspectos relacionados con la Propiedad Intelectual sean sometidos a la valoración del aparato jurisdiccional, ya que las actuaciones emanadas del Registro de la Propiedad Intelectual (RPI) se encuentran bajo la observancia de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa<sup>25</sup>.

El Centro Nacional de Registros (CNR) nace en nuestro país desde el año de 1994, por Decreto Ejecutivo No. 62, de fecha 5 de diciembre, publicado en el *Diario Oficial* No. 227, Tomo No. 325 del 7 de diciembre de dicho año, cuyo objeto principal es organizar y administrar el Sistema Registral y Catastral del país. Y en el año de 1995 se complementó el Decreto Ejecutivo N° 62, que creó el CNR, transformándose por ministerio de ley todas las atribuciones y facultades conferidas a la anterior Dirección General de Registros, Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas, Registro Social de Inmuebles, Instituto Geográfico Nacional y el Registro de Comercio (*el cual incluía competencias sobre Propiedad Intelectual*). Esto permitió unificar las funciones registrales en una sola institución.<sup>26</sup>

El Jurista Salvadoreño ROBERTO OLIVA DE LA COTERA en su

obra "Derecho Administrativo" cita al Argentino ROBERTO DROMI, diciendo que: Las instituciones Oficiales Autónomas son personas jurídicas estatales exclusivamente administrativas, es decir, entes descentralizados con funciones administrativas o de gestión de servicios públicos. Y remata diciendo que "por entidad autónoma debe entenderse a toda persona jurídica pública estatal con aptitud legal para administrarse a sí misma, de acuerdo con la norma de su creación, cumpliendo con fines específicos"<sup>27</sup>. Todas estas funciones administrativas no se encuentran fuera del ámbito del control jurisdiccional, a partir del día 31 de enero de 2018 entró en vigencia la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, la cual da la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado a los nuevos Jueces de lo Contencioso Administrativo, a Cámaras de lo Contencioso Administrativo y a la ya existente Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia<sup>28</sup>.

Antes de la entrada en vigencia de la nueva ley previo al acceso de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, el Administrado debía agotar todos los recursos legales, en sede Administrativa (Revisión, Revocatoria y Apelación)<sup>29</sup>. La demanda tenía que versar sobre todo lo que haya sido objeto de la reclamación o impugnación formulada en sede administrativa.<sup>30</sup>

Es importante destacar que por lo reciente de la nueva ley hasta esta fecha no existen procesos tramitados en materia de derecho marcario.

## **2. La protección de la marca notoria en El Salvador previo a la entrada en vigencia de La Ley de Marcas y otros Signos Distintivos y su situación jurídica en el Convenio Centroamericano para la Protección de Propiedad Industrial.**

Antes del año 2002 la Propiedad Industrial se regía bajo las disposiciones del Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial (CCPPI), normativa aplicable a los países de Guatemala, Honduras, Nicaragua, Costa Rica y El Salvador. El citado Convenio no proveía la protección especial de los signos distintivos notoriamente conocidos. Tal vacío, fue subsanado hasta el año de 1994 con la entrada en vigor del Convenio de París (CUP).

Es importante aclarar que las solicitudes de registro que se iniciaron con el CCPPI, siguieron tramitándose con ese cuerpo normativo hasta su finalización<sup>31</sup>. Lo anterior de conformidad a la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos (LMOSD) la cual estableció en

el artículo 110 que: "Cualquier solicitud o trámite pendiente en el Registro y las acciones que se hubieren deducido a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley, se continuarán tramitando de acuerdo con el régimen legal vigente anterior a la presente Ley".

Así las cosas, en esta etapa del Derecho de Marcas en El Salvador, existieron casos concretos en sede administrativa y judicial donde se aplicó la especial protección de las marcas notoriamente conocidas:

- a) La Resolución Final de Apelación de la Dirección Ejecutiva del Centro Nacional de Registros, sobre la Declaratoria de sin lugar de la solicitud de la marca denominada: "TOMMY HILFIGER" con número de expediente. 2470-95.

Esta resolución fue pronunciada en aplicación del Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial, es decir que no había en ese momento una disposición expresa que tutelara a los signos distintivos notoriamente conocidos o famosos. Así las cosas, el Registro fundamentaba la protección de este tipo de signos distintivos en el artículo 10 literal q) el cual establecía como prohibición para registrarse como marca o como elemento de la misma: "Los distintivos que pueden inducir a error por indicar falsa procedencia, naturaleza o calidad". En base lo anterior la Dirección Ejecutiva del Centro Nacional de Registros estableció que la: «marca denominada TOMMY HILFIGER, siendo de origen estadounidense y notoriamente conocida en nuestro país y a nivel internacional. En virtud del artículo 6 bis del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, este tipo de marcas debe ser protegida por todos los países parte, contra toda reproducción total o parcial, para productos idénticos o similares; en el caso que nos ocupa, el distintivo TOMMY HILFIGER no puede ser registrado para amparar productos comprendidos en la clase 18, por que puede inducir a error y/o confusión al público consumidor en cuanto al origen empresarial de los productos, por lo tanto, incurre en la prohibición establecida en el artículo 10 literal q) del Convenio Centroamericano»<sup>32</sup>.

En iguales términos se confirió la protección de las marcas notorias: "DOS PINOS"<sup>33</sup> para productos lácteos de la clase 29; "PEDIGREE"<sup>34</sup> para productos alimenticios de la clase 31; "CORVETTE"<sup>35</sup> para productos de la clase 25; y la mar-

- ca "NEW BEATLE"<sup>36</sup> para productos de la clase 12 del Nomenclátor Internacional de Productos y Servicios de Niza.
- b) La Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador en Casación Civil del 09/05/2000. Bajo esta modalidad de impugnación se llegó a conocer de la demanda (1240-2000) de la sociedad Estadounidense Calvin Klein Trademark Trust, solicitando la nulidad del Registro de la marca denominada: "Calvin Klein", la cual había sido registrada a favor de la sociedad de nacionalidad salvadoreña Calvin Klein Company, S.A. de C.V. Esta sentencia tiene connotaciones importantísimas en cuanto a la protección de la marca notoria en aplicación del Convenio de París:
- A juicio de la Sala, el prestigio y reputación de una marca en un país genera como secuela un derecho a favor de su titular. Tal afirmación alude a la imagen del prestigio o "goodwill", la cual se encuentra determinada por la buena fama y reputación que gozan los productos identificados con la marca "Calvin Klein". "Esta protección se justifica porque si una marca ha adquirido prestigio y reputación en un país, debe generar un derecho a favor de su titular, y porque el registro de una marca similar susceptible de inducir a confusión, sería, en la mayoría de los casos, un acto de competencia desleal que lesionaría los intereses del público"<sup>37</sup>.
- En cuanto al valor asociado de la marca, la Honorable Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia estableció que la "manifestación del actor en el sentido de que el volumen de ventas alcanzado por la marca en el año mil novecientos noventa y cuatro fue de ochocientos ochenta millones de dólares, invirtiéndose en publicidad, en el mismo año, la suma de cien millones de dólares. De todo ello no existe prueba en el juicio, pero es una manifestación hecha en la demanda que constituye un elemento de juicio para tener la idea del valor de la marca". El valor asociado de la marca es de suma importancia a la hora de la determinación de su notoriedad, partiendo del hecho que para ser conocida por los sectores afines o bien por la generalidad de los consumidores, ha tenido que realizar un ejercicio empresarial

importante, lo cual rebosa en la elevación de su valor económico.

En cuanto al rompimiento del principio de especialidad<sup>38</sup>, la Honorable Sala estableció: "La notoriedad de la marca será determinada por las autoridades administrativas o judiciales competentes del país del registro y su protección existirá sólo cuando la marca conflictiva haya sido registrada para productos idénticos o similares. Corresponderá a las autoridades de cada país determinar si esta condición se cumple o no"<sup>39</sup>. El tribunal fue claro en establecer, que la regla de la especialidad se ve afectada siempre y cuando los productos o servicios sean idénticos o similares, es decir cuando se evidencie una vinculación entre estos.

El Tribunal Casacional reconoció la clase de pautas o criterios que deben tomarse en cuenta a la hora de evaluar la notoriedad. "Al definir la notoriedad de una marca pueden tomarse en cuenta criterios cuantitativos o cualitativos; los primeros se orientan hacia al número o la proporción de personas que conocen la marca y los segundos toman en cuenta el valor comercial de la marca como instrumento de promoción y venta de los productos en el mercado, en función de lo cual se puede asignar un valor monetario a la marca"<sup>40</sup>(lo subrayado es mío).

Según la Sala la mala fe, aparece de manifiesto desde el momento que una marca es notoriamente conocida en un país extranjero y posteriormente aparece registrada o solicitada en nuestro país y nos define al sector pertinente "Este sector pertinente del público son los círculos empresariales y comerciales del país en donde se dé la protección y responde a la constatación de que en la mayoría de los casos de registro de marcas ajenas los autores de los actos son empresarios que actúan de mala fe, es decir que conocen la marca notoria antes de adoptarla, usarla o registrarla a su nombre"<sup>41</sup>.

Finalmente, es de considerar la interpretación hecha por la Sala en cuanto al principio de la irretroactividad de las leyes. Ya que interpretó que el término para iniciar la acción de nulidad. No tiene plazo cuando su registro es de mala fe, por lo tanto: "la mala fe de la prescripción es un resultado y que en ese caso el citado Convenio establece que para re-

clamar la anulación de la marca registrada de mala fe no se fijará plazo, pudiendo hacerse la reclamación en cualquier tiempo”<sup>42</sup>.

Las implicancias jurídicas de la interpretación dada por la Honorable Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, son sumamente importantes, tal resolución desarrolló aspectos fundamentales sobre la aplicación del Convenio de París y la forma que las autoridades administrativas y judiciales deberán evaluar la notoriedad marcaria.

## 2.1. Epílogo de la protección de la marca notoria en El Salvador previo a la entrada en vigencia de La Ley de Marcas y otros Signos Distintivos:

Haciendo una evaluación global de los pronunciamientos anteriormente expuestos, vemos una tendencia emanada por parte de la Dirección Ejecutiva del Centro Nacional de Registros (“TOMMY HILFIGER” Expediente: 2470-95) y de la Honorable Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia (“Calvin Klein” Referencia: 1240-2000), las cuales tienden a otorgar una protección especial a los signos distintivos notoriamente conocidos. En principio el panorama era complicado, ya que a la fecha no existía una disposición expresa que otorgara la protección de marca notoria, ante lo cual mediante sus interpretaciones las autoridades administrativas y judiciales lograron encajar la protección del artículo 10 literal q) del CCPPI, la cual prohibía los registros de “Los distintivos que pueden inducir a error por indicar una falsa procedencia, naturaleza o cualidad”.

En ese sentido la Dirección Ejecutiva del Centro Nacional de Registros consideró dos aspectos importantes: 1) El hecho que la marca era conocida en el país y fuera de él, lo cual indica al consumidor sobre la procedencia empresarial de la misma; y 2) el conocimiento se encuentra en congruencia con la Protección conferida en el artículo 6 bis del Convenio de París, del cual El Salvador forma parte desde el año de 1994.

Por su parte, la Sala de lo Civil consideró: 1) El reconocimiento de la protección del prestigio y reputación de la marca; 2) el valor de la marca como elemento de juicio; 3) estableció que el principio de especialidad se ve afectado siempre y cuando se traten de productos o servicios idénticos o similares; 4) al momento de la determinación de la notoriedad deben considerarse criterios cualitativos y cuantitativos; y 5) la mala fe, se aprecia cuando una mar-

ca notoriamente conocida en un país extranjero se ve registrada o solicitada en nuestro país.

### **3. La protección jurídica de la marca notoria y famosa en El Salvador a partir de la entrada en vigencia de la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos del 2002 y sus definiciones legales.**

Fue un 17 de julio del año 2002 que El Salvador ve más claridad en cuanto a la tutela de las marcas notoriamente conocidas. La Ley de Marcas y otros Signos Distintivos representó un avance significativo en el Derecho Marcario Salvadoreño, ya que retomó aspectos relevantes que se discutían en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). El halago de nuestra ley marcaria no deviene de un sentido patriótico, ya que el Legislador hizo bien al definir en el artículo 2 de LMOSD las diferencias entre signo distintivo notoriamente conocido y signo distintivo famoso.

#### *3.1. Concepto legal de signo distintivo notoriamente conocido.*

El literal b) nos dice lo que debemos entender como signo distintivo notoriamente conocido, siendo: "UN SIGNO DISTINTIVO CONOCIDO POR EL SECTOR IDÓNEO DEL PÚBLICO O EN LOS CIRCULOS EMPRESARIALES A FINES AL MISMO, COMO PERTENECIENTES A UN TERCERO O COMO CONSECUENCIA DE LA PROMOCIÓN DEL MISMO". De la anterior definición podemos apreciar ciertos elementos esenciales para encajar a un signo como notoriamente conocido. El primero y más importante es que el distintivo deberá ser conocido, por el sector idóneo del público o bien en los círculos empresariales al mismo. El segundo elemento es el deber de pertenecer a un tercero, es decir que quien lo alegue deberá demostrar la verosimilitud de su derecho afectado; y tercero deberá ser consecuencia de la promoción del signo distintivo, tal condición se deriva del ejercicio comercial del titular de la marca. En la práctica judicial ha sido criterio: "No es el simple registro el que eleva a la categoría de notoria a una marca, sino la difusión que de ella se haga en los diferentes mercados; es el distribuidor o consumidor el que va reconociendo la característica de notoria, gracias al esfuerzo del titular o el usuario de la marca, para desplazarla de la categoría de una marca común y ordinaria, a la de notoria, característica que adquiere, entre otras razones, por la intensidad del uso, por el prestigio en el mercado y por la divulgación"<sup>43</sup>.

Por ende, se aprecia que el criterio jurisprudencial ha retomado los aspectos contenidos en la LMOSE, primero en cuanto al conocimiento que se tenga del distintivo por parte del público; y segundo dado por la promoción que se tenga del mismo. Con tal disposición y línea jurisprudencial podemos afirmar que dicho signo distintivo especial es capaz de romper con el principio de territorialidad, tal principio limita: "la protección de la marca está circunscrita a los límites del país donde ha sido registrada"<sup>44</sup>. Tal excepción se encuentra expresamente contenida en el artículo 5 la cual dice "El titular de una marca protegida en un país extranjero, gozará de los derechos y garantías que esta Ley otorga siempre que la misma haya sido registrada en El Salvador, sin perjuicio de la protección de los signos distintivos notoriamente conocidos y famosos."<sup>45</sup> Así las cosas, queda claro conceptualmente lo que nuestra Legislación nacional concibe como marca notoria.

### *3.2. Concepto legal de signo distintivo famoso.*

El literal d) nos dice lo que debemos entender como signo distintivo famoso, siendo: "AQUEL SIGNO DISTINTIVO QUE ES CONOCIDO POR EL PÚBLICO EN GENERAL, EN EL PAÍS O FUERA DE ÉL". De la anterior definición podemos apreciar dos elementos esenciales para encajar a un signo como famoso. El primero y más importante es que el distintivo deberá ser conocido por la generalidad del público, sean consumidores habituales o no del producto o servicio; y el segundo elemento es que tal conocimiento puede ser en el país o fuera de él. La jurisprudencia Civil y Contenciosa Administrativa, en raras ocasiones se ha pronunciado en cuanto al reconocimiento de un signo distintivo como famoso. En razón que el número de titulares que alcanzan este grado de conocimiento por parte de la generalidad del público es sumamente reducido. En este caso, puede que la fama sea tal, que no necesite más prueba que su alegación. La fama conlleva una notoriedad, pero no todo la notoriedad conlleva a la fama. El maestro CARLOS OCTAVIO MITELMAN, establece que: "Se ha exhibido cierta tendencia a simplificar este asunto partiendo del presupuesto de que la notoriedad de una marca no requiere prueba, pues si ello fuese necesario, ello implicaría que la notoriedad alegada en realidad no existe."<sup>46</sup> Esta postura se justifica a raíz de la distinción existente entre signos distintivos notoriamente conocidos y famosos.

Así las cosas, es posible visualizar el hecho que una marca oscile en puntos intermedios entre fama y notoriedad. Por lo tanto, resultará necesario que el grado de conocimiento que tenga el público sea probado. Es por eso que las autoridades administrativas y judiciales no necesariamente tendrán que conocer que un signo distintivo ha logrado "X" o "Y" notoriedad en un rubro en específico. Citando al autor ERNESTO O'FARRELL, ha sostenido con sabiduría que el abogado que debe alegar un hecho notorio no actuaría con la debida diligencia profesional, si no aportara a la causa algún elemento que disipe las dudas que surjan acerca de la alegación de la notoriedad. "Y ello no constituye una contradicción, porque un hecho puede ser notorio sin que sea de conocimiento del tribunal. No puede pedirse a los jueces que conozcan todas las marcas y nombres notorios que hay en el mundo"<sup>47</sup>.

Finalmente, la Sala de lo Contencioso Administrativo ha sostenido que: "deben regir los principios generales en cuanto a materia probatoria se refiere, de tal suerte que la carga de la prueba le corresponde estrictamente al que ejercita la oposición ya que esta no puede ser de oficio, manifestación propia del adagio jurídico "el que afirma debe probar"<sup>48</sup>.

### *3.3. La ausencia de parámetros para la acreditación de signos distintivos notoriamente conocidos en la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos.*

La ausencia de parámetros para la acreditación de la notoriedad marcaria ha sido siempre un reto para nuestras autoridades administrativas y judiciales, ya que ellas deciden en conceder o no este estatus de protección especial. Es claro que si bien, esta ausencia provocó un vacío que data desde la vigencia del Convenio Centroamericano para la Protección de la Propiedad Industrial, nuestros Funcionarios Registrales, Jueces, Magistrados y titulares de signos distintivos, han realizado una loable labor en solucionar tal ausencia. A estas alturas del camino, puedo afirmar sin temor a equivocarme lo innecesario de reformar nuestra ley de marcas a efectos de regular dichos parámetros y descartar lo que algunos estudios apuntan en crear procedimientos especiales para la Declaratoria de Notoriedad Marcaria opción que ha sido adoptada en otras legislaciones.

El valor de los precedentes administrativos y seguimiento de las líneas jurisprudencias en el sistema jurídico salvadoreño son de vital importancia, ya que recaen sobre el principio de seguridad

jurídica el cual es un derecho fundamental<sup>49</sup>, y que es visto como la "estabilidad y continuidad del ordenamiento jurídico y previsibilidad de las consecuencias jurídicas de determinada conducta, es indispensable para la formación de un Estado que se pretenda ser"<sup>50</sup>. Nuestro país sigue la "tradición del *civil law*, en que se afirma la supremacía del legislativo, la ley y los códigos deberían ser tan claros y completos que no pudieran suscitar al juez ninguna duda"<sup>51</sup>. Se sabe, sin embargo, no sólo que la codificación fue incapaz de dar cuenta a lo que se propone – habiendo surgido leyes especiales y de contenido abierto, destinada a dar a los registradores, jueces y magistrados oportunidades de considerar situaciones imprevisibles al legislador<sup>52</sup>.

De tal manera en el sistema del "*civil law*", debe generarse la garantía de previsibilidad en las decisiones administrativas y judiciales, lo cual responde a un tema de seguridad jurídica del sistema.

Como sabemos nuestro país adoptó el modelo de control judicialista especializado, el cual se caracteriza por que los tribunales se encuentran en la justicia ordinaria, ya que éstos pertenecen al Órgano Judicial<sup>53</sup>, dicha competencia le corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo y a la Sala de lo Civil<sup>54</sup> y salen de las competencias del cual pertenece el Registro de la Propiedad Intelectual del Centro Nacional de Registros (CNR-RPI) institución perteneciente al Órgano Ejecutivo.

El término Jurisprudencia suele ser utilizado en dos sentidos, el primero como Ciencia del derecho en general, tal como era utilizada en el Derecho Romano y actualmente entre los alemanes y anglosajones; y en otro sentido como fuente del Derecho que designa el conjunto de criterios de interpretación y aplicación de normas, costumbres y principios generales del Derechos, los cuales son establecidos por los tribunales de justicia<sup>55</sup>. Se utiliza para referirse a dichos criterios cuando proceden del órgano jurisprudencial para uniformar las líneas y criterios, labor atribuida a la Corte Suprema de Justicia.

La jurisprudencia es complemento del ordenamiento jurídico, para que un pronunciamiento judicial sea considerado jurisprudencia debe existir un criterio constante, es decir reiterativo lo cual no implica identidad entre una y otra, sino que en ambas se utilice un mismo criterio o motivación<sup>56</sup>.

Los precedentes o también llamadas prácticas administrativas son las maneras reiterativas de aplicar el Derecho por parte de los

organismos de la Administración Pública. “Ahora bien, es de plantearse la vinculatoriedad u obligatoriedad jurídica de tales prácticas o precedentes administrativos. A tal efecto, es de mencionar, que de alguna manera, la Administración de forma relativa queda sujeta a su precedente, dado que el apartarse de él, en un caso similar, implicaría una actuación arbitraria y discriminatoria”<sup>57</sup>.

Así las cosas, es permitido hacerse la siguiente pregunta ¿Cuáles son los parámetros de acreditación de la notoriedad en el Derecho de Marcas Salvadoreño?

Si bien la respuesta no es fácil, es preciso analizar ciertos parámetros o criterios arrojados por la Jurisprudencia Civil y Contenciosa Administrativa, así como los precedentes de las resoluciones del Registro de la Propiedad Intelectual del Centro Nacional de Registros de El Salvador:

- a) La Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia del uno de marzo de 2004.

Esta sentencia (“COASTER” 1682 Casación S.S) merece especial atención, ya que fue una de las primeras en establecer criterios específicos para la determinación de la notoriedad marcaria. Tal determinación no la hizo bajo una lista taxativa de criterios, por lo cual dejó la posibilidad de evaluar otros criterios. Estimando que ésta sentencia significó una mejoría respecto de la sentencia (“Calvin Klein” 1240-2000<sup>58</sup>), ya que especificó los tipos de criterios cuantitativos y cualitativos que podían ser considerados:

“a) La extensión de su conocimiento entre el público consumidor, como signo distintivo de los productos o servicios para los cuales fue acordado; b) La intensidad y el ámbito de la difusión o publicidad de la marca; c) La antigüedad de la marca y su uso constante; y d) El análisis de producción y mercadeo de los productos que distingue la marca”<sup>59</sup>.

- b) La Sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia del diez de agosto de 2010.

El Tribunal de Justicia en la sentencia (“EL GRAFICO”13-CAM-2009) vuelve hacer hincapié en cuanto a la notoriedad se refiere, considerando que:

“La difusión, constituye un elemento indispensable a evaluar para quien corresponde determinar esta categoría; tanto la doctrina como la jurisprudencia al establecer este concepto, parten de la premisa que “la marca notoria es

aquella que goza de difusión en el sector pertinente del mercado al cual van destinados sus productos o servicios” En tal virtud, constituyendo la difusión un elemento determinante para establecer la notoriedad de una marca”<sup>60</sup>.

Esta sentencia ahondó en la interpretación de la intensidad y el ámbito de la difusión de la marca que ya contenía el texto de la sentencia de la Sala de lo Civil del uno de marzo de 2004 (“COASTER” 1682 Casación S.S).

- c) La Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia del cuatro de octubre de 2010.

El extracto más sobresaliente de la sentencia (“FRESCAZUL” 127-2006) es la relativa a la aplicación de las disposiciones sugeridas por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y la calificación de los criterios cualitativos y cuantitativos que deben ser tomados en consideración:

“Las normas internacionales y nacionales que regulan las marcas notorias, generalmente no contienen una definición de marcas notoriamente conocidas. Sin embargo, algunas normas recientes, prevén una lista no exhaustiva de criterios que pueden concurrir en un caso concreto, indicando que es marca es notoria. Al definir la notoriedad de una marca pueden tomarse en cuenta criterios cuantitativos o cualitativos... Las disposiciones sugeridas por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual OMPI para la protección de las marcas notoriamente conocidas, estipulan que, para determinar si una marca ha de protegerse como marca notoria, bastará con que sea conocida por el sector pertinente del público en el territorio que ha de protegerse como tal”<sup>61</sup>.

- d) La Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia del dos de mayo de 2011.

La sentencia (“DEQUIPOS” 238-2008) hace una construcción doctrinal del concepto de marca notoriamente conocida estableciendo:

“Que es aquella que se entiende que es conocida por la mayor parte del sector pertinente del público consumidor del producto o servicio que se distinga con ella, debido a la reputación adquirida por su uso y difusión. En otras palabras es la conocida por la gran mayoría de los consumidores que

usualmente adquieren o contratan los servicios o productos que la misma ampara”<sup>62</sup>.

Tal concepto es totalmente conforme a la definición legal del artículo 2 de la LMOSE. Más adelante la misma sentencia establece dos supuestos básicos para que una marca sea considerada como notoriamente conocida, estos son: “(i) que la marca haya sido utilizada intensamente dentro de un determinado país; y, (ii) que tenga un amplio reconocimiento en el mercado que se utiliza.”<sup>63</sup> De la lectura de estos dos supuestos, no queda muy claro el lugar donde debe probarse la notoriedad. Al respecto es necesario relacionar el artículo 6 bis del Convenio de París, el cual establece que: “la autoridad competente del país del registro o del uso estimare ser allí notoriamente conocida”. Por lo tanto la notoriedad de la marca debe existir en el lugar donde se pretende la protección<sup>64</sup>, tal condición es ratificada por el artículo 16.2 del Acuerdo ADPIC y no puede ser de otra manera, ya que los consumidores solo pueden confundirse si relacionan la marca nueva con la notoria, lo cual es imposible si ignorarán la existencia de esta última.<sup>65</sup> El referido artículo dispone: “Al determinar si una marca de fábrica o de comercio es notoriamente conocida, los Miembros tomarán en cuenta la notoriedad de esta marca en el sector pertinente del público inclusive la notoriedad obtenida en el Miembro de que se trate como consecuencia de la promoción de dicha marca”.

Hay quienes tienden a confundir el uso con la promoción de la marca. En estos términos lo importante es que sea conocida en el país donde se pretende la protección. “La promoción no requiere el uso en el país en que se reclama la protección, y puede ser una promoción realizada en el extranjero, pero conocida en el país en que se reclama la protección”<sup>66</sup>.

Una de las preguntas que se formulan a menudo ¿Qué hacer si una marca ha alcanzado notoriedad en un país, región o continente pero tal notoriedad todavía no se ha propagado al país donde se reclama la protección? Esta es una de las clases de maniobras que realizan algunos comerciantes, solicitando y registrando marcas que no son notoriamente conocidas en los territorios. “Conforme al texto del art 6 bis

del Convenio de París, la protección se confiere a las marcas notorias en la medida que ellas hayan alcanzado notoriedad en el país donde se procura la protección. El Acuerdo ADPIC no innova al respecto<sup>67</sup>. Lo anterior constituye una debilidad del sistema registral, el cual no es posible subsanar con el marco legal vigente, no obstante, queda la posibilidad de acudir al Órgano Judicial con el fin de declarar la nulidad de la marca, claro está que el titular de la marca no registrada deberá probar la mala fe del titular de la marca registrada.

- e) La Resolución Final de Apelación del Registro de la Propiedad Intelectual del Centro Nacional de Registros del tres de octubre de 2014, con número de Expediente 88848-2007. La Dirección del Registro de la Propiedad Intelectual, argumentó su resolución en las disposiciones de la Recomendación conjunta de la Asamblea de la Unión de París y la OMPI, relativa a la protección de las marcas notoriamente conocidas (ROMN), estableciendo que los lineamientos dados por ésta se encuentran en armonía con las exigencias establecidas por la Jurisprudencia emanada por la Sala de lo Civil ("Calvin Klein"1240-2000), en cuanto a "la utilización intensa del país y el amplio reconocimiento dentro del mercado que se utiliza"<sup>68</sup>. Así las cosas, vemos como la Oficina Registral motivó su resolución en la jurisprudencia de la Sala de lo Civil y en la (ROMN).

En este mismo sentido se pronunció la referida Dirección en la Resoluciones Finales de Apelación de los trámites de inscripciones de las marcas: "POWERFRAME"<sup>69</sup> y "Tiffany Jeans"<sup>70</sup>, en donde se relacionó que a efecto de verificar la notoriedad marcaria podrán analizarse las pautas orientativas de la (ROMN).

- f) LA DESTACADA SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO del catorce de abril de 2015, con Número de Referencia (385-2010). Esta sentencia hoy en día es la más importante en la consolidación del sistema de protección de la marca notoria y famosa en El Salvador, ya que el Tribunal Contencioso Administrativo, se pronunció en forma contundente e inequívoca sobre los criterios para la protección especial de las marcas notoriamente conocidas, lo cual cito:

“Esta Sala está de acuerdo en el carácter cuasi vinculatorio que tienen las decisiones de la OMPI, ya que como Estado parte que es El Salvador, las llamadas recomendaciones, tienen un carácter cuasi obligatorio en tanto y en cuanto el organismo multinacional encargado de la protección marcaria a nivel mundial, prevé lineamientos para la correcta interpretación y valoración de las marcas notorias, con el objeto de armonizar su protección a nivel internacional. En consecuencia, las recomendaciones de la OMPI deben analizarse desde la fuente que emana (de carácter internacional), hacia los países parte a la que va dirigida (para el caso concreto El Salvador); donde si bien nuestro país, es un Estado parte más, no debe descuidarse la extensión territorial del mismo”.

Esto equivale a un reconocimiento expreso del carácter *cuasi vinculatorio* de “la Recomendación conjunta de la Asamblea de la Unión de París y la OMPI, de 29 de septiembre de 1999, relativa a la protección de las marcas notoriamente conocidas”. Lo cual ayudara a la autoridad competente a inferir si una marca es o no, notoriamente conocida, no obstante la misma sentencia dice: «sin embargo, esta autoridad competente no se limitará a conceder automáticamente la categoría de marca notoria, con el mero hecho de ver cumplido esos seis elementos; pues este lineamiento es solo una parte del análisis que cada registro deberá realizar.»<sup>71</sup> Esto forma parte del nivel de discrecionalidad conferido a los Registradores, Jueces y Magistrados para analizar las particularidades de cada caso que se someta a su valoración.

Los lineamientos aludidos son:

“1. el grado de conocimiento o reconocimiento de la marca en el sector pertinente del público; 2. la duración, la magnitud y el alcance geográfico de cualquier utilización de la marca; 3. la duración, la magnitud y el alcance geográfico de cualquier promoción de la marca, incluyendo la publicidad o la propaganda y la presentación, en ferias o exposiciones, de los productos o servicios a los que se aplique la marca; 4. la duración y el alcance geográfico de cualquier registro, y/o cualquier solicitud de registro, de la marca, en la medida en que reflejen la utilización o el reconocimien-

to de la marca; 5. la constancia del ejercicio satisfactorio de los derechos sobre la marca, en particular, la medida en que la marca haya sido reconocida como notoriamente conocida por las autoridades competentes; y 6. El valor asociado a la marca<sup>72</sup>.

### *3.4. Epílogo de la protección jurídica de la marca notoria y famosa en El Salvador desde la entrada en vigor de la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos del 2002.*

Al hacer una evaluación general de los conceptos vertidos por la legislación y pronunciamientos emanados por autoridades administrativas y judiciales, vemos que la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos retoma las disposiciones contenidas en el Convenio de París y Acuerdo ADPIC, construyendo de esta forma las definiciones de marca notoria y marca famosa, las cuales quedaron estipuladas en el artículo 2 literales b) y c).

El signo distintivo notoriamente conocido: es aquel que es conocido por el sector idóneo del público o en los círculos empresariales afines al mismo y tal calidad la ha adquirido como consecuencia de su promoción. En este sentido, la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Civil ha sostenido que no es el simple registro el que eleva la categoría de marca notoriamente conocida, sino la difusión que de ella se haga en los mercados, es decir que lo determinante deberá ser siempre el grado de conocimiento que tengan los consumidores específicos.

Para tales fines debemos diferenciar el uso y la promoción, el artículo 41-B establece que el uso es cuando los productos o servicios que la marca: "...distingue han sido puestos en el comercio y se encuentran disponibles en la cantidad y del modo que normalmente corresponde..." y la promoción debemos entenderla como las acciones realizadas por el titular con el objeto que los consumidores conozcan los productos o servicios identificados con la marca, lo anterior involucra una gran cantidad de contenido "(por ejemplo, especificación de los detalles del producto, comparaciones del producto, imagen y calidad) y de medios (por ejemplo, televisión, radio, internet, medios gráficos, packaging<sup>73</sup> y marketing directo)<sup>74</sup>.

En definitiva, si bien el uso de la marca en el país que se pretende la protección puede ser un excelente indicio de notoriedad, éste no puede exigirse en forma infalible, ya que lo esencial es el grado de conocimiento que tengan los consumidores como consecuencia de la

promoción de la marca. Así las cosas, la marca notoriamente conocida es una excepción al principio de territorialidad, de conformidad al artículo 5 inciso cuarto de la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos. En cuanto a la regla de especialidad, en principio solo se rompe para aquellos productos o servicios idénticos o relacionados. A mi juicio deben considerarse las particularidades del caso, ya que la marca notoria no es una figura estática y puede estibar con la fama.

El signo distintivo famoso: es aquel que es conocido por el público en general en el país o fuera de él. Tal definición es totalmente conforme con la llamada "Doctrina de las marcas famosas", la cual ha sido expuesta como criterio por parte de OMPI «Se acuerda de manera especial un ámbito de protección amplio... Para ser considerada como "marca famosa", la marca debe ser reconocida como notoria por el público en general, o por una parte importante de los consumidores. En tal caso la marca famosa es susceptible de protección contra el registro, o el uso por terceros de una marca idéntica o similar para productos incluso diferentes a los del titular de la marca famosa»<sup>75</sup> No obstante, debe considerarse el hecho que los consumidores sean inducidos a error respecto del origen de los productos. Sumado a lo anterior la "marca famosa" es capaz de romper con los principios de territorialidad y especialidad, esto se justifica ya que algunos titulares de marcas muy conocidas licencian sus distintivos para que sean empleadas en una amplia gama de variedad de productos como: "Coca-Cola", "Rolls Royce", "Porsche", "Ferrari", "PEPSI" y "Disney" autorizan su utilización como modelo decorativo de indumentaria, joyería, encendedores, memorias USB, plumas, lapiceros, naipes, vasos y cualquier clase de productos.

Es necesario puntualizar, en cuanto a los criterios aplicables para la determinación de la notoriedad o fama de signos distintivos. Es línea jurisprudencial de la Sala de lo Civil y de la Sala de lo Contencioso Administrativo que los criterios para la acreditación deben manejarse a través de una "lista no exhaustiva de criterios"<sup>76</sup>, es decir que "Tal determinación no la hizo bajo una lista taxativa de criterios"<sup>77</sup>. Dicho lo anterior, lo primordial es demostrar la difusión que ha tenido la marca en el público, en éste punto no hago distinción entre radios de conocimiento del público, ya que la difusión es exigida tanto a marcas notorias como famosas.<sup>78</sup>

Ahora bien, ¿Cómo se prueba esa difusión en el mercado? "Al definir la notoriedad pueden tomarse en cuenta criterios cuantitativos o cualitativos"<sup>79</sup> "los primeros se orientan hacia al número o

la proporción de personas que conocen la marca y los segundos toman en cuenta el valor comercial de la marca como instrumento de promoción y venta de los productos en el mercado, en función de lo cual se puede asignar un valor monetario a la marca”<sup>80</sup>. En ese orden de ideas, se ha sostenido en sede administrativa (88848-2007)<sup>81</sup> (93489-2009)<sup>82</sup> (112121-2011)<sup>83</sup> y judicial (127-2006)<sup>84</sup> (385-2010)<sup>85</sup> que las pautas orientativas de la ROMN son cuasi vinculantes. De tal manera que los parámetros ahí desarrollados pueden ser tomados en consideración por el Registrador, Juez o Magistrado a la hora de valorar la notoriedad o no de “X” o “Y” marca. Recordemos la sentencia del dos de mayo de dos mil once (232-2008) la cual estableció dos supuestos básicos para que una marca sea considerada como notoriamente conocida: « (i) que la marca haya sido utilizada intensamente dentro de un determinado país; y, (ii) que tenga un amplio reconocimiento en el mercado que se utiliza.»<sup>86</sup> Para cumplir con estos dos supuestos básicos valoraremos las disposiciones contenidas en la ROMN.

### *3.5. Casos que refieren a la prueba de la notoriedad marcaria*

Doctrinalmente existen dos tendencias en cuanto a la prueba de la notoriedad marcaria, la primera sostiene que la notoriedad de una marca no requiere prueba, es decir que si ésta necesita prueba, tal notoriedad es inexistente o al menos cuestionable; y la segunda establece que la notoriedad siempre debe ser probada, inclusive cuando ya se tengan pronunciamientos anteriores que le den tal condición.

La primer tendencia es cuestionable y limitada, ya que no considera la posible oscilación entre una marca notoria y una famosa. Además no considera el probable desconocimiento que se tenga de la marca del funcionario que valora ya que ellos no están obligados a conocer la notoriedad marcaria en los rubros de la mecánica automotriz, la salud o la construcción.

- a) La Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia del dos de mayo de 2011. En esta sentencia (238-2008) hizo relación al principio “los hechos notorios no deben ser probados”, no obstante, es indispensable que el titular de una marca notoria utilice los medios de prueba idóneos para acreditar su condición. De esta forma dilucida cualquier duda que gravite entorno a la notoriedad de su distintivo.

“[E]l principio “notoria non egent probatione”, es decir, “los hechos notorios no es necesario probarlos”, tiene clara aplicación en aquellas marcas internacionalmente reconocidas, tal es el caso, por ejemplo de la marca “Coca-Cola”, cuyo amplísimo grado de conocimiento entre los consumidores, no parece que necesite de una prueba, por lo que puede ser admitido directamente por los Tribunales o por la autoridad administrativa como hecho notorio que no necesite prueba alguna. Es por ello que, en la medida que sea mayor la notoriedad de la marca, aumentará la protección que merece el titular de la misma, como consecuencia de la dedicación y esfuerzo que hizo de obtener ese prestigio. No obstante lo anterior, pueden haber supuestos en los que no esté claro si la marca en cuestión es notoria o no, en tales casos, lo aconsejable es ejecutar la correspondiente actividad probatoria. La doctrina señala que entre más conocimiento tenga el público consumidor de la marca, más fácil será la aportación de la prueba, ya que esta se puede ofrecer a través de actos de venta del producto o de prestación del servicio, y, por medio de la publicidad.”<sup>87</sup>

Dicho lo anterior, “el titular de una marca que debe alegar un hecho notorio actuaría con cierta negligencia, si no aportara los elementos que acrediten la notoriedad de su marca. Esto no constituye una contradicción, porque un hecho notorio sin que sea del conocimiento del Registro, Juzgado o Tribunal, no puede, ni debe pedirse que las autoridades conozcan todas las marcas notorias y famosas”.<sup>88</sup>

Se concluye que el que pretenda hacer valer esta clase de protección especial, deberá evidenciarlo en cada ocasión que sea necesario demostrarlo, en iguales términos se pronunció la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del diecinueve de diciembre de 2012 en el proceso de referencia (“DEQUIPOS” y diseño 299-2008)<sup>89</sup>.

### *3.6. Casos en que la protección conferida a la notoriedad se ve afectada o su protección se invierte.*

En la jurisprudencia y precedentes administrativos del Derecho de Marcas Salvadoreño, encontramos un reducido número de casos en que la protección a la notoriedad se desvía de su curso normal, es decir rompiendo los principios de territorialidad, registrabilidad y

especialidad, esto fundado en la poca o nula probabilidad de error o confusión en los consumidores, me permito citar los siguientes casos:

- a) La Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia del cuatro de octubre de 2010.

En esta sentencia (127-2006) la empresa GORCO LIMITADA DE CAPITAL VARIABLE., solicitó el registro de la marca denominada: FRESCAZUL, para identificar productos de la clase 32 del Nomenclátor Internacional de Productos y Servicios de Niza. Ante lo cual la sociedad Estadounidense THE COCA COLA COMPANY., presentó la oposición al registro basada en la violación del signo distintivo notoriamente conocido denominado: FRESCA, la cual identifica productos de la clase 32 del Nomenclátor Internacional de Productos y Servicios de Niza.

El extracto más sobresaliente de dicha sentencia es:

Marcas notorias son las generalmente conocidas, en los círculos comerciales interesados de un país. La notoriedad de las marcas le fortalece su protección. La notoriedad de estos productos se debe a la publicidad y que esta puede ser fácilmente encontrada por el consumidor, debido a la intensa publicidad. La notoriedad de la marca FRESCA, consiste en ser una marca descriptiva de los productos que ampara y que ésta es un término común, al grado de constituirlo una marca débil porque solo le son oponibles términos idénticos<sup>90</sup>(lo subrayado es mío).

En este caso el Tribunal Contencioso Administrativo, determinó que si bien la marca FRESCA, era notoriamente conocida. Tal notoriedad se ve afectada por el contenido conceptual que ésta tiene respecto de los productos identificados. De tal manera, se catalogó como un signo distintivo débil, por consistir en una palabra de uso común. Concluyendo que ésta solo podía oponerse a terceros que pretendan inscribir una marca idéntica.

- b) La Resolución Final de Apelación del Registro de la Propiedad Intelectual del Centro Nacional de Registros en el incidente de oposición con número de expediente 067952-07. De tal resolución se extrae el concepto de *goodwill*, el cual alude a la buena fama y reputación del producto o servicio.

En este caso vemos un fenómeno poco usual y es el hecho que la autoridad administrativa estudia la posibilidad de la coexistencia de dos signos distintivos notoriamente conocidos. El primero denominado POLLO CAMPERO y el segundo denominado CAMPESTRE ambos signos distinguiendo servicios de restaurantes, para la Clase 43 del Nomenclátor Internacional de Productos y Servicios de Niza.

"[S]e aprecia que la marca solicitada: "CAMPESTRE", ha logrado una aceptación y presencia territorial importante en el campo restauranero, esto como consecuencia del uso y una intensa campaña publicitaria que ha ganado el favor de los consumidores en El Salvador. Por otra parte tenemos a la marca: "CAMPERO" y diseño, la cual ineludiblemente es notoriamente conocida para el campo de los servicios restauraneros, resultado obtenido por la reputación que ha ganado en amplios sectores de la población salvadoreña, consecuencia de los esfuerzos dedicados por su titular en el uso y difusión de la marca"<sup>91</sup>.

Es así que la Dirección del Registro de la Propiedad Intelectual, resolvió que el riesgo de confusión se altera ya que estamos frente a dos signos distintivos notorios. Por lo que el factor de notoriedad en el riesgo de error o confusión se INVIERTE determinándose que la notoriedad de cada una de las marcas en conflicto proveen su diferenciación en el comercio. Por lo que NO se configuró la aplicación de las prohibiciones por afectación de derechos a terceros contenidas en la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos, en relación al artículo 6 Bis del Convenio de París y del artículo 16 del Acuerdo ADPIC.

- c) La Resolución Final de Apelación de la Dirección Ejecutiva del Centro Nacional de Registros, sobre el incidente de oposición con número de expediente. 63419-06.

Esta resolución recayó en el conflicto sostenido entre la sociedad «PRADA S.A.» de nacionalidad Luxemburguesa y la sociedad «MUEBLES METÁLICOS PRADO, S.A DE C.V.» de nacionalidad salvadoreña, ya que ésta última solicitó la marca denominada "PRADO" y diseño, para identificar productos de la clase 25 de Niza. Lo más destacable del razonamiento hecho por la Dirección fue: «Cuando las marcas gozan de fama, difícilmente son confundibles con marcas

comunes y mucho menos cuando ambas marcas son famosas, como en el caso de la marca Prado<sup>92</sup>.

Este argumento es totalmente válido, ya que la probabilidad de error o confusión se hace improbable si los signos distintivos cotejados son notoriamente conocidos o famosos. Así las cosas, si el Funcionario Registral, Juez o Magistrado se coloca en los pies del consumidor promedio esta confusión se vuelve sustancialmente improbable.

- d) La Resolución Final de Apelación de la Dirección Ejecutiva del Centro Nacional de Registros, sobre el incidente de oposición contra las diligencias de inscripción de la marca "TEXAS GAS" con número de expediente. 2842-00.

En el presente caso, la sociedad de origen estadounidense TEXACO INC., objetó las diligencias de inscripción de la marca: TEXAS GAS a favor de la sociedad salvadoreña COMERZIALIZADORA SALAM, S.A. de C.V., ante lo cual la Dirección Ejecutiva del Centro Nacional de Registros consideró: que si bien es cierto existen coincidencias entre la marca TEXACO respecto de la marca TEXAS GAS ésta no es capaz de generar error o confusión respecto de los productos o servicios identificados. De lo anterior, se le suma el hecho que la marca TEXACO es una marca notoriamente conocida, por lo cual la probabilidad de error o confusión se ve disminuida<sup>93</sup>. Éste es un típico caso en que la notoriedad alejó aún más la semejanza en grado de confusión, permitiendo de esta manera su coexistencia.

## **Conclusiones**

Como ya se analizó, cuando se aprobó la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos, los parámetros para acreditar la notoriedad fue dejada a cargo de las autoridades administrativas y judiciales, es decir, que las autoridades son las competentes para reputar la notoriedad o fama marcaria.<sup>94</sup>

La praxis administrativa y judicial ha ayudado a sentar las bases para el seguimiento de una línea de precedentes administrativos y jurisprudenciales en materia de Propiedad Intelectual. Estos precedentes y línea jurisprudencial deben ser imperativos en la búsqueda de la seguridad jurídica, lo cual provoca previsibilidad para los titulares de los activos intangibles. Las resoluciones antes aludidas son emanadas por Tribunales de alta jerarquía o por la misma autoridad

que las emite, estas últimas se les denomina (auto precedentes). Aclarando, que los precedentes no son instituciones inamovibles, estos pueden ser modificados y perfeccionados, siendo el requisito sine qua non el deber de motivación jurídica, ante lo cual debe considerarse todos los aspectos que gravitan alrededor del caso en concreto.

Hoy en día, vemos como las decisiones judiciales empiezan a llenar vacíos que encontramos en nuestra legislación. Lo anterior, a mi juicio va acorde a la constante transformación y evolución de nuestro sistema jurídico.

El Tribunal Contencioso Administrativo, ha sostenido en reiteradas ocasiones que la motivación jurídica constituye un elemento esencial en la actividad administrativa del Estado, ya que por medio de ésta el administrado conoce las circunstancias fácticas y jurídicas que motivan la legalidad de las actuaciones.<sup>95</sup> Esta motivación aplica tanto al ámbito administrativo como judicial.

Es sumamente importante, el valor de los antecedentes judiciales y administrativos que versan sobre el derecho de marcas. No obstante, es necesario reconocer las circunstancias propias de cada caso en particular. "Siempre es necesario tener en cuenta las circunstancias adjetivas de la causa."<sup>96</sup>

Deseo puntualizar, que el reto que nos demanda la sociedad salvadoreña representada por los profesionales, comerciantes, industriales, y los consumidores en general, debe ser atendido de manera responsable y reflexiva, buscando en cada conflicto el cumplimiento de ley. Ante lo cual debemos buscar soluciones en aras de procurar una pronta y cumplida justicia, tratando de calmar las pasiones y primando, en el ejercicio de la función pública la imparcialidad y equidad. Condiciones indispensables para mantener la confiabilidad en la institucionalidad democrática del país.

Como ya se expuso a lo largo de la presente investigación, ha existido una constante transformación en la valoración y acreditación de las marcas notorias y famosas. Sin temor a equivocarme, es posible afirmar que las bases para una correcta protección de signos distintivos notoriamente conocidos y famosos están sentadas<sup>97</sup>, tal proceso ha sido consecuencia de los esfuerzos interpretativos realizados por los actores vinculados al sector de la Propiedad Intelectual, lo cual es un baluarte en el desarrollo de ésta hermosa materia.<sup>98</sup>

## NOTAS

- 1 Ley de Marcas y otros Signos Distintivos. 2002, Art. 2 literal d).
- 2 En la presente exposición utilizaremos como sinónimos Signos Distintivos Famosos, Marcas Famosas y Marcas Renombradas, puesto que la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos de El Salvador, clasifica los grados de notoriedad en Signos Distintivos Notoriamente Conocidos y Signos Distintivos Famosos.
- 3 Ley de Marcas y otros Signos Distintivos, 2002, art. 2 literal b) "SIGNO DISTINTIVO NOTORIAMENTE CONOCIDO: UN SIGNO DISTINTIVO CONOCIDO POR EL SECTOR IDÓNEO DEL PÚBLICO O EN LOS CÍRCULOS EMPRESARIALES AFINES AL MISMO, COMO PERTENECIENTE A UN TERCERO, QUE HA ADQUIRIDO DICHA CALIDAD POR SU USO EN EL PAÍS O COMO CONSECUENCIA DE LA PROMOCIÓN DEL MISMO".
- 4 Ley de Marcas y otros Signos Distintivos, 2002, art. 2 literal c) "SIGNO DISTINTIVO FAMOSO: AQUEL SIGNO DISTINTIVO QUE ES CONOCIDO POR EL PÚBLICO EN GENERAL, EN EL PAÍS O FUERA DE ÉL".
- 5 Ley de Marcas y otros Signos Distintivos, 2002, art. 5 inciso primero "La propiedad de las marcas y el derecho a su uso exclusivo se adquiere mediante su registro de conformidad con este ley."
- 6 En la presente exposición utilizaremos como sinónimos Signo Distintivo Famoso, Marca Famosa y Marca Renombrada, puesto que la Ley de Marcas y Otros Signos Distintivos de El Salvador, las denomina: como Signos Distintivos Famosos.
- 7 Marcas (Convenio Centroamericano), Decreto Legislativo, 29/09/1988, N°85.
- 8 Cfr. ¿Qué es la OMPI? (wipo.int, 2016) [Disponible en línea en] <http://www.wipo.int/about-wipo/es/index.html> [acceso 01 de Junio de 2016].
- 9 Cfr. ¿Qué es la OMC? (wto.org, 2016) [Disponible en línea en] [https://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/whatis\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/whatis_s.htm) [acceso 01 de Junio de 2016].
- 10 Cfr. Constitución de la República de EL Salvador, 1983, art.103.
- 11 Cfr. CONSIDERANDO II y III de la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos de El Salvador, 2002.
- 12 Cfr. Ley de la Propiedad Industrial, México, de M Arts. 92 en relación con el 87.
- 13 Revista del Tribunal Registral Administrativo, Ministerio de Justicia y Paz, San José, Costa Rica, 2015, Juez Administrativo Suárez Baldano, Pedro Daniel: "nuestro país ha optado por un sistema mixto de protección marcaria que incluye aspectos declarativos y constitutivos referentes al registro de marcas. El sistema declarativo protege la marca que está en uso justamente de la competencia desleal y el enriquecimiento sin causa, reconociendo el derecho de quien la tiene en uso de proteger la marca y la clientela construida alrededor de ella."
- 14 Cfr. Ley de Marcas y otros Signos Distintivos, 2002, art.5.
- 15 Citando la Historia de Creación del CNR (cnr.gob.sv) [disponible en línea en <http://www.cnr.gob.sv/historia/>] [acceso 07 de Marzo 2016].
- 16 Ley de Marcas y otros Signos Distintivos, 2002, Competencia del Registro Art. 104. – "La administración de la propiedad industrial para los efectos de la presente ley, estará a cargo del Registro, que es una dependencia del Centro Nacional de Registros. El Registro será dirigido por un Director que sea Abogado y Notario, o profesional de cualquier otra rama; y contará también con Registradores Auxiliares que sean Abogados y Notarios".

- 17 Constitución de la República de El Salvador, 1983, art.86. "Los funcionarios del Gobierno son delegados del pueblo y no tienen más facultades que las que expresamente les da la ley".
- 18 Constitución de la República de El Salvador, 1983, art.173. "La Corte Suprema de Justicia estará compuesta por el número de Magistrados que determine la ley, los que serán elegidos por la Asamblea Legislativa y uno de ellos será el Presidente". La Ley Orgánica Judicial, 1984, Art. 4. "La Corte Suprema de Justicia estará organizada en cuatro Salas, que se denominarán: Sala de lo Constitucional, Sala de lo Civil, Sala de lo Penal y Sala de lo Contencioso Administrativo".
- 19 Constitución de la República de El Salvador, 1983, art.187. "El Consejo Nacional de la Judicatura es una institución independiente, encargada de proponer candidatos para los cargos de Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, Magistrados de las Cámaras de Segunda Instancia, Jueces de Primera Instancia y Jueces de Paz" y la Ley del Consejo Nacional de la Judicatura, 1999. "El Pleno del Consejo es el órgano superior de dirección y administración del Consejo Nacional de la Judicatura y estará integrado por siete (2) Consejales propietarios..."
- 20 Ley de Marcas y otros Signos Distintivos, 2002, Acción Contra un Acto de Competencia Desleal artículo 102.
- 21 Ley de Marcas y otros Signos Distintivos, 2002 Nulidad del Registro artículo 39.
- 22 Ley de Marcas y otros Signos Distintivos, 2002, Anulación del Registro artículo 74.
- 23 Ley de Marcas y otros Signos Distintivos, 2002, Cancelación del Registro de la Marca por Falta de Uso artículo 41-A.
- 24 Ley de Propiedad Intelectual, 1993, Considerando I, II, III y IV.
- 25 Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 1978, Artículo 1 "Erígese la jurisdicción contencioso administrativa como atribución de la Corte Suprema de Justicia. La potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en esta materia corresponde a la Sala de lo Contencioso Administrativo". Artículo 2 "Corresponderá a la jurisdicción contencioso administrativa el conocimiento de controversias que se susciten en relación con la legalidad de los actos de la Administración Pública".
- 26 Citando la "HISTORIA DE CREACION DEL CNR (cnr.gob.sv) [disponible en línea en]" <http://www.cnr.gob.sv/historia/> [acceso 07 de Marzo 2016].
- 27 OLIVA DE LA COTERA Roberto, "Derecho Administrativo" Editorial Ricaldone, 1ª Edición, San Salvador 2013. Pág. 36.
- 28 Cfr. Artículo 1. Nueva Ley de la Jurisdicción de la Contencioso Administrativa, 2018.
- 29 Artículo 7 literal a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.
- 30 Cfr. OLIVA DE LA COTERA Roberto, "Derecho Administrativo" Editorial Ricaldone, 1ª Edición, San Salvador 2013. Pág. 181.
- 31 La aplicación de las normas del CCPPI siguieron siendo aplicadas a las solicitudes que ingresaron antes del año 2002.
- 32 «INDUSTRIAS MIKE MIKE. S.A de C.V.» vs «REGISTRO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL» Expediente: Resolución Final de Apelación, resolución mediante la cual se confirmó la declaratoria de sin lugar de la marca: "TOMMY HILFIGER", con número de expediente 2470-95, Dirección del Registro de la Propiedad Intelectual, Registro de la Propiedad Intelectual, Centro Nacional de Registros 15/06/2005.

- 33 «CORPORACION MERCANTIL SALVADOREÑA S.A de C.V.» vs «REGISTRO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL» Expediente: Resolución Final de Apelación, resolución mediante la cual se confirmó la declaratoria de sin lugar de la marca: "DOS PINOS", con número de expediente 248-91, Dirección Ejecutiva del Centro Nacional de Registros 23/05/2005.
- 34 «MARS INCORPORATED» vs. «INVERSIONES CENTROAMERICANAS, S.A. DE C.V.» Expediente: Resolución Final de Apelación, mediante la cual se acogió la oposición contra las diligencias de inscripción de la marca "PEDIGREE", con número de expediente 2018-00, Dirección Ejecutiva del Centro Nacional de Registros 26/09/2005.
- 35 «DIZAC, S.A. DE C.V.» vs «REGISTRO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL» Expediente: Resolución Final de Apelación, resolución mediante la cual se confirmó la declaratoria de sin lugar de la marca: "CORVETTE", con número de expediente 3671-99, Dirección Ejecutiva del Centro Nacional de Registros 28/07/2006.
- 36 «CONTINENTAL MOTORES, S.A. DE C.V.» vs. «Registro de la Propiedad Intelectual» Expediente: Resolución Final de Apelación, mediante la cual se declaró sin lugar la solicitud de inscripción de la marca "NEW BEETLE", con número de expediente 3528-99, Dirección Ejecutiva del Centro Nacional de Registros 05/07/2005.
- 37 "Calvin Klein Trademark Trust, vs Calvin Klein Company, S.A de C.V." Casación Civil para Declarar la Nulidad de la marca "Calvin Klein" 09/05/2000. Referencia 1240-2000. En CDJ (acceso 02/03/2016).
- 38 Cfr. FUNES LIZAMA, Alcides "LA ACREDITACIÓN DE MARCAS NOTORIAMENTE CONOCIDAS DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS Y LA JURISPRUDENCIA SALVADOREÑA" Universidad Austral, Buenos Aires 2016. Pág. 30. «en virtud del principio de especialidad, la protección del propietario de una marca se circunscribe a los productos o servicios para los que haya sido registrada o para aquellos que puedan provocar riesgo de confusión en los consumidores, esto fundado en el derecho negativo del "ius excludendi" del derecho de marcas. El principio de especialidad se basa en el poder de exclusión que tiene el titular de una marca el cual únicamente alcanza a los signos que se utilicen o que se quieran registrar con relación a bienes idénticos o semejantes a aquellos respecto de los cuales la marca ha sido registrada».
- 39 "Calvin Klein Trademark Trust, vs Calvin Klein Company, S.A de C.V. Casación Civil para Declarar la Nulidad de la marca "Calvin Klein" 09/05/2000. Referencia 1240-2000. En CDJ (acceso 02/03/2016)
- 40 "Calvin Klein Trademark Trust, vs Calvin Klein Company, S.A de C.V." Casación Civil para Declarar la Nulidad de la marca "Calvin Klein" 09/05/2000. Referencia 1240-2000. En CDJ (acceso 02/03/2016).
- 41 "Calvin Klein Trademark Trust, vs Calvin Klein Company, S.A de C.V." Casación Civil para Declarar la Nulidad de la marca "Calvin Klein" 09/05/2000. Referencia 1240-2000. En CDJ (acceso 02/03/2016).
- 42 Calvin Klein Trademark Trust, vs Calvin Klein Company, S.A de C.V. Casación Civil para Declarar la Nulidad de la marca "Calvin Klein" 09/05/2000. Referencia 1240-2000. En CDJ (acceso 02/03/2016).
- 43 PAYLESS SHOESOURCE WORLDWIDE INC., vs PIEL Y CALZADO, S.A DE C.V." Casación Civil para Declarar la Nulidad de la marca "COASTER" 01/03/2004. Referencia 1682 Casación S.S. En CDJ disponible en [<http://jurisprudencia.gob.sv/>] (acceso 02/03/2016).

- 44 PAYLESS SHOESOURCE WORLDWIDE INC., vs PIEL Y CALZADO, S.A DE C.V." Casación Civil para Declarar la Nulidad de la marca "COASTER" 01/03/2004. Referencia 1682 Casación S.S. En CDJ disponible en [<http://jurisprudencia.gob.sv/>] (acceso 02/03/2016).
- 45 Ley de Marcas y otros Signos Distintivos, 2002, art. 5 inciso cuatro
- 46 MITELMAN, Carlos Octavio, Marcas y otros signos distintivos Tomo 1. – 1ª Edición, La Ley, Buenos Aires, 2015, pág. 594.
- 47 MITELMAN, Carlos Octavio, Marcas y otros signos distintivos Tomo 1. – 1ª Edición, La Ley, Buenos Aires, 2015, págs. 594-595.
- 48 PEPSICO INC, vs EDT EL SALVADOR, S.A. DE C.V." Contencioso Administrativo sobre las diligencias de inscripción de la marca "RUFITAS" 05/02/2004. Referencia 96-P-00. En CDJ (acceso 02/03/2016).
- 49 Constitución de la República de El Salvador Art.1: "El Salvador reconoce a la persona humana como el origen y el fin de la actividad del Estado, que está organizado para la consecución de la justicia, de la seguridad jurídica y del bien común".
- 50 MARINONI, Luiz Guilherme, "Bases Para Un Sistema De Precedentes Judiciales", Editorial Cuscatleca, 1ª Edición, San Salvador 2013, Pág.119.
- 51 MARINONI, Luiz Guilherme, "Bases Para Un Sistema De Precedentes Judiciales", Editorial Cuscatleca, 1ª Edición, San Salvador 2013, Pág.122
- 52 Cfr. MARINONI, Luiz Guilherme, "Bases Para Un Sistema De Precedentes Judiciales", Editorial Cuscatleca, 1ª Edición, San Salvador 2013, Pág.122
- 53 Cfr. OLIVA DE LA COTERA, Roberto, *Derecho Administrativo*, Editorial Ricaldone, 1ª Edición, San Salvador 2013. Pág. 157.
- 54 Véase el Subtítulo 1.2 Autoridad Judicial Competente, Título Consideraciones Previas, Capítulo Tercero Regulación de Marcas Notoriamente Conocidas y Famosa en el Derecho Salvadoreño.
- 55 Cfr. MENA GUERRA, Ricardo, Valor y Función de la Jurisprudencia en el Derecho Administrativo "Especial Referencia al régimen Jurídico Salvadoreño" 1ª Edición, USAID Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional-El Salvador, San Salvador 2011. Pág. 33.
- 56 *Ibidem.* MENA GUE... Págs. 36-37 se cita lo manifestado por el autor RIVERO ORTEGA, quien en su obra "Precedente, Jurisprudencia y Doctrina Legal en derecho público: Reconsideración de las sentencias como fuente del derecho" "distingue entre jurisprudencia, doctrina legal y precedente como términos que suelen confundirse a) la jurisprudencia es el conjunto de sentencias con valor normativo especial –no sólo complementario que deben ser tenidas en cuenta y respetadas por los órganos judiciales a la hora de interpretar y aplicar Derecho; b) Doctrina legal se refiere a la invocación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en reiteración de sentencias, como un motivo de infracción que justifica la interposición del recurso de casación –trátese de una acepción castiza-, entiende el autor que en el resto de sentencias, de otros Tribunales, no es clara la necesidad de la reiteración; y c) Precedente: Identifica el autor este vocablo, con el resto de sentencias que tienen en la práctica un valor informativo indiscutible, pero no suelen ser consideradas, formalmente, ni jurisprudencia, ni fuente del Derecho: Son resoluciones, judiciales, no en el sentido anglosajón del término, sino en el derivado de las exigencias de motivación, cuando apartarse del propio criterio se trate.
- 57 Cfr. *Ibidem.* MENA GUE... Pág. 38-40.

- 58 "Calvin Klein Trademark Trust, vs Calvin Klein Company, S.A de C.V." Casación Civil para Declarar la Nulidad de la marca "Calvin Klein" 09/05/2000. Referencia 1240-2000. En CDJ (acceso 02/03/2016). En ésta Sentencia no se especificaba que tipo de criterios cualitativos y cuantitativos podían ser tomados en consideración.
- 59 PAYLESS SHOESOURCE WORLDWIDE INC., vs PIEL Y CALZADO, S.A DE C.V." Casación Civil para Declarar la Nulidad de la marca "COASTER" 01/03/2004. Referencia 1682 Casación S.S. En CDJ disponible en [<http://jurisprudencia.gob.sv/>] (acceso 02/03/2016).
- 60 AVICALAB, S.A. vs DUTRIZ HERMANOS, S.A. DE C.V." Juicio Sumario Mercantil Declarativo de Nulidad de Marcas contra la marca "EL GRAFICO". 10/08/2010. Referencia 13-CAM-2009 En CDJ disponible en [<http://jurisprudencia.gob.sv/>] (acceso 02/02/2016).
- 61 THE COCA COLA COMPANY vs GORCO LIMITADA DE CAPITAL VARIABLE" Juicio Contencioso Administrativo contra las diligencias de inscripción de la marca "FRESCAZUL", ya que COCA COLA tenía la marca ya notoriamente conocida "FRESCA" 04/10/2010. Referencia 127-2006 En CDJ disponible en [<http://jurisprudencia.gob.sv/>] (acceso 01/03/2016).
- 62 "COMPAÑÍA GENERAL DE EQUIPOS, S.A DE C.V., vs Registro de la Propiedad Intelectual" Juicio Contencioso Administrativo contra las diligencias de la Expresión o Señal de Publicidad Comercial denominada: "DEQUIPOS" y diseño, a favor de UNIFERSA-DISAGRO, S.A. DE C.V. 02/05/2011. Referencia 238-2008 En CDJ disponible en [<http://jurisprudencia.gob.sv/>] (acceso 15/03/2016).
- 63 "COMPAÑÍA GENERAL DE EQUIPOS, S.A DE C.V., vs Registro de la Propiedad Intelectual" Juicio Contencioso Administrativo contra las diligencias de la Expresión o Señal de Publicidad Comercial denominada: "DEQUIPOS" y diseño, a favor de UNIFERSA-DISAGRO, S.A. DE C.V. 02/05/2011. Referencia 238-2008 En CDJ disponible en [<http://jurisprudencia.gob.sv/>] (acceso 15/03/2016).
- 64 «Jorge Otamendi citando a DASSAS, G., *L'elargissement...*, cit., p. 47, opina que: "fundar la protección especial del art. 6º bis no en la notoriedad local sino en la notoriedad en el comercio internacional sería también complicar singularmente la tarea del juez nacional". Y agrega: "Parece pues que sólo la notoriedad local puede justificar una protección exorbitante del derecho común". Destaco que lo que para este autor es exorbitante, no lo es en nuestro sistema marcario.»
- 65 MITELMAN, Carlos Octavio, *Marcas y otros signos distintivos*. – 1ª Edición, La Ley, Buenos Aires, 2015. Tomo 1. Versión (Ebook-Proview de Thomson Reuters) Citando la Sentencia CNFed. Civ. Y Com, Sala III 13/5/2004, "Otlex S.A.C. e I. C Bentley Motors Limited".
- 66 OTAMENDI, Jorge, "Derecho de Marcas", 8ª Edición, Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012 versión (E-BOOK ProView Thomson Reuters) Capítulo 8. Sección 8.2.
- 67 Cfr. MITELMAN, Carlos Octavio, *Marcas y otros signos distintivos* – 1ª Edición, La Ley, Tomo 1. (Versión Ebook-Proview de Thomson Reuters) Buenos Aires, 2015.
- 68 Véase SARPI-CNR, "RENATO ZONA LIBRE., vs INDUSTRIAS CARICIA, S.A. DE C.V." Apelación 03/10/2014, Expediente 88848-2007.
- 69 Véase SARPI-CNR, Johnson Controls Technology., vs Departamento de Marcas y otros Signos Distintivos Apelación 18/11/2014, Expediente 093489-2009.

- 70 Véase SADE-CNR, "J.O.H. MENJIVAR, vs. TIFFANY & CO." Apelación 12/03/2014. Expediente 112121-2011
- 71 "Grupo Bimbo, S.A.B. de C.V., vs. Registro de la Propiedad Intelectual *Juicio Contencioso Administrativo relativo al rechazo de la oposición contra la marca denominada: "Señorial Tortillitas Sabor Único y diseño, a favor de Alimentos, S.A.* 14/04/2015. Referencia 385-2010. CDJ disponible en [<http://jurisprudencia.gob.sv/>] (acceso 14/04/2016).
- 72 "La Recomendación conjunta de la Asamblea de la Unión de París y la OMPI, de 29 de septiembre de 1999, relativa a la protección de las marcas notoriamente conocidas".
- 73 Qué es el packaging? Es la presentación de un producto [Disponible en] <https://codigovisual.wordpress.com/2009/07/06/que-es-el-packaging/> [acceso 27 de Abril 2016].
- 74 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo; PALAZZI, Pablo; SÁNCHEZ HERRERO, Andrés y SEREBRINSKY, Diego H., *Derecho De La Competencia Desleal*, Editorial Heliasta S.R.L. Buenos Aires, 2014. Pág. 403.
- 75 «Oficina Internacional de la Propiedad Intelectual (OMPI), "IMPEDIMENTOS ABSOLUTOS Y RELATIVOS PARA EL REGISTRO DE MARCAS" Documento preparado en el marco de la celebración del "Seminario para el Poder Judicial sobre la observancia de los derechos de la Propiedad Intelectual. SIECA-USPTO, La audiencia de casos de Propiedad Intelectual" Miami Florida 2004».
- 76 THE COCA COLA COMPANY vs GORCO LIMITADA DE CAPITAL VARIABLE" Juicio Contencioso Administrativo contra las diligencias de inscripción de la marca "FRESCAZUL", ya que COCA COLA tenía la marca ya notoriamente conocida "FRESCA" 04/10/2010. Referencia 127-2006 En CDJ disponible en [<http://jurisprudencia.gob.sv/>] (acceso 01/03/2016).
- 77 PAYLESS SHOESOURCE WORLDWIDE INC., vs PIEL Y CALZADO, S.A DE C.V." Casación Civil para Declarar la Nulidad de la marca "COASTER" 01/03/2004. Referencia 1682 Casación S.S. En CDJ disponible en [<http://jurisprudencia.gob.sv/>] (acceso 02/03/2016).
- 78 Véase "THE COCA COLA COMPANY vs GORCO LIMITADA DE CAPITAL VARIABLE" Juicio Contencioso Administrativo contra las diligencias de inscripción de la marca "FRESCAZUL", ya que COCA COLA tenía la marca ya notoriamente conocida "FRESCA" 04/10/2010. Referencia 127-2006 En CDJ disponible en [<http://jurisprudencia.gob.sv/>] (acceso 01/03/2016).
- 79 "THE COCA COLA COMPANY vs GORCO LIMITADA DE CAPITAL VARIABLE" Juicio Contencioso Administrativo contra las diligencias de inscripción de la marca "FRESCAZUL", ya que COCA COLA tenía la marca ya notoriamente conocida "FRESCA" 04/10/2010. Referencia 127-2006 En CDJ disponible en [<http://jurisprudencia.gob.sv/>] (acceso 01/03/2016).
- 80 "Calvin Klein Trademark Trust, vs Calvin Klein Company, S.A de C.V." Casación Civil para Declarar la Nulidad de la marca "Calvin Klein" 09/05/2000. Referencia 1240-2000. En CDJ (acceso 02/03/2016).
- 81 Véase SARPI-CNR, "RENATO ZONA LIBRE., vs. INDUSTRIAS CARICIA, S.A. DE C.V." Apelación 03/10/2014, Expediente 88848-2007.
- 82 Véase SARPI-CNR, "Johnson Controls Technology., vs. Departamento de Marcas y otros Signos Distintivos" Apelación 18/11/2014, Expediente 093489-2009.
- 83 Véase SADE-CNR, "J.O.H. MENJIVAR, vs. TIFFANY & CO." Apelación 12/03/2014. Expediente 112121-2011.

- 84 Véase "THE COCA COLA COMPANY vs GORCO LIMITADA DE CAPITAL VARIABLE" Juicio Contencioso Administrativo contra las diligencias de inscripción de la marca "FRESCAZUL", ya que COCA COLA tenía la marca ya notoriamente conocida "FRESCA" 04/10/2010. Referencia 127-2006 En CDJ disponible en [<http://jurisprudencia.gob.sv/>] (acceso 01/03/2016).
- 85 "Grupo Bimbo, S.A.B. de C.V., vs. Registro de la Propiedad Intelectual" Juicio Contencioso Administrativo relativo al rechazo de la oposición contra las marca denominada: "Señorial Tortillitas Sabor Único" y diseño, a favor de Alimentos, S.A. 14/04/2015. Referencia 385-2010. CDJ disponible en [<http://jurisprudencia.gob.sv/>] (acceso 14/04/2016).
- 86 "COMPAÑÍA GENERAL DE EQUIPOS, S.A DE C.V., vs Registro de la Propiedad Intelectual" Juicio Contencioso Administrativo contra las diligencias de la Expresión o Señal de Publicidad Comercial denominada: "DEQUIPOS" y diseño, a favor de UNIFERSA-DISAGRO, S.A. DE C.V. 02/05/2011. Referencia 238-2008 En CDJ disponible en [<http://jurisprudencia.gob.sv/>] (acceso 15/03/2016).
- 87 "COMPAÑÍA GENERAL DE EQUIPOS, S.A DE C.V., vs Registro de la Propiedad Intelectual" Juicio Contencioso Administrativo contra las diligencias de la Expresión o Señal de Publicidad Comercial denominada: "DEQUIPOS" y diseño, a favor de UNIFERSA-DISAGRO, S.A. DE C.V. 02/05/2011. Referencia 238-2008 En CDJ disponible en [<http://jurisprudencia.gob.sv/>] (acceso 15/03/2016).
- 88 Cfr. MITELMAN, Carlos Octavio, *Marcas y otros signos distintivos*. – 1ª Edición, La Ley, Buenos Aires, 2015. Tomo 1. Versión Ebook-Proview de Thomson Reuters.
- 89 "COMPAÑÍA GENERAL DE EQUIPOS, S.A DE C.V., vs Registro de la Propiedad Intelectual" Juicio Contencioso Administrativo contra las diligencias de la Expresión o Señal de Publicidad Comercial denominada: "DEQUIPOS" y diseño, a favor de UNIFERSA-DISAGRO, S.A. DE C.V. 19/12/2012. Referencia 299-2008 En CDJ disponible en [<http://jurisprudencia.gob.sv/>] (acceso 15/03/2016).
- 90 THE COCA COLA COMPANY vs GORCO LIMITADA DE CAPITAL VARIABLE" Juicio Contencioso Administrativo contra las diligencias de inscripción de la marca "FRESCAZUL", ya que COCA COLA tenía la marca ya notoriamente conocida "FRESCA" 04/10/2010. Referencia 127-2006 En CDJ disponible en [<http://jurisprudencia.gob.sv/>] (acceso 01/03/2016).
- 91 "CAMPERO" VS "CAMPESTRE" Resolución Final de Apelación del incidente de oposición, en donde se rechazó la objeción, Registro de la Propiedad Intelectual, Centro Nacional de Registros. Expediente: 067952-2007 (RPI-CNR) 02/02/2016.
- 92 «PRADA S.A.» vs «MUEBLES METÁLICOS PRADO, S.A DE C.V.» Resolución Final de Apelación, resolución mediante la cual se rechaza el incidente de oposición contra las diligencias de registro de la marca "PRADO" y diseño, con número de expediente 63419-06, Dirección del Registro de la Propiedad Intelectual, Registro de la Propiedad Intelectual, Centro Nacional de Registros.
- 93 Véase SADE-CNR, "TEXACO INC., vs Comercializadora SALAM, S.A. de C.V." "TEXACO" vs "TEXAS GAS". Recurso de Apelación, Expediente 2842-00, 26/05/2005.
- 94 Centro Nacional de Registros. *Protección de las marcas notorias y famosas*, Artículos de la Dirección de Propiedad Intelectual, Centro Na-

- cional de Registros de El Salvador, 2004. Disponible en: [<http://www.cnr.gob.sv/articulos/#articuloii>] Acceso: 03/02/2016.
- 95 Cfr. PEPSICO INC, vs Dori Industria e Comercio de Productos Alimenticios LTDA. Contencioso Administrativo sobre las diligencias de inscripción de la marca "DORI" por infracción en perjuicio de la marca "DORITOS" 07/10/2008. Referencia 64-2006. En CDJ (acceso 02/03/2016).
- 96 SANCHEZ HERRERO, Andrés, *Confusión de Marcas*. – 1ª Edición, La Ley, Buenos Aires, 2013. Pág. 469.
- 97 En mi opinión las bases están sentadas creyendo fielmente que existen temas que pueden ser abordados a futuro, como el tema del reconocimiento del uso marcario como motivo subsidiario para promover una Oposición al Registro, esto fundado en la disposición del artículo 16 literal c) de la Ley de Marcas y otros Signos Distintivos el cual establece: "Por considerarse con mejor derecho que el solicitante", es decir ampliar los motivos no solo basándose en las prohibiciones de los artículos 8 y 9 de LMOSD.
- 98 "Grupo Bimbo, S.A.B. de C.V., vs. Registro de la Propiedad Intelectual" Juicio Contencioso Administrativo relativo al rechazo de la oposición contra las marca denominada: "Señorial Tortillitas Sabor Único" y diseño, a favor de Alimentos, S.A. 14/04/2015. Referencia 385-2010. CDJ disponible en [<http://jurisprudencia.gob.sv/>] (acceso 28/04/2016).

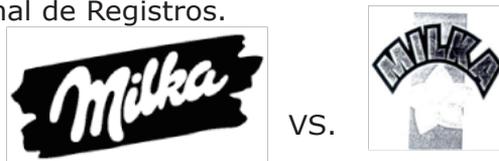
## **SENTENCIAS CITADAS**

- "Calvin Klein Trademark Trust, vs Calvin Klein Company, S.A de C.V." Casación Civil para Declarar la Nulidad de la marca "Calvin Klein" 09/05/2000. Referencia 1240-2000. En CDJ (acceso 02/03/2016).
- "PEPSICO INC, vs EDT EL SALVADOR, S.A. DE C.V." Contencioso Administrativo sobre las diligencias de inscripción de la marca "RUFITAS" 05/02/2004. Referencia 96-P-00. En CDJ (acceso 02/03/2016).
- PAYLESS SHOESOURCE WORLDWIDE INC., vs PIEL Y CALZADO, S.A DE C.V." Casación Civil para Declarar la Nulidad de la marca "COASTER" 01/03/2004. Referencia 1682 Casación S.S. En CDJ disponible en [<http://jurisprudencia.gob.sv/>] (acceso 02/03/2016).
- THE COCA COLA COMPANY vs GORCO LIMITADA DE CAPITAL VARIABLE" Juicio Contencioso Administrativo contra las diligencias de inscripción de la marca "FRESCAZUL", ya que COCA COLA tenía la marca ya notoriamente conocida "FRESCA" 04/10/2010. Referencia 127-2006 En CDJ disponible en [<http://jurisprudencia.gob.sv/>] (acceso 01/03/2016).
- "PEPSICO INC, vs Dori Industria e Comercio de Productos Alimenticios LTDA." Contencioso Administrativo sobre las diligencias de inscripción de la marca "DORI" por infracción en perjuicio de la marca "DORITOS" 07/10/2008. Referencia 64-2006. En CDJ (acceso 02/03/2016).
- AVICALAB, S.A. vs DUTRIZ HERMANOS, S.A. DE C.V." Juicio Sumario Mercantil Declarativo de Nulidad de Marcas contra la marca "EL GRAFICO". 10/08/2010. Referencia 13-CAM-2009 En CDJ disponible en [<http://jurisprudencia.gob.sv/>] (acceso 02/02/2016).
- "CAMPERO" y diseño VS "CAMPESTRE" Resolución del incidente de oposición en donde se rechazó la objeción, Registro de la Propiedad Intelectual, Centro Nacional de Registros (RPI-CNR) 2016.

- «PRADA S.A.» vs «MUEBLES METÁLICOS PRADO, S.A DE C.V.» Expediente: Resolución Final de Apelación, resolución mediante la cual se rechaza el incidente de oposición contra las diligencias de registro de la marca "PRADO" y diseño, con número de expediente 63419-06, Dirección del Registro de la Propiedad Intelectual, Registro de la Propiedad Intelectual, Centro Nacional de Registros.



- «KRAFT FOODS SCHWEIZ HOLDING AG» vs «EMPRESAS LACTEAS FOREMOST, SOCIEDAD ANÓNIMA DE CAPITAL VARIABLE» Expediente: Resolución Final de Apelación, oposición promovida contra las diligencias de inscripción de la marca denominada "MILKA" y diseño, con número de expediente: 1932-98 M-23-02, Dirección Ejecutiva del Centro Nacional de Registros.



- «CORPORACION MERCANTIL SALVADOREÑA S.A de C.V.» vs «REGISTRO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL» Expediente: Resolución Final de Apelación, resolución mediante la cual se confirmó la declaratoria de sin lugar de la marca: "DOS PINOS", con número de expediente 248-91, Dirección Ejecutiva del Centro Nacional de Registros 23/05/2005.
- «MARS INCORPORATED» vs. «INVERSIONES CENTROAMERICANAS, S.A. DE C.V.» Expediente: Resolución Final de Apelación, mediante la cual se acogió la oposición contra las diligencias de inscripción de la marca "PEDIGREE", con número de expediente 2018-00, Dirección Ejecutiva del Centro Nacional de Registros 26/09/2005
- Véase SADE-CNR, "TEXACO INC., vs Comercializadora SALAM, S.A. de C.V." "TEXACO" vs "TEXAS GAS". Recurso de Apelación, Expediente 2842-00, 26/05/2005.

- «DIZAC, S.A. DE C.V.» vs «REGISTRO DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL» Expediente: Resolución Final de Apelación, resolución mediante la cual se confirmó la declaratoria de sin lugar de la marca: "CORVETTE", con número de expediente 3671-99, Dirección Ejecutiva del Centro Nacional de Registros 28/07/2006.
- «CONTINENTAL MOTORES, S.A. DE C.V.» vs. «Registro de la Propiedad Intelectual» Expediente: Resolución Final de Apelación, mediante la cual se declaró sin lugar la solicitud de inscripción de la marca "NEW BEETLE", con número de expediente 3528-99, Dirección Ejecutiva del Centro Nacional de Registros 05/07/2005.
- "COMPAÑÍA GENERAL DE EQUIPOS, S.A DE C.V., vs Registro de la Propiedad Intelectual" Juicio Contencioso Administrativo contra las diligencias de la Expresión o Señal de Publicidad Comercial denominada: "DEQUIPOS" y diseño, a favor de UNIFERSA-DISAGRO, S.A. DE C.V. 02/05/2011. Referencia 238-2008 En CDJ disponible en [<http://jurisprudencia.gob.sv/>] (acceso 15/03/2016).
- "COMPAÑÍA GENERAL DE EQUIPOS, S.A DE C.V., vs Registro de la Propiedad Intelectual" Juicio Contencioso Administrativo contra las diligencias de la Expresión o Señal de Publicidad Comercial denominada: "DEQUIPOS" y diseño, a favor de UNIFERSA-DISAGRO, S.A. DE C.V. 19/12/2012. Referencia 299-2008 En CDJ disponible en [<http://jurisprudencia.gob.sv/>] (acceso 15/03/2016).



VS.



- "Grupo Bimbo, S.A.B. de C.V., vs. Registro de la Propiedad Intelectual" Juicio Contencioso Administrativo relativo al rechazo de la oposición contra las marcas denominadas: "Señorial Tortillitas Sabor Único" y diseño, a favor de Alimentos, S.A. 14/04/2015. Referencia 385-2010. CDJ disponible en [<http://jurisprudencia.gob.sv/>] (acceso 14/04/2016).
- Resolución de la División de Oposición de la Oficina de Armonización del Mercado Interior OAMI No. 3287/2004 de 28/09/2004 (procedimiento de oposición n. ° B506 651).



## RESPONSABILIDAD CIVIL: LA CULPA CONTRACTUAL

Wendy González

Al abordar el tema de la responsabilidad civil, nos embarcamos en un campo, que a pesar de navegar a través de la vida común de las personas e involucrar el tránsito jurídico comercial, su deducción y entendimiento por la jurisdicción civil, poco o nada, identifica esta responsabilidad fuera del enmarcado preciso e ineludible del contenido escrito de una cláusula contractual; cuando al margen de ello, dicha responsabilidad puede ir más allá de una somera revista de lo escrito, si ésta deviene de las consecuencias jurídicas pactadas entre las partes para el objetivo y cumplimiento del contrato.

La jurisprudencia en materia civil, en la aplicación de las normas que regulan la responsabilidad civil contractual adopta actualmente esa misma línea de pensamiento, aunque vale decir que con muy poca disección de providencias que desarrollen la temática.

En el derecho común, la problemática de la responsabilidad civil contractual ha venido evolucionando progresivamente debido a los cambios que ahora nos brinda el sistema de la vida moderna y las diversas formas de constituir las relaciones jurídicas de las personas, con el fin de asegurar las consecuencias dañosas de la actividad humana.

### **Responsabilidad Contractual del Arrendante por incumplimiento de sus obligaciones contractuales.**

1. Una de las más comunes relaciones, naturalmente no la única, que se perfila ante la jurisdicción superior con frecuentes reclamos de incumplimiento contractual, son aquellas que se derivan de los *contratos de arrendamiento* de un bien inmueble. Particularmente, la jurisprudencia ha hecho análisis de los arts. 1712 y 1713 C.C., en la sentencia del 25/VIII/2017, con referencia 5-CAC-2017.

En la primera norma invocada, se regulan las obligaciones propias del arrendante, y en la segunda, las consecuencias jurídicas del incumplimiento de esas obligaciones por parte del aquél, especialmente con relación a la no entrega de la cosa arrendada.

Básicamente, en el recurso de Casación, importa profundizar sobre el análisis de la aplicación adecuada de una norma de derecho para resolver la causa controvertida. Específicamente en el caso acotado, los escritos alegatorios de la impugnación consistieron en es-

tablecer la ocurrencia de una infracción **por falta de aplicación** de las precitadas disposiciones, en tanto que en opinión del recurrente, la Cámara sentenciadora pretermitió la aplicación de las mismas, por considerar erráticamente los hechos planteados por la sociedad reclamante, respecto a la estipulación de la cosa objeto del arrendamiento, en el que además de un inmueble principal pactado, verbalmente se puso a disposición del arrendatario otro que serviría al uso del principal.

2. En correspondencia a lo anterior, el quid de la causa de pedir, se conformó por los siguientes hechos: **a)** una Sociedad arrendataria, contrata con una persona particular, el arriendo de un inmueble de ciertas características y ubicación con el objeto de establecer en el mismo, el funcionamiento de un restaurante de comida, **b)** Según los alegatos del reclamante, en los arreglos precontractuales y por la naturaleza de la actividad comercial de la Arrendataria, se pactó en forma verbal que del inmueble principal objeto del arrendamiento, pervive la disposición de un inmueble anexo que serviría para utilizarse como estacionamiento del restaurante arrendatario, y **c)** Que tales circunstancias, a pesar que no se estipularon en el contrato escrito, se acordó verbalmente con el arrendante y al incumplir éste con tal acuerdo, causó a la sociedad arrendataria **daños y perjuicios** derivados del incumplimiento sobre la falta de entrega del estacionamiento como parte de la cosa arrendada, puesto que su negativa al uso formal del mismo, repercutió en pérdidas económicas al verse impedida de obtener los permisos municipales y estatales para su funcionamiento, y con ello poder cumplir con el objeto del contrato.

3. Al realizar el diagnóstico de la sentencia *sub examine*, los argumentos del recurrente en Casación, versaron en acusar a la sentencia de segunda instancia, en incurrir en una infracción de falta de aplicación de normas que regulan las obligaciones propias del arrendante y los daños causados por su incumplimiento; alegando que, tanto el inmueble que se estipuló en el contrato como el que serviría como estacionamiento, eran parte de las condiciones contractuales que debían observarse por el arrendante; y que la Cámara Ad quem, por el hecho de no estar contenido expresamente en las cláusulas del contrato, no podía atribuírsele responsabilidad a éste, por la obligación de poner a disposición el uso de un inmueble anexo.

Dentro de la actividad probatoria del cuestionado caso, entre la más relevante, está una declaración de parte contraria, es decir, la deposición del arrendante, en la que éste manifestó que había acordado prestar el inmueble anexo para fines de uso de estacionamiento, del que dijo además, que se usaba en común con otros inmuebles que él arrendaba a otras personas.

No obstante tales acuerdos, las partes no lo plasmaron por escrito en el contrato de arrendamiento, por lo que tanto la Cámara Ad quem como la Sala de Casación, estimaron que "*al no emanar de su sentido literal*" no podía derivar una responsabilidad contractual que diera lugar al resarcimiento de daños y perjuicios.

En otras palabras, se consideró que por no haberse estipulado textualmente la inclusión del uso de estacionamiento en el contrato, y que con los elementos probatorios de la causa, no pudo establecerse con certeza el deber de entregar el estacionamiento cuestionado, como parte de las obligaciones contractuales del arrendante pues no denota un deber categórico exigible en el contrato.

En lo atinente a la culpa contractual que se analizó del art. 1713 inciso 1º C.C., la Sala de Casación en su sentencia siguiendo la misma argumentación de no poder exigirle la obligación de entrega del inmueble estacionamiento al demandado por no ser categórica en el contrato, estimó que la responsabilidad por culpa del arrendante de no entregar la cosa arrendada que diera lugar a los daños, no se logró atribuir a éste, ya que no podía exigírsele algo que no estaba estipulado; y en tal virtud, no era aplicable determinar culpa al arrendante por no entregar el goce del estacionamiento, habiendo cumplido con poner a disposición de la arrendataria el inmueble principal que ocupó en su momento, de tal suerte que los daños reclamados no tenían fundamento legal, y por tanto, se concluyó que no habría lugar a la infracción denunciada que fue atribuida a la Cámara sentenciadora.

### **Consideraciones sobre la sentencia.**

Aun cuando en apariencia tiene sentido deducir la responsabilidad civil contractual de lo que se tiene por escrito del mismo, puede decirse que no siempre éste es un criterio del todo acertado. La doctrina de las obligaciones es coincidente en acoger la postura, que la responsabilidad que se desprende de la culpa contractual, no siempre es obtenida de lo escrito categóricamente en los contra-

tos, pues existen deberes en ellos que son propios de su esencia y otras de su naturaleza, que no necesariamente se especifican por escrito.

Esta circunstancia incluso está previsto en nuestra normativa civil, en el régimen para los efectos de los contratos y de las obligaciones, donde el art. 1417 C.C. establece que los contratos deben ejecutarse de buena fe y por consiguiente, las partes se obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanen precisamente de la naturaleza de la obligación o en virtud de la Ley o la costumbre. Art.1104 C.C.Español.<sup>1</sup>

Lo anterior se ve complementado con lo que nuestro código regula respecto a la interpretación de los contratos, cuando en el art. 1431 C.C. se expresa: "*Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*".

Para el caso referente, debemos traer a cuenta que en el arrendamiento, la entrega de la cosa constituye parte de la esencia del contrato, y las demás obligaciones derivadas de ello, conforman las de su naturaleza. De ahí que, en esencia, se entrega la cosa arrendada pactada como principal, pero según el caso en estudio, el destino del uso de la cosa arrendada era precisamente con el objeto que funcionase un negocio de comida, por cuyo motivo el uso del estacionamiento puede asumirse como parte de la naturaleza del arriendo, en virtud del deber de mantenerla en el estado de servir para su fin; y que asimismo, consta haberse acordado de forma verbal entre las partes contratantes, circunstancia que emerge durante la causa mediante la aceptación del hecho en la declaración de parte contraria; no obstante, la sentencia consideró no valorarlo debido a que no se consignó por escrito en el cuestionado contrato. Art. 1584 C.C..

Cada caso en particular, tiene sus propias características y peculiaridades, de tal suerte que resultaría sesgado el sentido restrictivo de aplicación de las normas analizadas a los hechos controvertidos, asumiendo que lo escrito es totalmente absoluto para deducir, no sólo las obligaciones propias de una relación jurídica determinada sino aquellas consecuencias de una conducta antijurídica en las obligaciones de las partes que conlleven responsabilidad civil; que a pesar de no estar tangibles en un documento, subyacen por la naturaleza misma de un determinado contrato.

En lo atinente a la responsabilidad civil, la jurisprudencia de Casación, en pocas ocasiones ha hecho distinción de la dicotomía de la responsabilidad por culpa contractual o la responsabilidad extracontractual derivada del principio "*alterum non laedere*", supuesto que fue revisado en reciente sentencia del 10/XI/2017 caso 158-CAC-2017.

Ulteriormente, la Sala de Casación, en el tema de responsabilidad civil extracontractual y contractual ha proveído de forma más amplia e ilustrativa los criterios diferenciadores que demarcan la línea entre ambas responsabilidades; y en lo pertinente al tópico desarrollado, retomó los estudios del jurista *Diez-Picazo y Ponce de León*, en su análisis sobre la responsabilidad contractual, expone que habrá que entenderse por cualquier incumplimiento de estos **deberes accesorios** integrados en la relación contractual, que generaran también una consecuencia jurídica. Supone entonces, discernir qué es el contrato y más específicamente cuáles son los deberes de conducta que a las partes pueden exigírseles, sobre la base de lo escrito, más la integración de todo aquello que viene siendo aplicable al contrato por los mencionados deberes accesorios, como la buena fe y los usos en el sector de comercio, en concordancia a lo estipulado en el citado art. 1417 C.C..<sup>2</sup>

Finalmente, el grado de culpa contractual exigible, merece un estudio que trascienda más allá de lo que típicamente se entiende del "*sentido literal*" del contrato, tomando en consideración el análisis antes mencionado y partiendo que el acreedor perjudicado le basta probar *la existencia de la obligación*, pues a quien le incumbe probar la actuación no culposa, es al deudor.



## NOTAS

- 1 Artículo 1104. Código Español: La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia.
- 2 Sentencia **183-CAC-2017** del 05/III/2018, sobre caso de responsabilidad civil, se aborda lo concerniente a la calificación de la *Responsabilidad Civil, apartado 2.1, literal a)* : “Deberes Contractuales que derivan de una relación contractual o deberes accesorios de conducta nacidos de la buena fe o de los usos de los negocios, la responsabilidad es de carácter contractual”.



# INCIDENCIA DE LA VARIABLE "GÉNERO" EN LAS CIFRAS DE SINIESTRALIDAD LABORAL: ANÁLISIS DE DATOS

María Acale Sánchez\*

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. CONDICIONANTES DE LA SINIESTRALIDAD LABORAL POR RAZÓN DE GÉNERO. III. SINIESTRALIDAD LABORAL: LOS CONCEPTOS DE ENFERMEDAD PROFESIONAL Y DE ACCIDENTE LABORAL. IV. RESORTES PENALES PARA LUCHAR CONTRA LA SINIESTRALIDAD LABORAL. V. LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA SALUD DE LOS TRABAJADORES EN SENTIDO ESTRICTO: LOS ARTÍCULOS 316 Y 317 DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO. V.1 Valoración inicial. V.2 Sujeto activo. V.3 "Sujeto pasivo". VI. EL DETERIORO DE LA VIDA Y LA SALUD DE LAS TRABAJADORAS A TRAVÉS DE OTRAS CONDUCTAS. VI.1 Acoso sexual como riesgo laboral y la enfermedad psicosocial como resultado. VI.1.a) El acoso sexual como un problema de salud laboral. VI.1.b) Factores condicionantes de los resultados alcanzados. VI.1.c) Tratamiento jurisprudencial: la tesis de la absorción de la lesión psíquica en el acoso sexual. VI.2 *Mobbing* o acoso moral en el ámbito laboral como riesgo laboral y la enfermedad psicosocial como resultado. VI.2.a) El *mobbing* como un problema de salud laboral. VI.2.b) Conceptualización: *mobbing* y/o acoso moral; *mobbing* y/o *stalking*. VI.2.c) La falta de tipificación penal autónoma. VI.2.d) El tratamiento en la jurisprudencia penal del *mobbing* laboral. VII. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

El 8 de marzo de cada año se viene celebrando el día internacional de la mujer trabajadora. Sobre sus orígenes no existen demasiadas concordancias aunque mayoritariamente se recurre a la ciudad de Nueva York, y a ese señalado día de 1908, cuando las 129 trabajadoras de una fábrica textil se encerraron en su interior como protesta ante las condiciones laborales a las que estaban sometidas, entre otras, los bajos salarios que recibían. La crónica nos cuenta también como se trataba de trabajadoras inmigrantes de entre 17 y 24 años. El empresario, ante la revuelta provocada y ante la negativa de las trabajadoras a dejar su actitud, cerró las puertas y prendió fuego, lo que provocó la muerte de todas ellas<sup>1</sup>.

---

\* Profesora titular de derecho penal

Si se tiene en consideración que las víctimas eran "mujeres", "jóvenes" e "inmigrantes", quizás se esté poniendo de relieve la dificultad que existe para llevar a cabo un estudio "singularizado" de la incidencia de cada una de dichas variables en las cifras de siniestralidad laboral, pues todo apunta a que son todas ellas las que van a determinar simultáneamente los resultados.

Con esos orígenes tan concretos no cabe duda de que la incorporación de la mujer al mundo del trabajo "reconocido" ha sido tardía y selectiva, encasillada como estaba en el hogar, en el que por razón de su sexo se ha encargado de traer los hijos al mundo y por razón de su género del cuidado de la familia<sup>2</sup>. El retraso en la incorporación determinó desde un principio que las trabajadoras hayan tenido que abrirse camino en un ámbito estrictamente masculinizado, reivindicando desde fechas muy tempranas los derechos que ya tenían reconocidos los hombres<sup>3</sup>.

Lejos de ser una situación meramente fáctica, los distintos ordenamientos jurídicos contribuían a consolidarla. En este sentido, en el ámbito legislativo español, el *Decreto 26 de julio de 1957 por el que se fijan los trabajos prohibidos a mujeres y menores* limitaba considerablemente la inserción laboral de ambos "contingentes" de trabajadores desde una perspectiva puramente tuitiva, como así se reflejaba su preámbulo: "el alto concepto que en general al español merece la mujer y la atención que de manera especial debe ser puesta en evitar un trabajo nocivo pueda perjudicar su naturaleza...". Entre las actividades prohibidas en razón de su sexo –y de su edad, en el caso de los niños–, se pueden destacar las relativas a industria, engrase, limpieza, examen o reparación de las máquinas o mecanismos en marcha que resulten de naturaleza peligrosa, manejo de prensas, guillotinas, cizallas, sierras de cinta o circulares, "cualquier trabajo que se efectúe a más de 4 metros de altura sobre el terreno o suelo, salvo que se realice sobre piso continuo y estable, tal como pasarelas, plataformas de servicios u otros análogos, que se hallen debidamente protegidos", trabajos que "resulten inadecuados para la salud de estos trabajadores por implicar exceso esfuerzo físico o ser perjudiciales a sus circunstancias personales"... Esta especial consideración y, por ende, ultra protección de las mujeres y los niños trabajadores los ha colocado durante décadas en un lugar secundario al del hombre, del que venían obligados a depender para subsistir, garantizándose así el sistema la discriminación hacia la mujer en razón de su género, a la

par que la protección de los niños en atención a otro tipo de criterios ampliamente compartidos.

De esta forma, la mujer ha visto dificultada su inserción laboral social y jurídicamente, envuelta como estaba en una aureola de inestabilidad, endeblez y falta de fuerza física para desarrollar los trabajos que venían realizando los hombres. Eso sí, fundamentalmente han sido ellas las que han ejercido la prostitución, una "profesión" prohibida desde siempre a pesar de ser de las más antiguas y han tenido como clientes a los mismos hombres que en general las ultra protegían y les impedían el ejercicio de determinadas profesiones peligrosas: desde entonces, las enfermedades profesionales derivadas del ejercicio de la prostitución han sido ignoradas por los organismos oficiales, en cierta medida con lógica pues si no se reconoce la premisa mayor (el colectivo de mujeres que se dedican profesionalmente a ella ha de ser considerado un colectivo de trabajadores), no podrá reconocerse tampoco los riesgos "laborales" propios que se derivan de su ejercicio. El doble discurso moral y utilitario ha dado pues la razón al género masculino legalmente. La ultra protección de la mujer en el mundo laboral ha determinado que a lo largo de la historia hayan sido las mujeres que no tenían a un hombre a su lado que se encargara de su cuidado las más pobres, las más necesitadas, y las que por definición han tenido que recurrir en mayor medida a la mendicidad y a la beneficencia para subsistir ellas mismas así como su prole.

El Decreto de 26 de julio de 1957 estuvo en vigor formalmente hasta que la *Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales*<sup>4</sup> en su disposición derogatoria única lo eliminó en la parte relativa a las mujeres. A pesar de ello, la equiparación legal entre hombres y mujeres en el ámbito laboral no es aún una realidad. Baste recordar la denuncia reciente del Gobierno español del Convenio de la OIT que prohíbe a las mujeres el trabajo subterráneo en las minas (el art. 2 del mismo que entró en vigor en 1937 y fue ratificado por España en 1958, dispone textualmente que "*en los trabajos subterráneos de las minas no podrá estar empleada ninguna persona del sexo femenino, sea cual fuere su edad*")<sup>5</sup>.

Con estos orígenes no tan lejanos en el tiempo, es fácil comprender que el cruce de variables "género" y "siniestralidad" no haya reclamado el estudio por parte de la doctrina, ni por parte de los operadores sociales, pues o bien las mujeres han estado excluidas del ámbito laboral, o cuando han entrado a formar parte del

mismo, lo han hecho en sectores no peligrosos, hasta el punto de que una gran mayoría de las estadísticas oficiales ignoran la presencia de la variable género.

La *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*<sup>6</sup> (art. 20), ha intentado hacer frente a esta situación: en efecto, dicha ley modifica la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 1995 incluyendo un nuevo apartado en el art. 5 en el que se establece que "*las administraciones públicas promoverán la efectividad del principio de igualdad entre hombres y mujeres, considerando las variables relacionadas con el sexo tanto en los sistemas de recogida y tratamiento de datos como en el estudio e investigación generales en materia de prevención de riesgos laborales, con el objetivo de detectar y prevenir posibles situaciones en las que los daños derivados del trabajo puedan aparecer vinculados con el sexo de los trabajadores*".

En este sentido, ha de señalarse que además del silencio que guardan los textos legales, es frecuente que cuando se ponen en marcha planes de prevención de riesgos laborales, se tengan en consideración exclusivamente los trabajos masculinizados mientras que se infravaloran los trabajos desempeñados por mujeres; y que cuando se trate de trabajos que indistintamente realizan hombres y mujeres, los estudios generales partan de las características específicas de los hombres que los desempeñan. Esto provoca la invisibilidad de la mujer trabajadora en los ámbitos preventivos<sup>7</sup>. Y todo ello determina también la invisibilidad de la siniestralidad laboral femenina en las cifras globales<sup>8</sup>.

## **II. CONDICIONANTES DE LA SINIESTRALIDAD LABORAL POR RAZÓN DE GÉNERO**

Las cifras oficiales en torno a los índices de siniestralidad y, por ende, de la puesta en peligro de la vida y la salud de los trabajadores, muestran hoy en España que se trata de un problema que afecta fundamentalmente a los trabajadores de sexo masculino. Ahora bien, si se desciende al análisis más detenido de dichos datos, quizás se constate que los mismos son frutos de una serie de condicionantes que han determinado históricamente la sumisión basada en la discriminación social, legal y familiar de la mujer en distintos ámbitos.

Desde este punto de partida, han de ser criticados planteamientos simplistas que se centran en el resultado, pero no en el

origen del problema de la sexualización de las estadísticas. Así, se ha afirmado -partiendo de los datos que proporciona el MTAS, según los cuales el número de personas muertas en 2001 por accidente laboral fue de 1.030, de las cuales, el 97% eran varones, lo que significa que ese año murieron en España en accidente laboral 1.003 hombres y 27 mujeres- que *"como se ve, la desproporción en perjuicio del varón es aplastante. Y aquí es donde no les salen las cuentas a las organizaciones feministas: con estos datos en la mano, no pueden añadirlos al catálogo de discriminaciones de género". "Pero la cosa va mucho más allá; la cosa es realmente seria porque, entre otras cosas, estos datos ponen en entredicho uno de los axiomas del feminismo, a saber, aquel que afirma que las mujeres soportan los peores trabajos"*. De ahí deduce que las mujeres desempeñan los trabajos más seguros, *"como tampoco parece descabellado pensar, por tanto, que la siniestralidad laboral es un fenómeno marcadamente sexista, dado que sus víctimas mortales son, prácticamente en su totalidad, de un mismo sexo y no del otro, y en un porcentaje muy superior, por cierto, al otro gran fenómeno de género con víctimas mortales que se da en la realidad sociológica española"*. El autor acaba su trabajo diciendo -gritando-: *"¡mujeres a los andamios!"*<sup>9</sup>.

La anterior referencia nos sirve para contextualizar el estudio de la siniestralidad laboral, en la medida en que en él se ignora que el accidente laboral es un producto conformado por una serie de factores condicionantes que con-causan el accidente laboral. Así, como se puso de manifiesto en el estudio criminológico realizado en el seno del proyecto de investigación coordinado por el prof. Terradillos sobre la siniestralidad laboral en el ámbito de la construcción en la provincia de Cádiz en el año 2005, en las cifras influyen el empleo temporal (es como si los trabajadores tuvieran que demostrar su valía constantemente), las condiciones de trabajo (horario), el tamaño de la empresa (a menor tamaño de la empresa, mayor es el riesgo de accidente pues menores son los órganos de representación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales y menor es también la presencia de los sindicatos); la subcontratación en cadena, el incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales cuyo cumplimiento no es exigido por los trabajadores pues esperan que lo haga un tercero (de ahí la importancia de la Inspección de trabajo); la edad (los jóvenes se arriesgan más); la antigüedad en el cargo (a mayor antigüedad,

menor siniestralidad); así como el nivel de estudios y el sector de trabajo implicado<sup>10</sup>.

En dicho estudio, quedaron dos hipótesis por confirmar: a saber, la incidencia de las variables "sexo" y "nacionalidad" del trabajador en las cifras de siniestralidad. En el primer caso, la falta de conclusiones al respecto la proporcionan las propias estadísticas: las mujeres no se han incorporado al ámbito de la construcción, entre otras cosas porque durante muchos casos la normativa laboral se lo ha prohibido. En el segundo, por la propia situación de irregularidad administrativa en que se encuentran dichos trabajadores inmigrantes, lo que determina que no participen en encuestas, pues son trabajadores invisibles; por ello, cuando efectivamente sufran un accidente laboral, acudan al centro de salud a deshora, y aduciendo haber padecido un accidente doméstico.

A pesar de ello, puede afirmarse que los datos que allí se hallaron han sido confirmados en el estudio llevado a cabo por el sindicato CGT de Aragón sobre siniestralidad laboral y en el que se ha incluido la perspectiva de género; concluye con el perfil de la mujer trabajadora más proclive a padecer un accidente de trabajo es el de mujer trabajadora de 25 a 34 años (joven, por tanto); trabajando en los sectores de servicio o industria; con un contrato temporal (por ETT, subcontrata, o directamente empresa); con una antigüedad de menos de tres meses en el trabajo (por lo que carece de experiencia) y en el seno de una empresa de menos de 50 trabajadores. Nótese como el perfil de la mujer víctima de accidente en su lugar de trabajo no difiere del de el hombre: la única variable que cambia es el sector profesional: construcción, fabricación de automóviles y remolques, fabricación de productos metálicos, fabricación de maquinaria y material eléctrico, dándose además la circunstancia de que la construcción es particularmente arriesgada<sup>11</sup>.

Ahora bien, el fenómeno de la siniestralidad laboral no puede centrarse exclusivamente en un sector laboral, pues se desconocerá la complejidad global del problema. En particular, el análisis de la siniestralidad laboral desde una perspectiva de género ha de partir de varias premisas.

En primer lugar, el paro es una variable que indudablemente influye en las tasas de siniestralidad: si el número de mujeres sin empleo sigue siendo mayor que el de hombres, también habrá más hombres víctimas de siniestralidad laboral<sup>12, 13</sup>.

A esta subida del paro, le ha acompañado una bajada de las cifras de siniestralidad en aquellos sectores más maltratados como la construcción y el sector servicios. A falta de que se hagan públicos las memorias correspondientes del MTAS, habrá que esperar que bajen las cifras de hombres siniestrados y, sin embargo, que se mantengan las de las mujeres o que incluso suban, en la medida en que como se decía, ha subido el empleo femenino.

En segundo lugar, el sexo de los trabajadores siniestrados también incide en los sectores en los que se produce la siniestralidad: en efecto, según ponen de manifiesto las estadísticas, es en el sector de la construcción donde se acumula el mayor número de siniestros, sin duda alguna porque es una profesión peligrosa y porque además, al día de hoy el urbanismo está contaminado por un afán de lucro por parte de los propietarios del suelo que con tal de ampliar sus beneficios, no dudan en restringir los costes, entre ellos, junto al valor intrínseco del suelo, los que genera la prevención de riesgos laborales: lo importante dejan de ser las condiciones laborales de los trabajadores, para pasar a centrarse en el enriquecimiento -cuanto más y más rápido mejor- del empresario.

Ello determina que la siniestralidad laboral femenina sea inferior a la masculina. En efecto, según los datos que proporciona el MTAS, las estadísticas oficiales el sector de actividad laboral con mayor índice de siniestralidad es el de la construcción<sup>14</sup>.

Si se cruzan dichos datos con los relacionados con las profesiones que normalmente desempeñan las mujeres, se extraerán las conclusiones claves: el hecho de que la siniestralidad laboral se centre fundamentalmente en el sector de la construcción y que la presencia de mujeres en el mismo sea mínima, determina que la cifra de mujeres víctimas de esta clase de siniestros tiene que ser necesariamente inferior. Ello no significa ni que las mujeres desempeñen trabajos más seguros, ni que los hombres sean las víctimas prioritarias de la siniestralidad laboral: simplemente, que la masculinización de la profesión lleva asociada una masculinización de la siniestralidad en este ámbito.

Por otro lado, como ponen de manifiesto las estadísticas, las mujeres se concentran en torno a una serie determinada de profesiones, dentro de las cuales se producen el mayor número de enfermedades profesionales. Así, superan a los hombres en los sectores de hostelería, actividades inmobiliarias y de alquiler; servicios em-

presariales, educación, actividades sanitarias y veterinarias, servicios sociales, y en el servicio doméstico. Dentro de ellas, es claro que el número de mujeres siniestrada sea superior al de hombres<sup>15</sup>. Por otro lado, como afirma GONZÁLEZ SEGARRA las profesiones que desempeñan estadísticamente en mayor medida las mujeres cuentan con las cifras más elevadas de trabajo sumergido, por lo que se trata de trabajadoras ocultas, y por tanto, los accidentes que sufran tampoco computan para las cifras globales de siniestralidad. En estos casos, además se da la circunstancia de que el sistema de remuneración más habitual es a destajo, a pesar de que el uso continuado del mismo *"implica riesgos para la salud relacionados con el estrés y con trastornos músculo-esqueléticos"*<sup>16</sup>.

En tercer lugar, tampoco pueden olvidarse las categorías profesionales: fundamentalmente son empleadas de tipo administrativo, trabajadores de servicio de restauración personal protección y vendedores de comercio, trabajos no cualificados<sup>17</sup>, puestos en los que el sometimiento a condiciones peligrosas para la vida o la salud de quienes los desempeñan son inferiores a otros puestos desempeñados mayoritariamente por hombres. En este sentido, ha de afirmarse que el mercado de trabajo actual no sólo está distribuido horizontalmente según el sexo del trabajador, lo que determina que las mujeres trabajan en determinados sectores de la economía, sino que además existe una segunda "segregación vertical", en virtud de la cual, los hombres desempeñan los cargos de responsabilidad mientras que las mujeres se encargan de desempeñar trabajos subordinados<sup>18</sup>. Si a lo anterior se une que a igualdad de trabajo realizado, las mujeres en la empresa privada reciben menor salario que los hombres se tendrá una imagen clara de la grave situación de desigualdad en la que se encuentra la mujer en el ámbito laboral. Pero de lo que se trata ahora es de ligar dicho trato con las repercusiones negativas sobre la salud de la trabajadora.

Además, en cuarto lugar, es una variable que incide necesariamente en las cifras de siniestralidad laboral femenina la clandestinidad de parte del trabajo desempeñado<sup>19</sup>: el sector laboral que absorbe mayor número de trabajadoras es el del servicio doméstico. Si se tiene en consideración que en un tanto por ciento muy elevado, se trata de personas que no han sido dadas de alta en el régimen especial de la seguridad social, al no contar dentro de las cifras oficiales como trabajadoras, no es difícil imaginar que tampoco van a constar en cuanto víctimas de accidentes que a los ojos

de la ley no existen. Sólo en casos graves son descubiertos. Por lo mismo, tampoco van a computar las enfermedades profesionales propias que se producen en el sector de la prostitución.

En esta línea ha de ser bien recibida la tesis jurisprudencial que considerada a estas personas que trabajan en la empresa sumergida como trabajadores, tanto a efectos penales, como a efectos laborales (se trataría por tanto de personas que engrosan las cifras negativas del mercado de trabajo, pero no las positivas). Esto determina que "trabajador" a los efectos de los delitos contra los derechos de los "trabajadores" no puede ser sin más quien tiene derecho a trabajar según la normativa laboral, sino quien *de facto* trabaja. Si se reducen los sujetos pasivos del delito sólo a quienes cumplen el requisito legal de la autorización administrativa se desconoce que precisamente las personas que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad y, por ende, quienes están en disposición de ser objeto de abusos, son aquellos que por su situación administrativa (inmigrantes "sin papeles"), o por el trabajo que realizan (personas dedicadas al ejercicio de la prostitución), o porque no hayan sido dados de alta en la Seguridad Social (economía sumergida), no entran dentro del mercado laboral conocido, sino que se mueven en ámbitos desconocidos para el derecho: cuanto más vulnerable sea la víctima por su trabajo, por su condición o por su situación, más fácil será exigirle contraprestaciones no debidas ni exigidas por el ordenamiento jurídico. Esto es precisamente lo que ha reconocido el Tribunal Supremo español, tanto la sala de lo penal, como la social. Entre otras, la STS 1045/2003, de 18 de julio [RJ 2003/5460] -en la que se trataba de una prostituta explotada sexualmente y que según la defensa no podía ser considerada trabajadora- afirma que *"el tipo penal protege, en general, la situación de personas que prestan servicio a favor de otra, sea o no legal la relación de servicio. El bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos referidos a la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas de explotación que atenten contra los derechos laborales de los trabajadores, incluyendo a todos aquellos que presten servicios remunerados por cuenta ajena, concepto en el que deben incluirse las mujeres que ejercen la prostitución por cuenta y encargo de otro"*<sup>20</sup>.

Finalmente, es una variable que incide claramente en las bajas cifras de siniestralidad oficial femenina el concreto resultado que se produce sobre la mujer, en la medida en que *"en los trabajos ocu-*

*pados mayoritariamente por mujeres predominan los riesgos relacionados con las posturas de trabajo inadecuadas, largas jornadas de pie, trabajos repetitivos, manipulación de numeroso objetos de poco peso y riesgos relacionados con la organización del trabajo. En los trabajos ocupados mayoritariamente por hombres predominan los riesgos relacionados con la seguridad y la manipulación de objetos de elevado peso*"<sup>21</sup>.

En efecto, los riesgos a los que están expuestas mayoritariamente las mujeres por el tipo de tareas que desarrollan principalmente producen daños que aparecen de manera lenta y progresiva y, por tanto, tantas veces invisibilizadas, como son las lesiones en el cuello y en los brazos y alteraciones de la salud psíquica. Como afirman PÉREZ DEL RÍO/BALLESTER PASTOR se trata de "*riesgos laborales que no presentan peligro directo para la vida (que no matan) sino que desgastan*"<sup>22</sup>. Además hay que tener en cuenta que la imputación de la lesión que sufre la trabajadora a las condiciones de trabajo es difícil en estos casos pues al producirse el resultado a tan largo plazo, circunstancias como las características de la constitución física de la misma o de otros factores concurrentes, van a complicar la tarea de determinar si dicha lesión es consecuencia o no del trabajo realizado por ella (en el ámbito penal, en estos casos, habría que afirmar que no existe imputación objetiva del resultado). Por el contrario, en los puestos ocupados más frecuentemente por los hombres son mucho más comunes las lesiones relacionadas con los accidentes de trabajo, que se reconocen más fácilmente por su relación inmediata entre la causa y el daño.

Podrá entenderse que a partir de este diagnóstico sea fácil discriminar aquellos supuestos en los que la mujer va a ser víctima de la siniestralidad en su puesto de trabajo, de aquellos otros en los que lo van a ser hombres por cuestión de género.

Dentro del colectivo de las mujeres trabajadoras, las que en peor estado se encuentran son las mujeres inmigrantes, sobre todo las que se encuentran en situación administrativa irregular: según el Informe presentado por la Relatora Especial de Naciones Unidas, de conformidad con la resolución 2003/46, de la Comisión de Derechos humanos sobre "*La situación de los inmigrantes en España*" es el sector doméstico el que absorbe a la mayoría de las inmigrantes –regulares o irregulares-. En dicho Informe se destacaba que en muchos casos, se discrimina a la mujer trabajadora inmigrante, pues "*muchas trabajan irregularmente, sin seguridad*

*social que les cubra y con vulnerabilidad constante a ser explotadas. Aquellas otras que sí trabajan regularmente, se encuentran en una situación menos vulnerable, pero no por ello exentas de posible explotación y siempre dependientes de la renovación de su contrato para poder renovar su permiso de residencia... Durante algunas entrevistas, la Relatora Especial fue informada de que las mujeres son discriminadas en materia de salarios y condiciones de empleo según la nacionalidad, de forma que las mujeres marroquíes se encontrarían en una situación especialmente vulnerable".*

También destaca en el Informe el apartado dedicado a la situación en la que se encuentran las mujeres que se dedican al ejercicio de la prostitución (según *Europa Press*, 98% de mujeres que ejercieron la prostitución en España durante 2004 eran inmigrantes<sup>23</sup>), de las que se abusa en muchos casos desde el momento en el que salen de sus respectivos países y llegan a España con la promesa falsa de un contrato de trabajo, siendo así que son obligadas a ejercer la prostitución, o una vez llegadas aquí para ejercer libremente la prostitución, cuando se abusa de su situación por parte de personas que se lucran económicamente de su trabajo: *"la Relatora Especial conoció como los casos de tráfico y trata se agravan en el caso de las mujeres que son obligadas a prostituirse. Si bien, algunas aceptan el trabajo como medio de subsistencia y para conseguir el dinero para pagar la deuda en el país de origen, otras, según informaron, se ven explotadas y en situación casi de esclavitud. Estas mujeres están privadas de documentación y de libertad de movimientos, bajo amenazas contra su persona o familiares en el país de origen, como le relataron algunas mujeres rumanas que habían trabajado en un club en Valencia, donde se vieron privadas de documentación y sin ser visitadas por un médico".*

### **III. SINIESTRALIDAD LABORAL: LOS CONCEPTOS DE ENFERMEDAD PROFESIONAL Y DE ACCIDENTE LABORAL**

El art. 157 de la **Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social** entiende por enfermedad profesional en los siguientes términos:

*"Se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades*

*que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional.*

*En tales disposiciones se establecerá el procedimiento que haya de observarse para la inclusión en dicho cuadro de nuevas enfermedades profesionales que se estime deban ser incorporadas al mismo. Dicho procedimiento comprenderá, en todo caso, como trámite preceptivo, el informe del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad”<sup>24</sup>.*

Mientras que su art. 156 de la Ley General de la Seguridad Social define el accidente de trabajo como “*Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena*”.

Puede entender en sentido amplio que son accidentes del trabajo “*las enfermedades, patologías o lesiones sufridas con motivo del trabajo*” como define los “*daños derivados del trabajo*” el art. 4.3 LPRL.

En esta última línea, la jurisprudencia laboral ha ido ampliando el concepto de accidente laboral y de enfermedad profesional que son los que conforman la “*siniestralidad*” en dicho ámbito. Y todo ello en virtud de dos variables: un concepto amplio de salud, y una relación causal entre el resultado de menoscabo de la salud del trabajador y el puesto de trabajo desempeñado con independencia del concreto momento en el que se produzca la lesión o la enfermedad. En este sentido, entiende la que va a ser accidente de trabajo “*aquel en que de alguna manera concurra una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando con el nexo causante, indispensable siempre en algún grado, sin que sea necesario precisar su significación mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante, debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada rotura alguna de la relación de causalidad entre la actividad profesional y el padecimiento, excepto, cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que evidencien a todas luces la carencia de aquella relación*” (STC 22 de octubre de 1999 [RJ 1999/8.738]<sup>25</sup>.

El concepto de salud del que se parte es un concepto amplio, entendido “*como un estado de bienestar físico, psicológico y social*”<sup>26</sup>, tal como la define la OMS, lo que determina que habrá otros atentados a la salud a través de conductas distintas al accidente laboral. En la misma definición dada en su momento por BERISTAIN

IPIÑA en lo que a la identificación del bien jurídico protegido en los delitos de lesiones se trata: así, en esta sede afirmaba que los delitos de lesiones tratan de proteger "*el bienestar personal*", que comprende desde la pérdida o disminución de la integridad física hasta la alteración de la incolumidad o bienestar corporal, aunque no menoscabe la salud misma<sup>27</sup>. Igualmente, TAMARIT SUMALLA<sup>28</sup> o CONDE PUMPIDO FERREIRO<sup>29</sup> identifican la salud como la "*incolumidad personal*", definida por éste último autor como la condición de incólume, y ésta como sinónimo de sano, íntegro, indemne y sin lesión, con lo que se comprenden tanto los atentados a la salud, como a la integridad física o mental y la ausencia de alteraciones del equilibrio psico-físico<sup>30</sup>.

Por otro lado, la jurisprudencia se encarga caso por caso de probar la relación de causalidad existente entre la dolencia sufrida por el trabajador y el puesto de trabajo desempeñado, admitiendo por ejemplo que son constitutivas de lesiones laborales las producidas fuera de la jornada de trabajo cuando tengan causa en el estado de ánimo del trabajador, como accidente de trabajo, una crisis cardiaca durante el fin de semana, o un intento de suicidio por los malos resultados en la empresa.

En este trabajo se va a utilizar el concepto amplio delimitado por la jurisdicción laboral para seleccionar los temas que van a ser objeto de estudio. A sabiendas, no obstante, de que en el ámbito penal son conductas muy distintas. Y en esta línea ha de señalarse que, como se verá posteriormente, la Unión Europea considera que las conductas de acoso sexual y acoso moral en el ámbito laboral, han de ser consideradas, además de desde la perspectiva de la discriminación en razón de sexo, desde la de la salud laboral, en tanto en cuanto, como se verá, dichas conductas dejan secuelas, en la forma de enfermedades, en quienes las sufren.

#### **IV. RESORTES PENALES PARA LUCHAR CONTRA LA SINIESTRALIDAD LABORAL**

Con todo ello, el marco penal que acoge a los anteriores resultados negativos para la salud de los trabajadores se amplía. Así, en sentido estricto, son los artículos 316 y 317 los preceptos en los que se acoge de forma clara la siniestralidad laboral<sup>31</sup>. El tipo doloso se circunscribe a la puesta en peligro de la vida y la salud de los trabajadores mediante el incumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, en particular de la LPRL

y toda la normativa comunitaria y autonómica al respecto. Se trata pues de una ley penal en blanco que exige en todo caso el incumplimiento de la normativa laboral, aunque no todo incumplimiento de dicha normativa ha de llevar aparejado la infracción penal, pues a ella es necesario añadir la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos: ha de establecerse una relación de causa-efecto entre la concreta norma de prevención de riesgos laborales incumplida y el resultado. El riesgo a prevenir no es otro que la causación de un accidente laboral así como la provocación de enfermedades profesionales. Ello determina que la producción del resultado lesión o muerte de un concreto trabajador no es elemento del tipo. Por ello, cuando se produzca, habrá que recurrir a las reglas del concurso, castigando además el concreto resultado de delito o falta imprudente de homicidio o lesiones castigados en los artículos 142 y 152. Puede entenderse que en la medida en que los artículos 316 y 317 desprecian la concreta lesión producida a un singular trabajador o trabajadora, el sexo de los trabajadores implicados carece de relevancia en la concreción de los resultados típicos. Ahora bien, si se atiende a estos últimos y por ende se analizan los delitos de homicidio y de lesiones, entonces sale a relucir toda su importancia.

Al margen ya de los -en sentido estricto- delitos contra la salud y la vida de los trabajadores, en los que es el incumplimiento de una determinada normativa laboral la que provoca el resultado típico, por ejemplo, no proporcionar a los trabajadores medios de protección individual o colectivos, también la jurisprudencia laboral incluye dentro del concepto de "siniestralidad" laboral otros atentados contra la vida y la salud de los trabajadores que sin embargo no tienen su causa en la creación dolosa o imprudente de un riesgo laboral que provoque un accidente, sino en imponer o permitir que las impongan terceros, condiciones de trabajo a los efectos del art. 4.7 LPRL relativas a su organización y ordenación, que influyan en la modalidad de riesgos a que queda expuesto el trabajador. Dentro del concepto de riesgo se incluye el acoso sexual y moral en el ámbito laboral, que no suponen la inmediata puesta en peligro de la vida y la salud del trabajador, pero que producen ese resultado a lo largo del tiempo, y como consecuencia indirecta de aquél. Ambas conductas causan a la víctima una serie de resultados que en muchos casos, aunque no afecten a la vida, si lo hacen a su salud, pues en sentido amplio ésta se menoscaba cuando se atenta contra el bienestar personal en el ámbito laboral, como se decía anterior-

mente: son las enfermedades psicosociales<sup>32</sup>. En este punto, hay que señalar que no se trata ya de castigar a un sujeto "obligado legalmente", sino a cualquiera que realice esas conductas en sus lugares de trabajo, por lo que la autoría de las correspondientes figuras delictivas se amplía considerablemente.

Antes de pasar a examinarlas, es preciso tener en consideración que penalmente sin embargo, no encuentran encaje sistemático dentro del título XV, en el que se protege los derechos de los trabajadores. Así, el delito de acoso sexual se castiga en el art. 184 dentro de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual; mientras que el acoso laboral se incluye dentro de los delitos contra la integridad moral.

Pues bien, si se dejan a un lado los delitos de puesta en peligro de la vida y la salud de los trabajadores de los artículos 316 y 317, el resto no exige el incumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, aunque son conductas que terminan afectando negativamente a la salud de las trabajadoras. En sentido amplio, en la medida en que se relacionen los conceptos de "siniestralidad laboral" y "menoscabo de la salud" e "incolumidad" también han de ser incluidas en esta sede.

Nótese como entre todas estas conductas podrían establecerse dos bloques: en primer lugar, el compuesto por los delitos contra la vida y la salud de los trabajadores de los artículos 316 y 317, en cuyo seno se protege al colectivo de trabajadores que ve puestas en peligro sus vidas o saludes, mientras que en el resto se trataría de proteger a un concreto trabajador que ha visto bienes jurídicos individuales de su pertenencia afectados por una conducta que se lleva a cabo en el ámbito laboral. Esta es la diferencia más importante entre todos ellos.

Si el empresario obliga a sus trabajadoras a desempeñar su trabajo en un contexto hostil, humillante, sexual, imponiendo condiciones labores o de seguridad social que restrinjan los derechos que tengan reconocidos legalmente, y con eso pone en peligro la vida o la salud de las mismas, violando lo establecido en art. 14 de la LPRL en cuanto obliga al empresario a "*garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo*", en algunos casos se podrá llegar a plantear la existencia de un concurso de delitos entre el del art. 316 y tantos delitos de acoso sexual como trabajadores acosados existan<sup>33</sup>, aunque al día de hoy, todavía la jurisprudencia no se ha planteado esta posibilidad.

## V. LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA SALUD DE LOS TRABAJADORES EN SENTIDO ESTRICTO: LOS ARTÍCULOS 316 Y 317 DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

### V.1 Valoración inicial

Para proceder al estudio de los delitos de puesta en peligro de la vida y la salud de los trabajadores desde una perspectiva de género, se ha partido de los datos que proporciona la jurisprudencia. En particular, el estudio de los registros que aparecen en la Base de datos de Aranzadi. Si a la misma se le consulta sobre el número de sentencias en aplicación de estos delitos a fecha de 5 de abril de 2008, proporciona un total de 552 registros, de los cuales, van a seleccionarse 379, que son los que se corresponden con las sentencias condenatorias y absolutorias de las Audiencias provinciales y Juzgados de lo penal; cuatro de ellos no van a ser tenidos en consideración porque son erróneos; además, se van a dejar fuera 158 autos; las 11 Sentencias del Tribunal Supremo<sup>34</sup> y finalmente, se descartará otro registro en el que se recoge la *Instrucción 1/2001, de 9 de mayo, sobre la actuación del Ministerio Fiscal en torno a la siniestralidad laboral*, de la Fiscalía General del Estado. Semejante consulta se hizo también a la misma Base de datos el 7 julio de 2006, lo que facilita la comparación de los resultados alcanzados en ambos momentos.

	7 JULIO 2006	5 ABRIL 2008
SECTORES	TOTAL 270	379
Construcción	182	242
Industria	63	99
Otros	22	35
No consta	3	3

De las 379 sentencias analizadas, en 47 de ellas hay mujeres implicadas. En 16 ocasiones, resultan mujeres que sufren lesiones o muertes, además de constatarse que por las profesiones en las que se produce, existen otras mujeres trabajando en las mismas empresas.

*Mujeres víctimas de accidente laboral*

SECTORES	TOTAL	16
Industria		16

A continuación se van a intentar hacer una lectura de género de las cifras que objetivamente proporciona la estadística, centran- do el análisis de los artículos 316 y 317 en las cuestiones relativas al sexo de los sujetos activos de estos delitos y, cuando sea posible, también al sexo del "sujeto pasivo", a los ámbitos en los que se producen los siniestros y, en su caso, a los resultados en los que se haya concretado la puesta en peligro, momento en el que sal- drán a relucir en el examen los delitos de homicidio y de lesiones imprudentes. Como punto de partida, todo parece apuntar a que el proceso de integración de las mujeres en el mundo del trabajo condiciona las cifras resultantes.

**V.2 Sujeto activo**

Desde el punto de vista del sujeto activo, el art. 316 señala que éste ha de serlo el obligado legalmente a prevenir los riesgos labo- rales, es decir, por definición y con independencia de lo que se verá a continuación, el empresario; con ello se está afirmando a la vez que si la mujer por su condición sexual al día actual sigue ocupando puestos laborales inferiores, sometidas a un jefe que es quien da las órdenes, se comprenderá que por razón de sexo son muchas menos las mujeres que están en posición de poder ser sujetos ac- tivos de estos delitos. Por otro lado, como ha venido reconociendo la jurisprudencia, además de quien se encuentra en la cúspide de la estructura jerárquica, también va a responder por el delito de puesta en peligro de la vida y la salud otras personas subordinadas a aquél que tienen capacidad para ordenar y dirigir el trabajo ajeno, entre otros, los técnicos y directores de obras. Esta es la vía por la que se está produciendo la incorporación de la mujer al mundo de la construcción, en la medida en que cada vez hay más mujeres jefes de obras, arquitectos superiores o técnicos, etc., y ello a pesar de que también el mercado universitario se encuentra segmenta- do y se siguen mostrando preferencias en razón de sexo, según unas y otras titulaciones. Y en este sentido, ya hay sentencias que constatan esta tardía incorporación, condenándolas como autoras o coautoras de estos delitos<sup>35</sup>. Quizás estos datos sirvan para poner

de relieve que poco a poco la mujer se está incorporando al mundo de la construcción aunque no como “peones” o como “trabajadoras de la construcción” (albañilería, fontanería, electricistas, etc.), pero sí como arquitectos, jefes de obra o empresarias. Por ello, de los 23 casos en los que las mujeres están implicadas en la construcción, en todos ellos lo es en concepto de sujeto activo.

#### *Mujeres imputadas condenadas por sectores*

Industria	9
Construcción	23

Este dato que desde el punto de vista del sujeto activo puede explicar el escaso número de condenas a mujeres, no explica sin embargo, el escaso número de mujeres víctimas de accidentes laborales; en efecto, para obtener una explicación sobre este particular aspecto es preciso añadir el concreto ámbito laboral en los que se producen los accidentes y en los que se ha incorporado laboralmente la mujer<sup>36</sup>.

### **V.3 “Sujeto pasivo”**

El delito de puesta en peligro de la vida y la salud de “los trabajadores” es un delito de peligro que se consuma con la puesta en peligro de aquellos bienes jurídicos, y sin necesidad de que se haya causado un daño a bienes jurídicos individuales, con lo cual es fácil comprender que si el tipo penal ignora los concretos resultados lesivos en que se haya concretado la puesta en peligro, desprezará también el sexo de las víctimas potenciales de los potenciales siniestros en los que se haya –en su caso- materializado el peligro.

Ello determina que no se puede hablar en esta sede de sujetos pasivos individualizados, pues en puridad, sólo lo será el colectivo de trabajadores que desempeñaba sus funciones en esas condiciones peligrosas. Con lo cual, desde una perspectiva de género es difícil extraer conclusiones al respecto. No obstante, si se tiene en consideración que hay actividades laborales en las que el 100% de las personas trabajadoras son mujeres, se podría extraer algún dato, en torno no ya a las víctimas individuales, sino a las condiciones en que desempeñan su trabajo colectivos de mujeres que se desempeñan profesionalmente en la industria textil, en la manipu-

lación de alimentos o en determinados sectores de la agricultura, entre otros.

El que en el caso concreto, además de la puesta en peligro de la vida y la salud de los trabajadores se menoscabe la vida o la salud de un trabajador concreto, determina el recurso a los delitos o las faltas de homicidio y lesiones imprudentes. Y en este sentido, desde una perspectiva de género puede decirse que si bien cuando se trata de un trabajador de la construcción que cae del andamio, la visibilidad del resultado lesivo queda garantizado, cuando se trata de una trabajadora que durante años desempeña un trabajo en el que no existe un riesgo de accidente mortal, pero sí de padecer una enfermedad que surja sólo un tiempo después de ocupar dicho puesto, es posible que dicha visibilización ya no esté tan garantizada, pues habrá que examinar otros factores condicionantes de la imputación del resultado a las condiciones de trabajo.

En relación con los concretos resultados lesivos para la trabajadora ha de tenerse en consideración la especificidad que presenta la que está embarazada, y los riesgos que intenta prevenir la LPRL de que se le cause un aborto. En esta línea, el art. 146 del Código prevé el castigo del aborto imprudente cuando la imprudencia sea grave. A la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a diez meses se añade la de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un periodo de uno a tres años "*cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional*". Ello determinará que si el empresario a sabiendas del estado de gestación, coloca a su trabajadora en condiciones que le provocan el aborto, y descarta dicha posibilidad, será castigado por un concurso de delitos en el caso de que se aprecie la puesta en peligro de más trabajadores y de aborto. No es difícil imaginar las dificultades que existirán en el proceso para determinar la imputación objetiva del resultado muerte del feto a la conducta del empresario de colocar a la trabajadora en condiciones laborales perjudiciales para su embarazo.

Así, a falta de mujeres subidas en los andamios, lo cierto es que no es difícil encontrar sentencias en las que se ponga de manifiesto la causación de una enfermedad "profesional". En este sentido, la SAP de Alicante 262/2003, de 30 de junio [JUR 2003/195912] (el TS resuelve en casación a través de la sentencia 537/2005, de 25 de abril [RJ 2005/6547]) -sector industria textil -caso Ardystyl- liquida la responsabilidad criminal de los

responsables de una serie de empresas que estaban dedicadas a la estampación de tejidos a través de procedimientos en virtud de los cuales, sin medidas de seguridad (como por ejemplo, sin mascarillas o sin que estuvieran en buen estado, o en número insuficiente, sin la ventilación oportuna), los trabajadores estaban toda su jornada laboral en contacto con productos químicos que iban deteriorando su salud, lo que les fue produciendo progresivas molestias en vías respiratorias, hasta causarles a una pluralidad de trabajadores, la mayoría de ellos de sexo femenino, su muerte. Por otro lado, como sujeto activo se castiga a una pluralidad de empresarios, entre ellos a María -que carecía de título profesional alguno- y a Julieta. Como se decía, las mujeres se dedican en muchas ocasiones a trabajos en los que se está en contacto con productos muy tóxicos<sup>37</sup>. Téngase en consideración que como afirman PÉREZ DEL RÍO y BALLESTER PASTOR *“sí parece demostrado que en líneas generales y por diferentes razones los riesgos profesionales afectan de forma diversa a ambos sexos, por razones biológicas, la exposición a sustancias peligrosas y tóxicas o a condiciones de trabajo penosas, puede ser mucho más nociva para la salud de las mujeres, esterilidad, abortos, alteraciones genéticas o malformaciones del feto en las mujeres embarazadas”*<sup>38</sup>. Así, de 69 víctimas, 43 eran mujeres y 26 hombres. Sin embargo, en la medida en que no se sabe el número total de trabajadores de las fábricas ni el sexo de los mismos, no se pueden sacar conclusiones al respecto<sup>39</sup>.

Si se deja ahora a un lado las enfermedades profesionales, y se centra el análisis en los “accidentes” laborales, de las sentencias examinadas, el resultado pérdida de dedos de la mano, o de la propia mano es común, como reflejo del trabajo que desempeñan las mujeres en las industrias: manual, repetitivo, no cualificado y en cadena. Ejemplo de ello es el que se dilucida en la SAP de Toledo 49/2005, de 10 de octubre [JUR 2005/261.906]: son castigados un hombre y una mujer por un delito contra los derechos de los trabajadores y otro de lesiones imprudentes en un caso en el que *“le dijo a aquélla que subiese a la tercera planta del edificio unas cajas para embalar productos, lo cual hizo Gabriela metiéndolas en un montacargas que no tenía indicación alguna para evitar su uso por personas ni tampoco tenía señalada la carga nominal, subiendo mientras tanto ella por las escaleras. Al llegar a la planta Gabriela sacó las cajas y cuando quedaban solamente dos de ellas, al no*

*alcanzarlas, se metió en el indicado montacargas para sacarlas siendo entonces cuando éste se desplomó hasta el suelo desde una altura de 8-9 metros interior, ello al romperse el cable de acero que los sustentaba, careciendo el indicado montacargas de dispositivos de seguridad que evitasen su caída brusca, todo ello sin que los empresarios hubieran hecho las revisiones periódicas sobre el aparato".* No se dice a que se dedicaba la fábrica, simplemente constata el hecho de que se cayó por el hueco al dejar las cajas. O en la SAP de Madrid 223/2005, de 11 de mayo [JUR 2005/254.463]: una trabajadora pierde tres falanges de tres dedos al atascarse una máquina y meter la mano para desatascarla, siendo así que a la máquina en cuestión se le habían quitado los mecanismos para prevenir accidentes. La trabajadora tenía 16 años, lo que ha de ser resaltado. Se condena a varios hombres por delitos contra los derechos de los trabajadores del art. 316 y además por lesiones imprudentes del art. 152. No obstante, por los datos extraídos a lo largo del estudio realizado parece que más que incidir la edad en las cifras de siniestralidad, lo que incide es la falta de preparación, datos –edad joven y falta de preparación– que muchas veces coinciden.

## **VI. EL DETERIORO DE LA VIDA Y LA SALUD DE LAS TRABAJADORAS A TRAVÉS DE OTRAS CONDUCTAS**

### **VI.1 Acoso sexual como riesgo laboral y la enfermedad psicosocial como resultado**

#### VI.1.a) El acoso sexual como un problema de salud laboral

El acoso sexual en el ámbito laboral es una conducta rechazada por los ordenamientos jurídicos de los países de nuestro entorno cultural; en todos ellos, se intenta prevenir la existencia de situaciones de este tenor estableciendo además sanciones penales y administrativas para aquellos supuestos en los que la política de prevención fracase.

Si se centra directamente la atención en el marco legal español, dejando a un lado las actuaciones en el seno de la Unión Europea<sup>40</sup>, la Constitución española reconoce a los ciudadanos -en general- y a los trabajadores -en particular- un conjunto de derechos desde los cuales se intenta eliminar la existencia de semejantes prácticas. En efecto, frente a la involucreción no deseada

en un contexto sexual, se reconoce el derecho a la intimidad (art. 18.1) y a la dignidad personal (art. 10); frente a la discriminación por razón de sexo como soporte de estas situaciones de acoso, la igualdad de las personas (artículos 1, 14, 35.1). Esta pluralidad de resortes constitucionales es una consecuencia directa de las distintas perspectivas desde las que puede ser divisado el problema que causa el acoso sexual en la persona que lo sufre: así, desde el punto de vista del derecho a la igualdad, supone una forma de discriminación; pero desde la perspectiva de la salud laboral, provoca el menoscabo de la salud individual de quien lo sufre, causando depresiones, por ejemplo, o enfermedades de carácter físico como trastornos del sueño, dolores de cabeza, problemas gastro-intestinales o hipertensión. Este es el motivo por el que se incluye en este trabajo el acoso sexual: porque afecta a la salud laboral causando enfermedades. Así se pone de manifiesto en muchas de las sentencias existente en aplicación del delito de acoso sexual y sin embargo, como se verá, nunca se ha producido el castigo por un delito de acoso sexual en concurso con lesiones –si quiera sean producidas en su forma imprudentes-.

Si a 29 de marzo de 2008 se pregunta a la Base de datos de Aranzadi por el número de sentencias en las que se aplica el delito de acoso sexual, la respuesta es de 92<sup>41</sup>; de las cuales, en los 92 casos un hombre es el acusado o condenado; y 92 mujeres son víctimas<sup>42</sup>. Estos datos reclaman una lectura desde una perspectiva de género.

#### VI.1.b) Factores condicionantes de los resultados alcanzados

Aunque *a priori* tanto hombres como mujeres pueden ser sujetos activos y pasivos de estas situaciones que se producen en el ámbito laboral, lo cierto es que los datos extraídos de la jurisprudencia ponen de manifiesto que las mujeres y los hombres ocupan los papeles activos y pasivos dentro de los que históricamente se les ha encasillado. Ello se va a poner de manifiesto fundamentalmente en una de las modalidades de acoso: esto es, en el acoso sexual vertical que requiere que se abuse de la situación de superioridad. Pero además, también en los supuestos en los que no existe relación jerárquica entre sujetos activos y pasivos, el hombre es el acosador, en las sentencias examinadas, envalentonado parece ser no ya por el poder que le otorga la superioridad jerárquica, sino por otros estereotipos sociales.

Entre dichos factores no puede desconocerse que la incorporación de la mujer al mundo del trabajo al día de hoy no ha sido plena, y que sigue desempeñando mayoritariamente puestos de subordinación al hombre (del que depende su futuro laboral), por lo que podrá entenderse que desde esta perspectiva, esté en condiciones de sufrir acoso a manos de quien detenta el poder en el ámbito empresarial<sup>43</sup>. No sólo eso, en muchos casos parece que está obligada a demostrar cada día su valía lo que la convierte en un trabajador más vulnerable, pues el riesgo de la no renovación del contrato, en un mercado laboral como el actual, que se caracteriza por la precaridad en el empleo, siempre va a estar ahí. Como afirman PÉREZ DEL RÍO/BALLESTER PASTOR el acoso sexual *"puede teóricamente ser sufrido tanto por hombres como por mujeres, pero dada la demostrada situación de discriminación de las mujeres en el mercado de trabajo (mayor precariedad, fácil sustituibilidad por ocupar los puestos de trabajo correspondientes a las categorías profesionales más bajas y peor cualificadas, mayor índice de desempleo, mayor inclusión en la economía sumergida, etc.), las mujeres se convierten en las principales víctimas de acoso sexual"*<sup>44</sup>.

De la lectura de la jurisprudencia se pone de manifiesto cómo el acoso sexual se ceba con las mujeres que se encuentran en una situación laboral precaria: trabajadoras sin contrato, con contrato en práctica, con contrato temporal, las que desempeñan funciones inferiores para las que están cualificadas, las que ocupan su primer empleo, las que ven, en definitiva, cómo el acosador –que la conoce– abusa del miedo que provoca el desempleo. Puede decirse pues en este caso que también existe un cúmulo de factores que contribuyen a identificar a las víctimas de esta clase de conductas pues no todas las mujeres son objeto de acoso sexual, sino además aquéllas en las que concurren alguno de estos otros factores. En esta línea, el Código de conducta anexo a la Recomendación de la Comisión, de 27 de noviembre de 1991 reconoce que existen determinados colectivos que son especialmente vulnerables ante las conductas de acoso: así, señala entre ellos a *"las mujeres divorciadas o separadas, las mujeres jóvenes y las que se incorporan por primera vez al mercado de trabajo, las que tienen contratos precarios o irregulares, las mujeres que desempeñan trabajos no tradicionales, las mujeres incapacitadas físicamente, las lesbianas y las mujeres de minorías raciales"* las cuales *"corren un riesgo*

*desproporcionado*". A dichos colectivos añade los "*homosexuales y los hombres jóvenes*". También en este caso que también existe un cúmulo de factores que contribuyen a identificar a las víctimas de esta clase de conductas pues no todas las mujeres son objeto de acoso sexual (como tampoco lo son todos los trabajadores jóvenes, ni todos los trabajadores homosexuales), sino además aquéllas en las que concurren alguno de estos otros factores.

Se trata pues de trabajadoras que se encuentran en una posición de especial vulnerabilidad por dos motivos: por ser mujer y por las características del mercado de trabajo que convierte el empleo en precario e inseguro; de ahí la incardinación de los supuestos de acoso sexual en el seno de la discriminación hacia la mujer por razón de género<sup>45</sup>.

#### VI.1.c) Tratamiento jurisprudencial: la tesis de la absorción de la lesión psíquica en el acoso sexual

En relación con la perspectiva del acoso sexual que interesa en este punto, esto es, como generador de enfermedades psíquicas para el trabajador y, por tanto, como un problema de salud laboral, tiene particular importancia la tesis mantenida por el Tribunal Supremo en torno a la absorción de la lesión psíquica dentro de la pena establecida para el delito de acoso sexual.

En particular, estos hechos fueron analizados en la STS 1.460/2003, de 7 de noviembre [RJ 2003/7.573]<sup>46</sup>. La víctima, concejala de un Ayuntamiento gallego siendo alcalde el acusado, intenta romper la relación sentimental que les unía; a partir de dicho momento, éste empezó a criticar el grado de desarrollo de sus funciones, la dejaba en ridículo delante de sus compañeros criticando sin motivo su trabajo, la trasladó de sitio, etc., minusvalorándola como trabajadora y, por ende, como persona. Nótese como no se trata *a priori* de una trabajadora especialmente vulnerable (licenciada universitaria que se desenvuelve en el mundo de la política, y cuyo caso tuvo una gran trascendencia en los medios de comunicación), y no obstante, se vio envuelta en un ciclón de acoso sexual. La poca o mucha simpatía que la víctima despertó en la prensa del corazón hizo no obstante que pasaran desapercibidos datos que debieron determinar una condena mayor.

En instancia, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sentencia 1/2002) condenó al acusado como autor de un delito de acoso sexual en el ámbito laboral a la pena de multa de nueve meses con

una cuota diaria de 24 euros; así como a pagar a la víctima una indemnización en concepto de responsabilidad civil de 12.000 euros y al pago de la mitad de las costas procesales. No obstante, el Tribunal Supremo rebajó la cuantía de la sanción porque entendió que no había un acoso sexual vertical, sino otro de carácter ambiental, pues en su discutible opinión, no existe relación jerárquica entre un alcalde y sus concejales<sup>47</sup>.

Lo que en este momento interesa resaltar es que la acusación particular solicitaba además del castigo por el acoso sexual, un delito de lesiones, pues dicha situación en aquél ámbito le provocó a la víctima un deterioro físico y psíquico "notoriamente perceptible"; así se relata a lo largo de los hechos probados que la víctima, "no pudiendo soportar las presiones psicológicas sufridas, desaparece de Ponferrada, se traslada a Madrid y acude al hospital clínico de San Carlos, siendo atendida de urgencias del 25 septiembre de 2000 por la psiquiatra... que le diagnosticó trastorno adaptativo con estado de ansiedad en relación con un conflicto en medio laboral, recomendando la baja laboral. El 27 de septiembre, 5 y 8 de octubre y 24 de noviembre de 2000 la querellante acude a la consulta del psiquiatra de... quien le diagnosticó trastorno adaptativo mixto expresando que la paciente no es un tipo de persona fabuladora. De igual modo desde el 12 de febrero de 2001 y en múltiples ocasiones posteriores acude al psicólogo quien también le aconseja la baja laboral, que se hace oficialmente efectiva en fecha de 22 de septiembre de 2000 ello conlleva la reducción de sus emolumentos, lo que en situaciones análogas no se había hecho con otro concejal del mismo grupo"... "dicha lesión habría requerido para su curación, primera asistencia facultativa seguida de tratamiento médico posterior sin embargo la duración del tratamiento y el tiempo real que estuvo impedida para sus ocupaciones, no aparecen acreditados y existen discrepancias, no esenciales, en el diagnóstico de la enfermedad que padeció".

En esta línea, la sentencia del Tribunal Supremo analizada recurre al acuerdo no jurisdiccional, adoptado el 10 de octubre de 2003, en el que se analizó la calificación jurídica de las lesiones psíquicas ocasionadas en los delitos contra la libertad sexual, en virtud del cual "cuando la víctima de los mismos sufre, además del ataque contra su indemnidad sexual, una lesión psíquica, que podría integrar un delito autónomo, que se penalizaría en concurso delictivo, o bien podría ser considerado una consecuencia directa de la acción

*del autor, en tanto que un ataque de esas característica conlleva ya de ordinario una lesión etiológicamente inmersa en el mismo que quedaría englobado en el propio desvalor de la acción, no siendo sus consecuencias más que indemnizables por la vía de la responsabilidad civil, esta última posición fue la dominante en la citada sala general que acordó que las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, por lo que ordinariamente quedan consumidas por el tipo delictivo correspondiente por aplicación del principio de consunción del art. 8.3 del CP, sin perjuicio de su valoración a efectos de la responsabilidad civil”.*

La vía seguida por el Tribunal Supremo ha de ser sometida a crítica: nótese que si efectivamente por cualquier medio o procedimiento –esto es, mediante conductas de acoso sexual- se le causa a la víctima una lesión –física o psíquica- que requiera para su sanidad además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico a los efectos del art. 147, la pena será de prisión de seis meses a tres años. Por el contrario, entendiéndose consumida dentro del acoso sexual la lesión psíquica, la pena del acoso sexual descrito en el art. 184.1 (acoso horizontal) es de prisión de tres meses a cinco años o multa de seis a diez meses, mientras que si se trata del descrito en el núm. 2 del mismo artículo (acoso vertical o con el anuncio expreso de causar un mal en sus legítimas expectativas), pasa a ser de prisión de cinco a siete meses o multa de diez a catorce meses. Las reglas del concurso de normas debieron determinar en todo caso la prevalencia de las lesiones frente al acoso sexual (también las lesiones imprudentes están castigadas con pena más grave que la establecida en caso de acoso sexual).

La calificación de estas conductas como lesiones desde el punto de vista subjetivo parece que no debería provocar ningún problema una vez eliminado del art. 147 la referencia a “de propósito” que exigía el código penal viejo. El autor sabe que somete a la víctima a actos de acoso sexual, lo que le puede provocar a ésta un menoscabo de su salud. Nótese además que son conductas que se prolonga en el tiempo, durante el cual además, no es infrecuente el deterioro físico de la víctima, lo que puede coadyuvar a visualizar la lesión y por ende, a que el autor se de cuenta de los perjuicios que causan sus acciones.

Ello significa que la lesión psíquica no repercute a efectos de pena, aunque el delito de acoso sexual no la exige. Además, siguiendo en este punto la tesis jurisprudencial, ni siquiera se podría

optar por considerar la lesión psíquica como criterio de determinación judicial de la pena, pues más bien parece que se está condicionando al juez a que la ignore.

Caso de seguirse afirmando la imposibilidad de establecer el concurso de delitos entre las lesiones psíquicas y el delito de acoso sexual, quizás lo más apropiado sería *-de lege ferenda-* la inclusión de aquélla como una circunstancia específica de agravación de la pena en éste, al estilo de lo establecido en el art. 181.1 para las agresiones sexuales<sup>48</sup>.

VI. 2 Finalmente, la LO 5/2010 procedió a castigar dentro del delito de trato degradante el delito de acoso moral en el trabajo, en los siguientes términos (art. 173.1)<sup>49</sup>:

*"1. El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.*

*Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcionarial y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima"*<sup>50</sup>.

A pesar de que el nuevo delito de acoso moral se incluya como un mero párrafo segundo dentro de dicho artículo, existen notorias diferencias en cuanto a la estructura dogmática de uno y otro, pero es muy ilustrativo del punto del que aquí se ha partido: el acoso laboral no es más que un acoso moral que se produce en el ámbito del trabajo.

En efecto, según la redacción que al mismo da, al margen de que se castiga con la misma pena, es preciso que los hechos sucedan en el marco de "*cualquier relación laboral o funcionarial*", que sería el parámetro para restringir en razón de la materia la angostura del tipo. La relación laboral a efectos penales ha de entenderse en el sentido más amplio que el art. 1 del Estatuto de los Trabajadores<sup>51</sup>, mientras que la relación funcionarial es la que define el *Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público* (EBEP) arts. 9 y 10 cuando define los funcionarios de carrera y los funcionarios interinos. De esta forma, se da la paradoja de que si bien el EBEP ha querido unificar administrativamente el régimen de los empleados públicos, ya sean funcionarios o personal laboral, al

separar el art. 173.1 del Código penal "*la relación laboral o funcio-narial*", se separan a efectos penales para posteriormente volver a unirlos a los efectos de la pena a imponer.

Sujeto activo de esta modalidad de acoso ha de serlo alguien que tenga respecto de la víctima una "*relación de superioridad*" en el ámbito laboral, de la que además es preciso que el autor se pre-valga. Esto no determina que siempre que exista esa relación de superioridad se presuma el prevalimiento de la misma, sino que ha de probarse expresamente. Por otra parte, la relación de superioridad puede deberse a un dato fáctico o jerárquico, lo que determina que entren en su interior tanto los actos de *mobbing* en el sentido estricto señalado con anterioridad, es decir, aquellos en los que el sujeto pasivo es el "empleado" del sujeto activo, como aquellos otros en los que no existiendo esa superioridad jerárquica, sí exista una superioridad fáctica. Por ejemplo, quien coordina una titulación sobre un profesor que imparta clases en el mismo; quien ocupa el cargo de director de secretariado de un Vicerrectorado. Puede tra-tarse pues de una superioridad fáctica, puntual y no permanente.

Además, es preciso que se realice contra otro "de forma reite-rada" "*actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima*". Qué sean actos "hostiles" y "humillantes" no se sabe muy bien, pues se trata de dos elementos normativos completamente indeterminados que quedan en manos del juez que en el caso concreto tenga que en-juiciar los hechos. Respecto a este requisito, hay que señalar que si se castigara por el delito de trato degradante en sentido estricto (art. 173.1 párrafo 1º), no haría falta más que someter a un trato, si bien en este punto hay que tener en consideración que es la pro-pia definición de lo que se entiende por "acoso moral" la que exige dicha reiteración de los actos, pues si se produce una sola vez, no habría "laboralmente" acoso moral. Se exige no obstante la reite-ración. En este sentido, la SAP de Madrid 14/2016, de 4 de abril, JUR/2016/123561 afirma que al margen ya de la reiteración de los actos que pueden constituir un "trato" "*la jurisprudencia ha puesto el acento en la intensidad de la violación, lo que puede derivarse de una sola acción particularmente intensa que integre las notas que vertebran el tipo, o bien una conducta mantenida en el tiempo*" (STS 3 de marzo de 2009).

A esto ha de unirse un elemento definido de forma negativa: esos actos repetidos individualmente considerados no deben su-

poner el grave atentado contra la integridad moral constitutivo de delito en el número 1 del art. 173; se trata pues de castigar la reiteración de actos de menor intensidad contra la integridad moral de un mismo sujeto, ya que dado el carácter personalísimo de ese bien jurídico, no cabría considerar que existe un solo delito de acoso moral en el trabajo cuando se somete en una ocasión a varias personas a un trato humillante, pues no cabría la suma de integridades morales distintas. Cosa distinta sería si este delito se hubiera ubicado sistemáticamente dentro de los Título XVIII como un delito más contra los derechos de los trabajadores, como así hacía la propuesta presentado por el PSOE en 2001.

Lo que sí separa aparentemente las conductas castigadas en los números 1 y 2 del art. 173 es el hecho de que en el primer caso es necesario que se infrinja a la víctima *"un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral"*, mientras que en el número 2 basta con realizar *"contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan un grave acoso contra la víctima"*.

La jurisprudencia ha entendido por "trato degradante" *"aquel que pueda crear en las víctimas sentimiento de temor, angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles de envilecerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física"* (SAP de Madrid 14/2016, de 4 de abril JUR/2016/123561 (STS 16 de abril de 2993). El mobbing, según esta misma sentencia ha de ser entendido como *"hostigamiento psicológico en el marco de cualquier relación laboral o funcional que humille al que lo sufre, imponiendo situaciones de grave ofensa a la dignidad. Supone por tanto un trato hostil o vejatorio al que es sometida una persona en el ámbito laboral de forma sistemática. Se trata de una grave situación de violencia psicológica, recurrente y sostenida en el tiempo que provoca en quien lo sufre problemas psicológicos y profesionales"*.

La cuestión es si el *"grave acoso contra la víctima"* debe entenderse como resultado típico naturalístico o como afección al bien jurídico protegido: de ello depende que se trate de un delito de mera actividad de lesión del bien jurídico o de un delito de resultado de lesión del bien jurídico: la diferencia estriba pues en que en el primer caso a los efectos de la consumación no se tendría en consideración si a la humillación ha de unírsele a través de la relación de causalidad y de la imputación objetiva el resultado de *"grave acoso"*, lo que de por sí es muy difícil por lo indefinido de la *"gravedad"*

y del "acoso", o si es posible afirmar que se lesiona el bien jurídico integridad moral sin tener que esperar a que en el caso concreto se pruebe si, en efecto, ese sujeto se sintió "gravemente" acosado, teniendo en consideración por tanto meros parámetros objetivos de medida. Habrá que estar pendiente de la interpretación jurisprudencial. El mero verbo típico "realizar", frente al de "provocar" que se empleaba en el Anteproyecto, puede estar poniendo el énfasis en la conducta, más que en el resultado natural causado. A favor de esta línea de interpretación puede decirse que el número 1 es también un delito de mera actividad.

Todo ello con independencia de que el resultado final que busca el autor es el "extrañamiento social en el marco laboral" (Auto de AP de Vizcaya, 438/2010, de 10 de junio [ARP/2010/1345]. Por tanto, el delito se consuma cuando se realizan estos actos "hostiles" o "humillantes" *contra otro de forma reiterada que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima* hayan o conseguido finalmente ese extrañamiento social.

Las relaciones concursales que el delito de acoso laboral plantea son amplias. En todo caso, hubiera tenido más sentido su inclusión en el Código si sistemáticamente se hubiera ubicado dentro de los delitos contra los derechos de los trabajadores; ello a pesar de que de haber sido esta la técnica legislativa empleada, se tendría que haber sustituido la rúbrica del Título XV por la de "delitos laborales".

## VIII. CONCLUSIONES

- La menor representación de las mujeres en las cifras sobre siniestralidad laboral es reflejo de su menor presencia en el ámbito laboral (impedimentos sociales y legales).
- La siniestralidad laboral no está masculinizada: en todo caso, lo que está masculinizado son los sectores profesionales.
- Los factores que condicionan las cifras de siniestralidad laboral femenina son el paro, los sectores laborales, las categorías profesionales, la clandestinidad de parte del trabajo femenino; el resultado que se produce sobre la mujer trabajadora.
- La mujer se empieza a incorporar al mundo de la construcción, no como "peones, escayolistas o gruístas", sino como "empresarias", "arquitectas" o "directoras de obras", lo que

determina que empiece a haber sentencias en las que ocupan el puesto del sujeto activo.

- El perfil de la trabajadora que sufre siniestros es el de una mujer joven, trabajando en sector servicio o industria, con contrato temporal, con una antigüedad de menos de 3 meses de trabajo, en empresas pequeñas.
- Las variables "edad" y "nacionalidad" inciden más que otras cuando de mujeres se trata.
- El concepto de enfermedad profesional causante de los riesgos laborales abarca aquellas condiciones laborales que afectan a la salud como bienestar del trabajador: inclusión del acoso sexual y del acoso moral.
- Los efectos sobre la salud de la trabajadora son bien enfermedades profesionales, bien accidentes laborales que afectan fundamentalmente a las manos (trabajo femenino: manual, repetitivo, no cualificado, en cadena).

Con ello, se confirma una de las dos variables –el sexo– que quedaron por probar en el estudio criminológico realizado en el área de Derecho penal sobre la siniestralidad laboral en el ámbito de la construcción. Y se cierra pues aquel capítulo.



## NOTAS

- 1 Véase A.M. PORTUGAL, "Los orígenes y la celebración del Día internacional de la mujer, 1910-1945 (clarificación del mito del 8 de marzo)", en [www.feuu.edu.uy/documentos](http://www.feuu.edu.uy/documentos).
- 2 A pesar de la dureza del trabajo que desempeñaban; esto es lo que nos recuerda A. CASO en su trabajo sobre *Las olvidadas. Una historia de mujeres creadoras* (ed. Círculo de lectores, 2006, p. 67) basándose en el testimonio que ha llegado hasta el día de hoy de una joven criada en la Inglaterra rural del siglo XIV: "tengo que aprender a hilar, rastri-llar, cardar, tejer, limpiar los conejos, elaborar bebidas, hornear, hacer malta, cosechar, amontonar gravillas, quitar las malas hierbas, orde-ñar, alimentar a los cerdos y limpiar sus pocilgas. En la casa tengo que hacer las camas, barrer, fregar y, en la cocina, limpiar los cacharros, lavar los platos, recoger la leña y encender el fuego, hervir la leche, limpiar el fogón y engrasar los moldes, hacer el queso y ocuparme de que todo esté en orden".
- 3 Z. LUIZA PIERDONÁ, "A protexão previdenciária da mulher como exer-cício de cidadania", en A. REIS DE ARAUJO, F. FONTENELE-MOURÃO, *Trabalho de Mulher: mitos, riscos e transformações*, ed. TTr, São Paulo, 2007, pp.156 y ss.
- 4 En adelante, LPRL.
- 5 <http://www.adn.es/ciudadanos/20080314/NWS-1333-Gobierno-mu-jeres-quiere-puedan-bajar.html>.
- 6 En adelante, LOI.
- 7 Ver F.J. GONZÁLEZ SEGARRA, *Riesgos ergonómicos y psicosociales en los sectores feminizados de Andalucía*, ed. UGT-Andalucía, Sevilla, 2006, p. 27.
- 8 El sindicato CGT de Aragón ha incluido en su estudio "Trabajo, sinies-tralidad laboral y empresas de trabajo temporal en Aragón" la distinción por sexo de los trabajadores siniestrados. Los datos que allí se re-saltan son los siguientes: de los accidentes con baja contabilizados en Aragón (20.850), las mujeres padecieron el 20.3 %. De los accidentes leves, 4204 fueron mujeres trabajadoras (20.47%); 11.06% acciden-tes graves y 4.5 % mortales. Las mujeres con un contrato eventual tiene más del doble de posibilidades de tener un accidente que una trabajadora con contrato indefinido. Por sectores, el 77% trabaja en el sector servicios, mientras que el 13.86 en la industria (el resto en pro-fesiones variadas 9.14%): [www.cgt.es/aragon/web\\_antigua/DescDocs/Trabajo%20y%20Siniestralidad%20laboral.pdf](http://www.cgt.es/aragon/web_antigua/DescDocs/Trabajo%20y%20Siniestralidad%20laboral.pdf).
- 9 Sobre el hecho de que las mujeres desempeñan los trabajos más du-ros, también es un tópico en el que cae el autor y del que hace culpable a las asociaciones feministas: lo que estos colectivos vienen reclaman-do no es que las mujeres desempeñen los trabajos más duros, sino que trabajan más: a las horas de trabajo en el trabajo, hay que unir el trabajo en el hogar. Es lo que se denomina la "doble presencia": "cuando recae sobre una misma persona la necesidad de responder a las demandas del espacio de trabajo doméstico y de trabajo asalariado", sobre todo cuando aparecen de manera simultánea. Según DURÁN, en un trabajo realizado en el año 2000, "el trabajo asalariado la media de horas trabajadas por hombres es casi de 5 horas al día, y la de mujeres de casi 2 horas al día. En el trabajo doméstico los números cambian radicalmente: los hombres trabajan una media de casi 3 horas al día,

- mientras que las mujeres lo hacen durante 8 horas al día. Si sumamos trabajo remunerado y trabajo doméstico resulta que los hombres trabajan una media de 7 horas al día, mientras que las mujeres lo hacen durante casi 10 horas". M.A. DURÁN, "El análisis de la exhaustividad en la economía española" en *Jornadas tiempos, trabajos y género*, ed. Universidad de Barcelona, 2001; véase F.J. GONZÁLEZ SEGARRA, *Riesgos ergonómicos y psicosociales en los sectores feminizados de Andalucía*, cit., pp. 95 y ss.
- 10 Vid. al respecto M. ACALE SÁNCHEZ, "Dimensión aplicativa: análisis criminológico de la siniestralidad laboral en el ámbito de la construcción en la provincia de Cádiz", en J.M. TERRADILLOS BASOCO, M. ACALE SÁNCHEZ (coords.), *Estudios jurídicos sobre siniestralidad laboral*, ed. Servicio de Publicaciones de la Junta de Andalucía, Sevilla, 2006, pp. 211 y ss.
- 11 Vid. informe en: [http://www.cgt.es/aragon/web\\_antigua/DescDocs/Trabajo%20y%20Siniestralidad%20Laboral.pdf](http://www.cgt.es/aragon/web_antigua/DescDocs/Trabajo%20y%20Siniestralidad%20Laboral.pdf).
- 12 El paro masculino era en 2003 del 8%, frente al femenino de 15.9%.
- 13 Véanse los datos que proporciona el MTAS ([www.mtas.es](http://www.mtas.es)).
- 14 Se entiende por construcción según el art. 2 del *Real Decreto 1.627/1997, de 24 de octubre, por el se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción "cualquier obra, pública o privada, en la que se efectúen trabajos de construcción o ingeniería civil"*, tales como (Anexo I) excavaciones, movimientos de tierras, construcción, montaje o desmontaje de elementos prefabricados, acondicionamiento o instalaciones, transformación, rehabilitación, reparación, desmantelamiento, derribo, mantenimiento, conservación o saneamiento.
- 15 Detenidamente: F.J. GONZÁLEZ SEGARRA, *Riesgos ergonómicos y psicosociales en los sectores feminizados de Andalucía*, ed. UGT-Andalucía, cit., especialmente, pp. 15 y ss.
- 16 F.J. GONZÁLEZ SEGARRA, *Riesgos ergonómicos y psicosociales en los sectores feminizados de Andalucía*, cit., pp. 399.
- 17 INFORME CCOO.
- 18 F.J. GONZÁLEZ SEGARRA, *Riesgos ergonómicos y psicosociales en los sectores feminizados de Andalucía*, cit., p. 395.
- 19 En el mismo sentido, F.J. GONZÁLEZ SEGARRA, *Riesgos ergonómicos y psicosociales en los sectores feminizados de Andalucía*, cit., p. 31.
- 20 En este sentido, afirma la STS 371/2005, de 17 de marzo [RJ 2005/7.473] que "no importa que la clase de trabajo llevado a cabo haya sido la prostitución. En efecto, la Sentencia de esta Sala núm. 995/2000, de 30 de junio [RJ 2000/6.081] vino a señalar en relación a la contratación de los inmigrantes ilegales, que su interpretación debe efectuarse desde una perspectiva constitucional (no olvidando la afirmación con que se inicia la Constitución, que en su art. 1 califica al Estado de social) en la medida que el llamado derecho penal laboral, del que el tipo que se comenta es elemento central, sanciona fundamentalmente situaciones de explotación, que integran ilícitos criminalizados, de suerte que el bien jurídico protegido está constituido por un conjunto de intereses concretos y generales que protegen la indemnidad de la propia relación laboral, mediante la sanción de aquellas conductas que atenten contra los derechos y condiciones laborales de los trabajadores".
- 21 En el mismo sentido, F.J. GONZÁLEZ SEGARRA, *Riesgos ergonómicos y psicosociales en los sectores feminizados de Andalucía*, cit., pp. 47 y ss.

- 22 T. PÉREZ DEL RÍO, A. BALLESTER PASTOR, *Mujer y salud laboral*, ed. La Ley, Madrid, 1999, p. 3.
- 23 *Europa press*, 27 de junio de 2005.
- 24 El Real Decreto 1.299/2006, de 10 de noviembre, por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro (*Boletín Oficial del Estado* de 19 de diciembre de 2006) desarrolla el art. 116 de la Ley General de la Seguridad Social. En su interior se dividen en cinco grupo el catálogo de enfermedades profesionales según el agente causante: agentes químicos, físicos, biológicos, por inhalación de sustancias y agentes no comprendidos en los apartados anteriores; enfermedades de la piel, causadas por sustancias y agentes no comprendidos en algunos de los grupos anteriores y finalmente, las enfermedades profesionales causadas por agentes carcinogénicos.
- 25 Véase la STS (Sala de lo Civil) 1.334/2007, de 10 de diciembre [RJ 2007/8.914] y todas las que allí se citan, recogiendo la doctrina jurisprudencial en este sentido.
- 26 T. PÉREZ DEL RÍO/A. BALLESTER PASTOR, *Mujer y salud laboral*, cit., p. 85.
- 27 J. BERISTAIN IPIÑA, "Observaciones acerca de las lesiones en el Derecho Penal español y comparado", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1971, pp. 214 y ss; le sigue J.M. TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, ed. PPU, Barcelona, 1990, p. 38; M. J. CUENCA I GARCÍA, "La violencia habitual en el ámbito familiar", en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1998/4, p. 637.
- 28 J.M. TAMARIT SUMALLA, *La reforma de los delitos de lesiones*, cit., pp. 29 y ss.
- 29 C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, "Las relaciones personales con la víctima en las lesiones", en M. COBO DEL ROSAL (dir.), M. BAJO FERNÁNDEZ (coord.), *Comentarios a la legislación penal*, Tomo V, Volumen 2º, Madrid, 1985, p. 895.
- 30 C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, "Las relaciones personales con la víctima en las lesiones", cit., p. 895. Críticamente con este concepto en esta sede: M. ACALE SÁNCHEZ, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 121 y ss.
- 31 Por todos véase J.M. TERRADILLOS BASOCO, *La siniestralidad laboral como delito*, ed. Bomarzo, Albacete, 2006 (y la bibliografía que allí se cita). Con posterioridad al mismo ha visto a la luz dentro de la doctrina española el trabajo de R. DE VICENTE MARTÍNEZ titulado *Los delitos contra los derechos de los trabajadores*, en la editorial Tirant lo Blanch (Valencia, 2008). En este trabajo se va a prescindir de realizar un estudio sobre estos delitos, en la medida en que su objetivo es otro: relacionar las variables "género" y "siniestralidad".
- 32 *Vid.* T. PÉREZ DEL RÍO, A. BALLESTER PASTOR, *Mujer y salud laboral*, cit., p. 92.
- 33 Este podría ser el caso de los hechos enjuiciados en la SAP de Soria 3/2006, de 25 de enero [ARP 2006/160]: se trataba del supuesto de un empresario que, prevaliéndose de su superioridad jerárquica obligaba al conjunto de sus trabajadoras a vestir de determinada forma, acosándolas sexualmente de forma constante e indiscriminada, humillándolas, amenazándolas con el despido o la no renovación del contrato –o de la beca–: si el ámbito laboral en el que se produjeron los hechos fuera *per se* peligroso, el imponer dichas condiciones laborales

puede suponer ya una puesta en peligro del colectivo de personas que han de trabajar en esas circunstancias. La sentencia va señalando una a una la situación de cada una de las trabajadoras. Así respecto a Valentina señala que sufrió *“un trastorno adaptativo con ansiedad”*; la becaria Claudia *“sufre un síndrome de estrés postraumático crónico con sintomatología ansiosa”*; a Encarna, *“padece un síndrome de estrés postraumático crónico con sintomatología ansiosa”*: había más trabajadores, en particular, los hombres.

34 A pesar del interés que despiertan, desde el punto de vista científico, incluirlas numéricamente en este trabajo conllevaría duplicar el dato, pues ya se computan las 11 sentencias de las Audiencias Provinciales que dieron lugar al correspondiente recurso de casación.

35 En varias sentencias se castiga a mujeres que son arquitectos –superiores o técnicos- encargadas de la prevención de riesgos laborales, también hay empresarias individuales, miembros de sociedades anónimas, administradoras de sociedades empresariales, contratistas de obras (SAP de Almería 6/2006, de 13 de enero [JUR 2006/138176]) y en una de ellas, jefe de obra (SAP de Madrid 287/2003, de 18 de junio [ARP 2003/773]).

36 Por otro lado, en algunas sentencias, como es el caso de la STS 1.188/1999, de 14 de julio [RJ 1999/6.180] se pone de manifiesto el control del marido sobre su esposa “trabajadora”, cuando una aparece como administradora única de la empresa, y el otro, *de facto*, controla la empresa y de paso a ella, algo que en la sociedad en su conjunto no es más que fruto del machismo imperante, en lo penal viene a determinar la absolucón de la primera y el castigo del segundo: en la sentencia citada, se produce la muerte de un trabajador en el seno de una empresa en la que aparece formalmente como representante de la referida sociedad Blanca, esposa de Jesús, quien ejercía como *“encargado de la sociedad y de hecho administraba y representaba a la misma”*. Exime de responsabilidad a Blanca a pesar de que según el art. 318 era ella la responsable por ser la administradora de la sociedad *“partiendo de que es a estos efectos administrador o encargado no quien formalmente posea este título sino quienes efectivamente lo sean administrando o teniendo capacidad resolutoria o de adopción de medidas, o que teniendo conocimiento de la situación no hubieren tomado las decisiones correctoras oportunas, entiendo esta sala que la responsabilidad del empresario no puede llegar hasta extremos de adoptar un sistema al respecto de responsabilidad meramente objetiva, pues estamos ante un supuesto peculiar en que por razones que pudieran tener su calificación en otro orden jurisdiccional o en otro procedimiento se efectúa una transmisión de acciones por el acusado a su esposa que pasa a desempeñar desde entonces una titularidad meramente formal, sin posibilidad de adoptar medidas decisorias, careciendo de los conocimientos mínimos para ello, siendo una persona prácticamente desconocida por los trabajadores de la empresa que se relacionan con quien lleva la titularidad real, de hecho de la misma”*. Se concluye con que se trata de una administradora ficticia.

37 Ejemplo de caso en el que se causa una enfermedad profesional se refleja en la SAP de Cádiz 488/2000, de 10 de noviembre [JUR 2001/48.498]: aplasia medular causada a trabajadora en invernadero de flores, donde estaba en contacto directo con sustancias plagicidas e insecticidas, sin que se facilitara ropa, guantes o botas adecuadas, no contando con

- agua caliente en las duchas, ni practicando reconocimientos médicos, actividad de formación o información alguna. Se condena por un delito del art. 316, a pesar de que la defensa discute la imputación objetiva del resultado. Y, también la SAP de Cádiz 250/2000, de 30 de mayo [ARP 2000/2.039]: propietario de empresa de cultivo de flores que tiene expuestos a sus trabajadores a insecticidas y plaguicidas sin que se les facilite ni la ropa adecuada ni las condiciones necesarias, produciéndose en una trabajadora una enfermedad a consecuencia de los productos tóxicos a los que está sometida. La trabajadora María del Mar S. R. está diagnosticada de aplasia medular, sometida a dos trasplantes de médula e ingresos hospitalarios sin que pueda, en principio, determinarse con certeza absoluta que los productos tóxicos a los que estuvo expuesta sean el origen de su enfermedad si bien existe un alto grado de probabilidad que indica que tal padecimiento tiene directa y efectiva relación con la exposición a los productos tóxicos que se empleaban en el referido centro de trabajo y a la cual estuvo sometida la perjudicada; también en este caso la condena vino de la mano del delito de puesta en peligro dolosa de la vida y la salud de los trabajadores del art. 316.
- 38 T. PÉREZ DEL RÍO, A. BALLESTER PASTOR, *Mujer y salud laboral*, cit., p. 4.
- 39 En este caso, la sentencia condena a los acusados por delito contra los derechos de los trabajadores y lesiones imprudentes.
- 40 Sin duda alguna, en Europa el mayor esfuerzo contra semejantes prácticas ha sido el emprendido por la propia Unión Europea. Así, la Recomendación de 27 de noviembre de 1991 de la Comisión relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, tiene como objetivo fomentar la elaboración y la puesta en marcha de políticas y prácticas que establezcan unos entornos laborales libres de acoso sexual y en los que las mujeres y los hombres respeten mutuamente su integridad personal. En ella se distingue la mera atención sexual de las situaciones de acoso en el hecho de que el sujeto activo continúe con sus insinuaciones de contenido sexual "una vez que la persona objeto de la misma ha indicado claramente que la considera ofensiva"; lo que es tanto como afirmar que es el consentimiento del sujeto pasivo el factor que convierte en lícita o en ilícita las solicitudes sexuales de las que es objeto. Como anexo a esta Recomendación se incluyó un Código de conducta sobre las medidas para combatir el acoso sexual, con el que se pretende conducir las actuaciones de empresarios, trabajadores y sindicatos para luchar contra estas prácticas. Entre otras cuestiones, señala que "como el acoso sexual es un comportamiento indebido del trabajador, los empresarios deben ocuparse del mismo al igual que hacen con cualquier otra forma de comportamiento indebido de los trabajadores y deben evitar acosar a los propios trabajadores". La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de junio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (que refunde otras Directivas anteriores) establece que "el acoso y el acoso sexual son contrarios al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y constituyen discriminación por razón de sexo a efectos de la presente Directiva. Dichas formas de discriminación se producen no solo en el lugar de trabajo, sino también en el contexto del acceso al empleo, a la formación profesional y a la

- promoción. Por consiguiente, se deben prohibir estas formas de discriminación y deben estar sujetas a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias”.
- 41 Igual que se hizo en el caso de los delitos contra la vida y la salud de los trabajadores, se han dejado fuera del cómputo las dos sentencias del Tribunal Supremo, con la finalidad de evitar duplicar los datos.
- 42 Llama la atención los 6 casos en los que tras la falta imputación del delito de abuso sexual, se abren diligencias por calumnias.
- 43 Véase: F.J. GONZÁLEZ SEGARRA, *Riesgos ergonómicos y psicosociales en los sectores feminizados de Andalucía*, cit., pp. 113 y ss.
- 44 T. PÉREZ DEL RÍO, A. BALLESTER PASTOR, *Mujer y salud laboral*, cit., p. 103.
- 45 T. PÉREZ DEL RÍO, A. BALLESTER PASTOR, *Mujer y salud laboral*, cit., p. 103.
- 46 En la que se resuelve el recurso interpuesto por la Sentencia 1/2002, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León.
- 47 En este sentido afirma que *“el alcalde solamente es superior jerárquico, a tenor de lo establecido en el art. 41.14, del personal de la Corporación, sea éste de carácter laboral, o perteneciente a la función pública, incluidos los funcionarios de habilitación nacional, y en el apartado 15, se le atribuye la jefatura directa de la policía municipal, pero no es superior jerárquico del resto de concejales que con él forman la corporación municipal; las relaciones con éstos se disciplinan en el art. 43 con el carácter de atribuciones delegadas, que no entrañan la estructura jerárquica que requiere el tipo penal aplicado, en tanto que el art. 184.2 del Código Penal exige que se «hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica», y tal jerarquía es un elemento del tipo que no puede presumirse; y al no concurrir entre miembros nacidos de la soberanía popular, que se encuentran en igualdad de condiciones para ejercitar su cometido constitucional, es por lo que tenemos que estimar parcialmente el motivo, en este particular, y dictar segunda sentencia en donde se absolverá a Ismael A. R. de esta faceta delictiva, no obstante mantener la condena por el tipo básico”*.
- 48 De esta línea de interpretación, con buen criterio, se aparta la SAP de Álava 119/2006, de 20 junio, que castiga por lesiones psíquicas y acoso sexual en concurso ideal, al entender que la pena del acoso sexual no puede absorber la del atentado a la salud psíquica, restando validez al acuerdo del Tribunal Supremo, en el sentido de interpretar que se trata de una línea de pensamiento que sólo tiene validez al castigar las agresiones sexuales de los artículos 178 a 181, en la medida en que en este caso la pena es muy superior.
- 49 El Anteproyecto de reforma del Código penal aprobado por el Consejo de Ministros el pasado 13 de julio de 2006, en el que se incluye dentro del Título relativo a las torturas y otros delitos contra la integridad moral, en el art. 173.1 un nuevo apartado segundo que señala *“con la misma pena serán castigados los que, en el marco de una relación laboral, realicen contra otro de forma reiterada actos de grave acoso psicológico y hostilidad que naturalmente generen en la víctima sentimientos de humillación y los que, en el marco de cualquier otra relación contractual, provoquen situaciones gravemente ofensivas en la dignidad moral de la otra parte, mediante la alteración sensible de las condiciones de disfrute de los derechos derivados de la misma”*.

- 50 El último párrafo del art. 173.1 señala: "*Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda*".
- 51 Esto es, admitiendo en su interior, tanto los contratos laborales, como los que excluye el propio artículo: en este sentido, la relación laboral se establece mediante un contrato de los sometidos al Estatuto de los Trabajadores así como a los regímenes especiales (limpieza del hogar, toreros, deportistas profesionales, etc.).



# APROXIMACIONES AL CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO "JUSTICIA SOCIAL"

Ricardo Francisco Seco\*

## SUMARIO

Capítulo I: Concepto. Origen. El Magisterio pontificio. Concepto autoral. Capítulo II: La justicia social en el derecho positivo vigente. Capítulo III: La operatividad del concepto *justicia social* de las decisiones judiciales nacionales. Capítulo IV: Conclusiones.

## CAPÍTULO I

### CONCEPTO. ORIGEN

#### EL MAGISTERIO PONTIFICIO. CONCEPTO AUTORAL

##### 1.-Origen del término justicia social y su difusión

Las clásicas clasificaciones de la justicia fueron tratadas inicialmente por Aristóteles en el siglo IV a. C.<sup>1</sup> y retomadas por Santo Tomás de Aquino<sup>2</sup>.

El término *justicia social* es relativamente reciente pues aparece en el ambiente revolucionario del siglo XIX, "ambiente de luchas y reivindicaciones sociales."<sup>3</sup> Comenzó a difundirse a partir de la década del 30' del siglo XX. "Es una expresión introducida por el iusnaturalismo en su versión realista."<sup>4</sup> Desde entonces fue teniendo un gran desarrollo.

El prestigio milenario de la clásica triple clasificación de la justicia- a) *general o legal*, b) *distributiva* y c) *igualadora, correctiva o sinalagmática*, que más tarde, en la época medieval, se llamó *conmutativa*- en la cual aquélla de la que nos ocupamos ahora no aparece,

---

\* El presente integra el informe final de la investigación titulada: "JUEZ LABORAL & LEY LABORAL: Identificación, interpretación y aplicación de los principios jurídicos y normas de contenido indeterminado en materia laboral. Justicia social, equidad y buena fe, norma favorable y valoración prudencial de la injuria", realizada entre 2007-2009 en la Secretaría de Investigación de la Universidad Católica de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, "P. Alberto Hurtado, S. J.", por el grupo de investigación compuesto por Patricia Ledesma de Fuster (investigadora); Ricardo Francisco Seco (director) y Gabriel Alejandro Tosto (co-director).

llevó a pensar que aquellas tres “abarcaban todas las posibles formas en que la justicia podía darse en la vida social humana” y que la última en aparecer debería encuadrarse en alguna de las antiguas.<sup>5</sup>

### **Acepciones del término justicia social**

- a) Una “pone de resalto *‘el deseo de una reforma de la sociedad ahormándola a un orden preestatal’*, como principio natural de orden social, “en el que cada uno posee la libertad que le corresponde y dentro del cual ha de cumplir sus obligaciones frente a la totalidad.”<sup>6</sup>
- b) “El orden social contiene los derechos y deberes de los miembros de la sociedad, pero no aisladamente considerados, sino como *funciones parciales de la totalidad y en la medida y dimensión en que la persona se inserta fundamentalmente en la comunidad’* la cual halla cauce en las virtudes del principio de subsidiariedad.”<sup>7</sup>
- c) Referencia al *aspecto económico de las relaciones sociales, esto es” con el aporte de la perspectiva de la acción social constructiva, ordenándola al bien común en cuanto orden a realizar y estado de cosas futuro”*.<sup>8</sup>

El término fue usado “en política, sociología y derecho del trabajo, significando en una de sus acepciones la tendencia doctrinaria y práctica tendiente a *la protección de los económicamente más débiles, elevando su nivel de vida y cultura y proscribiendo los privilegios de las clases económicamente fuertes*, origen inadmisibles de desigualdades sociales”.<sup>9</sup>

### **En el vocabulario social cristiano**

El término “justicia social” fue introducido en el vocabulario social cristiano por primera vez por el escritor católico Taparelli d’ Azeglio quien lo aplicó a la justicia del bien común en 1840.<sup>10</sup> Mas el concepto que el escritor italiano expresó no es ajustado al actual.<sup>11</sup> Rosmini lo usó en Milán en 1848.<sup>12</sup> Fue utilizado también en el siglo XIX por *La Tour du Pin* y partidarios del movimiento “*Le Sillon*”, del mismo modo que Antoine, Pesch, Lehen, etcétera.<sup>13</sup>

Los católicos sociales franceses de los años 1880- 1890 fueron “los principales responsables de la difusión del vocablo justicia social”.<sup>14</sup>

No apareció en la encíclica *Rerum Novarum* de 1891 de León XIII “a pesar de que el tema de la encíclica lo favorecía” y que

el Papa, como los que intervinieron en la redacción de la encíclica, conocían esa expresión corriente en Europa y entre los escritores católicos.<sup>15</sup> Esa omisión pudo deberse a la imprecisión del término aún entre ellos y al ambiente revolucionario y extremista "que recogía los *slogans* de las tendencias más alejadas del ámbito cristiano."<sup>16</sup>

León XIII, en RN, 16, expresa: "[...] el hombre no debe considerar las cosas externas como propias, sino como comunes, es decir de modo que las comparta fácilmente con otros en sus necesidades [...]". Agrega siguiendo al Aquinate: "A nadie manda socorrer a los demás con lo necesario para sus usos personales o de los suyos; si siquiera dar a otro lo que él mismo necesita para conservar lo que convenga a la persona, a su decoro: *Nadie debe vivir de una manera inconveniente.*" Añade, con cita del evangelista san Lucas 11,41, que "[...] cuando se ha atendido suficientemente a la necesidad y al decoro, es un deber socorrer a los indigentes con lo que sobra. Lo que sobra, dado de limosna. No son éstos, sin embargo, deberes de justicia, salvo en los casos de necesidad extrema, sino de caridad cristiana, la cual ciertamente no hay derecho de exigirla por la ley [...]".

En *Rerum Novarum* "se utiliza el término 'justicia' en un sentido más interindividual que propiamente social. Aquí, hablando de las obligaciones de los propietarios, se menciona el deber de dar limosna[...]. se declara que no estamos ante un deber de justicia y se insinúa la razón de esta afirmación: que no se puede obligar por ley. Se entiende entonces *por justicia aquello que se puede exigir con la ley y desde el poder político*, en contraste con la caridad."<sup>17</sup>

En RN aparece una justicia objetiva "que no se puede reducir a las diversas obligaciones subjetivas de la justicia."<sup>18</sup> Se asevera que "con posterioridad a las afirmaciones de León XIII, *no se puede admitir*, como quisieron algunos, que la solución de la cuestión social no depende de la justicia, sino exclusivamente de la caridad."<sup>19</sup>

El término "justicia social" aparece por primera vez en un documento eclesial en la encíclica *Iucunda Sane* de Pío X, del 12 de marzo de 1904, dedicada a San Gregorio Magno, a quien el Papa considera "campeón público de la justicia social", o defensor de la justicia social.

Lo utilizó asimismo el Secretario de Estado Card. Gasparri, en 1922, en la carta al Gral. Castelnau<sup>20</sup> y, también, en 1928 en las Cartas a las Semanas Sociales de Francia.<sup>21</sup> Él mismo expresa en

1928: "En la misma proporción en que la caridad triunfa del egoísmo, el sentido social se afina y la *justicia social- virtud que ordena hacia el bien común los actos exteriores de las demás virtudes- adquire una más operante eficacia.*"<sup>22</sup>

Pío XI, en la carta del 7 de febrero de 1928, la definió como "virtud ordenadora respecto del bien común de los actos exteriores de todos los otros".<sup>23</sup>

Ella estuvo citada en el documento de Pío XI sobre la ocupación del territorio del Ruhr del 24 de junio de 1923 y en la carta de la Congregación de Concilios al Obispo de Lille del 5 de junio de 1929.<sup>24</sup> Aparece también "seis veces en documentos episcopales de obispos de diversas partes de Europa, especialmente de Francia, Austria, Suiza y Checoslovaquia [lo que] indica que el término era de raro uso".<sup>25</sup>

## **2.- La justicia social en la Doctrina Social de la Iglesia**

### **2.1.- En *Quadragesimo Anno***

En el magisterio social aparece utilizado el término por primera vez en la encíclica *Quadragesimo Anno* de Pío XI, de 1931 citándose la siete veces<sup>26</sup>. Por eso se la llamó "*la encíclica de la justicia social*", porque es el documento que bautiza el término y lo introduce en el léxico pontificio de los más solemnes documentos<sup>27</sup> tematizando sobre aquella.<sup>28</sup>

En esa carta no hay de ella una definición formal que la "correlacione exactamente con las especies de justicias".<sup>29</sup> Con ella "la Doctrina Social de la Iglesia [...] introduce una nueva modalidad de justicia: *la justicia social*. Es ésta una de las características más relevantes de la Doctrina Social. Quizás el rasgo más típico de este nuevo concepto deriva del *contexto en que nace: los grandes conflictos entre capital y trabajo en la sociedad industrial*. En relación con esto, *la justicia social alude a las exigencias debidas a toda una clase social, la clase obrera*. Esto significa que la justicia social no piensa en primer término en relaciones interindividuales, *sino en relaciones colectivas o sociales*. El sujeto primario no es el individuo, sino el *grupo*, cosa que se entiende mejor si se tiene presente la dinámica que preside las relaciones en una sociedad compleja y estructurada."<sup>30</sup>

Pío XI es el primero que usa en documentos oficiales de la Iglesia la expresión *justicia social* y "lo hace subrayando su vinculación

con el bien común". "Está pensando más en entramado social que en las relaciones entre individuos." <sup>31</sup>

En QA, 57 expresa: " [...] para obtener enteramente, o al menos con la posible perfección, el fin señalado por Dios, no sirve cualquier distribución de bienes y riquezas entre los hombres. Por lo mismo, las riquezas incesantemente aumentadas por el incremento económico-social deben distribuirse entre las personas y clases de manera que quede a salvo lo que León XIII llama la utilidad común de todos, o con otras palabras, de suerte que no padezca el bien común de toda la sociedad. *Esta ley de justicia social prohíbe que una clase excluya a otra de la participación de los beneficios. Viola esta ley no sólo la clase de los ricos, que libres de cuidados en la abundancia de su fortuna, piensan que el justo orden de las cosas está en que todo rinda para ellos y nada llegue al obrero, sino también la clase de los proletarios que vehementemente enfurecidos por la violación de la justicia y excesivamente dispuestos a reclamar por cualquier medio el único derecho que ellos reconocen, el suyo, todo lo quieren para sí, por ser producto de sus manos; y por esto, y no por otra causa, impugnan y pretenden abolir dominio, intereses o productos no adquiridos mediante el trabajo, sin reparar a qué especie pertenecen o qué oficio desempeñan en la convivencia humana.*"

En QA, 58 agrega: "Dése, pues, a cada cual la parte de bienes que le corresponde; y hágase que la distribución de los bienes creados vuelva a conformarse con las normas del bien común o de la justicia social; porque cualquier persona sensata ve cuán grave daño trae consigo la actual distribución de bienes por el enorme contraste entre unos pocos riquísimos y los innumerables pobres."

La justicia social es así vista "como *la que regula la distribución de la renta y la riqueza entre las clases sociales, capitalista y trabajadora. El que se haga equitativamente es una condición exigida por el bien común. Justicia social y bien común van íntimamente ligados en el pensamiento de Pío XI.*"<sup>32</sup>

Expresa QA, 71: "Ante todo, hay que dar al obrero una remuneración que sea suficiente para su propia sustentación y la de su familia. [...] Si las circunstancias presentes de la vida no siempre permiten hacerlo así, *pide la justicia social que cuanto antes se introduzcan tales reformas, que a cualquier obrero adulto se le asegure ese salario.*"

En esa encíclica “este carácter de la *justicia social* (y su vinculación con el bien común) reaparece a propósito de los criterios de fijación de los salarios: primero, procurando que el salario cubra las necesidades del trabajador (y se postulan reformas institucionales para hacer posible esta exigencia); segundo, y ya en un nivel claramente macroeconómico, en la distribución que en la sociedad se hace de renta entre retribución del capital y del trabajo.”<sup>33</sup>

En QA, 74 el Papa expresa: “[...] *Contrario es, pues, a la justicia social, disminuir o aumentar indebidamente los salarios de los obreros, para obtener mayores ganancias personales, y sin atender al bien común: la misma justicia demanda que con el común sentir y querer, en cuanto es posible, los salarios se regulen de manera que los más puedan emplear su trabajo y obtener los bienes convenientes para el sostenimiento de la vida.*”

En las relaciones entre justicia y caridad social que hace QA “*parece atribuirse a la caridad un papel superior, lo que no invalida la función de la justicia.* Por otra parte, aquí la justicia es entendida más bien, aunque no exclusivamente, como justicia conmutativa.”<sup>34</sup>

Algún autor estima que las citas que el Pontífice hizo varias veces de la expresión en esta encíclica lo fueron como sinónimo de justicia legal o a veces de justicia conmutativa.<sup>35</sup>

En la encíclica *Quadragesimo anno* se destacan las siguientes aplicaciones de la justicia social en el plano económico: “**a)** *La justicia social es principio supremo para la regulación y orientación de la economía.* La economía es ciertamente un orden autónomo que tiene sus propias leyes, leyes naturales del mercado; de suyo, tales leyes naturales son útiles y beneficiosas. Pero no son leyes suficientes y no son leyes supremas. *El orden económico no debe concebirse como un orden independiente y soberano, sino que ha de estar sometido a los principios superiores de la justicia social que corrijan los defectos y deficiencias del orden económico.* «De algo superior y más noble hay que echar mano para regir con severa integridad ese poder económico; de la justicia y caridad social. Por lo tanto *las instituciones públicas y toda la vida social de los pueblos han de ser informados por esa justicia; es muy necesario que ésta sea verdaderamente eficaz, o sea que dé vida a todo el orden jurídico y social y la economía quede como empapada en ella*» (*Quadragesimo anno* n.37).”<sup>36</sup> **b)** “*La justicia social exige el reconocimiento del destino universal de los bienes materiales.* Este destino exige una distribución de los bienes económicos tal que

llegue el bienestar a todas las clases y a todas las personas humanas. La concentración de la riqueza en minorías y la formación de masas míseras va contra ese principio. «Esta ley de justicia social prohíbe que una clase excluya a la otra de la participación de los beneficios [...] Dése a cada cual la parte de bienes que le corresponde y hágase que la distribución de los bienes creados vuelva a conformarse con las normas del bien común o de la justicia social: porque cualquier persona sensata ve cuan grave daño trae consigo la actual distribución de bienes, por el contraste entre unos pocos riquísimos y los innumerables pobres» (*Quadragesimo anno* n.25).<sup>37</sup> c) "La justicia social exige que al trabajador no se le deje a merced de las leyes de la competencia, cual si se tratara de una mercancía, sino que postula la creación de un estado digno de personas humanas. En el régimen liberal, la suerte del obrero quedó en manos de las leyes naturales de la oferta y demanda; no existía legislación social para proteger la suerte del hombre ni de su familia, no había seguridad social ni sistema alguno de protección para la persona." Añádase que "la justicia social exige un salario familiar y un sistema de seguridad social como condiciones indispensables para lograr un *status* digno del hombre", "que el nivel de los salarios se defina teniendo en cuenta el bien común o la marcha general de la economía. Los salarios excesivamente bajos o excesivamente altos pueden perjudicar el bien común. "Pues «contrario es a la justicia social disminuir o aumentar indebidamente los salarios de los obreros para obtener mayores ganancias personales, sin atender al bien común. La misma justicia demanda que los salarios se regulen de manera que los más puedan emplear su trabajo y obtener los bienes convenientes para el sostenimiento de la vida» (*Quadragesimo anno* n.34)."<sup>38</sup>

En cuanto al alcance de la justicia social hasta ese momento, ella es presentada "en primer lugar presidiendo el reparto de las riquezas producidas por la actividad humana."<sup>39</sup> En ese mismo periodo el Card. Pacelli, que luego sería Pío XII, en carta a M. Duthoit en 1934, explicó las nociones que Pío XI en la *Quadragesimo Anno* y expuso que la pretensión del pontífice al referirse a la acción de la justicia social era *infundir a modo de una sangre nueva a todo el cuerpo social*.<sup>40</sup> En carta del 28 de junio de 1934 el mismo Card. Pacelli refirió que "la justicia social consiste en ordenar al bien común los actos exteriores".<sup>41</sup>

## 2.2.- En *Divini Redemptoris*

Pío XI volvió a utilizar el término justicia social en la encíclica *Divini Redemptoris*, de 1937, dedicada al comunismo, cuando bajo el título de "Justicia social" en el N° 52 dijo: "es un hecho cierto que, al lado de la justicia conmutativa, hay que *afirmar la existencia de la justicia social*, que impone deberes específicos a los que ni los patrones ni los obreros pueden substraerse. *Y es precisamente propio de la justicia social exigir de los individuos lo que es necesario para el bien común [...].*"

Agrega el Papa en el N° 53 de esa encíclica: "[...] no se cumplirán suficientemente las exigencias de la *justicia social* si los obreros no tienen asegurado su propio sustento y el de sus familias con un *salario* proporcionado a esta doble condición: si no se les facilita la ocasión de *adquirir un modesto patrimonio* que evite así la plaga del actual pauperismo universal; si no se toman, finalmente, precauciones acertadas en su favor, por medio de los *seguros públicos o privados, para el tiempo de la vejez [...].*" Además "la justicia social puede exigir *instituciones más diversas, incluso de carácter provisional o transitorio*".

Ya Pío XI en 1937 refería que se debe "prestarse *asistencia material(al obrero)* [...] procurando que se cumpla en su favor [...] la justicia social, es decir, todas aquellas providencias que miran a mejorar la condición del proletario".<sup>42</sup>

En lo indicado parece que la justicia social abarca un campo reducido, el solo *reparto* opuesto a la producción. Pero Pío XI aplica la justicia social a la determinación del *salario* que debe bastar para el mantenimiento de la familia. Sin perjuicio de ello, "en realidad, lo que se encuentra sometido a las normas de justicia, siquiera sea por este medio del reparto de los bienes, es *la totalidad de la vida económica y las relaciones que en ellas se constituyen. El empleo del mayor número posible de trabajadores entra, por tanto, en el dominio de la justicia social, al menos indirectamente. Pero ésta se extiende también a la reglamentación de la propiedad.*"<sup>43</sup> *Las relaciones de capital y trabajo* "pertenecen simultáneamente al dominio del reparto de rentas y producción"<sup>44</sup>

Se considera que la justicia social "alcanza también finalmente a *la organización permanente y duradera de toda la sociedad económica*"<sup>45</sup> pues la libre concurrencia no puede regir la economía según la enseñanza de QA.

### **2.3.- En Pío XII**

Este Pontífice declaró que "una justa distribución de la riqueza es, por consiguiente, una alta finalidad social digna de vuestros desvelos."<sup>46</sup> Esto no significa igualitarismo ni que no se tenga en cuenta las diversas aportaciones o situaciones. "*La justicia social de ningún modo es incompatible con ciertas desigualdades*". Atiende a títulos y situaciones.<sup>47</sup>

Pío XII enseñó que debe asimismo "reglamentar convenientemente el reparto y el uso de las riquezas, de tal manera que aquí no se acumulen excesivamente, ni allí falten por completo; *las riquezas son como la sangre de la sociedad humana y por lo tanto deben regar saludablemente todos los miembros del cuerpo social*."<sup>48</sup> Señala que la forma concreta depende de "circunstancias de tiempo, lugar y cultura".<sup>49</sup> Puede que no exija igualdad aritmética cuantitativa, pero no por ello pierde rigor.

### **2.4.- En Mater et Magistra**

En esta encíclica Juan XXIII, en 1961, en el N° 122 expresa: "El desarrollo histórico de la época actual demuestra, con evidencia cada vez mayor, que los preceptos de la justicia y de la equidad no deben regular solamente las relaciones entre los trabajadores y los empresarios, sino además las que median entre los distintos sectores de la economía, entre las zonas de diverso nivel de riqueza en el interior de cada nación y, dentro del plano mundial entre los países que se encuentran en diferente grado de desarrollo económico y social."

*Mater et Magistra* "alude en innumerables pasajes a la justicia y a la justicia social, normalmente además vinculándolo con la equidad. Pero quizás lo más significativo de este nuevo documento es *proyectar el ideal de justicia social más allá del conflicto capital-trabajo*."<sup>50</sup> Una expresión clarísima de ello se halla en MM, 73: "Dado que en nuestra época las economías nacionales evolucionan rápidamente y con ritmo aún más acentuado después de la segunda guerra mundial, consideramos oportuno llamar la atención de todos sobre el precepto gravísimo de la justicia social, a saber, que el desarrollo y el progreso social deben ir juntos y acomodarse mutuamente, de forma que todas las categorías sociales tengan participación adecuada en el aumento de la riqueza de la nación. En orden a lo cual hay que vigilar y procurar, por todos los medios posibles, que las discrepancias que existen entre las clases sociales

*por la desigualdad de la riqueza no aumenten, sino por el contrario, se atenúen lo más posible."*

Los Papas introdujeron en el vocabulario magisterial la expresión justicia social "*para designar la norma objetiva suprema que se impone a toda actividad económica y social.*" Cuando la insertó Pío XI en QA "el vocablo había perdido la oscuridad y la ambigüedad que le convertían en motivo de vivas polémicas a fines del siglo XIX"; ya "no evocaba evidentemente ningún igualitarismo de tendencia socialista, bien fuese autoritario o bien comunitario. Ya no existía tampoco ninguna confusión entre justicia social y justicia distributiva."<sup>51</sup>

El P. Brucculeri recordaba la observación que hizo el Card. Gasparri en 1928 en su carta a M. Duthoit cuando dijo que la justicia social era "esa virtud que ordena hacia el bien común los actos exteriores de todas las demás virtudes". También insistía con la declaración del Card. Pacelli en 1934 que expresaba que "*la justicia y la caridad sociales son virtudes. La primera comprende el ejercicio de las demás virtudes, ya que consiste en ordenar al bien común los actos exteriores.*"<sup>52</sup>

Con ello, a juicio de estos autores que compartimos, no hay duda de la identificación de la justicia social con la justicia general o legal en el vocabulario tomista. Insisten en que "la justicia social es idéntica a la justicia legal. Pero si se considera el conjunto de los documentos del Magisterio, puede decirse que *la justicia social, a los ojos de los soberanos pontífices, es la justicia general aplicada al caso de la sociedad económica, distinta de la sociedad política.*"<sup>53</sup>

## **2.5.- La justicia social en el magisterio social reciente**

Sin embargo "el concepto de justicia social no se ha mantenido con el mismo vigor hasta nuestros días. Si pudo ser una buena expresión del ideal de la época de la industrialización, a partir de los años 60 ha sufrido dos modificaciones interesantes, que reflejan nuevos enfoques de la Doctrina Social, derivados de los problemas más propios de nuestro tiempo y de la eclesiología del Concilio Vaticano II." En efecto, "por una parte, *se configura un concepto de justicia de mayor inspiración evangélica*, que, por esa razón, aparece más vinculado a la misión de la Iglesia; por otra parte, *ese ideal de justicia va dejando lugar al de solidaridad*, que es presentada por Juan Pablo II como la repuesta más adecuada a la situación y los problemas de un mundo cada vez más interdependiente. Complementar justicia

con solidaridad exige, sin embargo, *precisar el sentido de la solidaridad para que no aparezca como una forma debilitada de justicia, que desactiva las exigencias más estrictas de ésta.*"<sup>54</sup>

#### 2.5.1.- La justicia social en la *Gaudium et Spes*

El Concilio Vaticano II en la Constitución conciliar *Gaudium et Spes* de 1965 se refiere a la justicia social en el acápite antes del número 29 "La igualdad esencial entre los hombres y la justicia social". En ese número expresa: "[...] aunque existen desigualdades justas entre los hombres, sin embargo, la igual dignidad de la persona exige que se llegue a una situación social más humana y más justa. *Resulta escandaloso el hecho de las excesivas desigualdades económicas y sociales que se dan entre los miembros y los pueblos de una misma familia humana. Son contrarias a la justicia social, a la equidad, a la dignidad de la persona humana y a la paz social e internacional [...]*".

En relación a la participación de los cristianos en las instituciones internacionales, en el N° 90 refiere: "[...] El Concilio, considerando las inmensas calamidades que oprimen todavía a la mayoría de la humanidad, para fomentar en todas partes la obra de la justicia y el amor de Cristo a los pobres juzga muy oportuno que se cree un organismo universal de la Iglesia que tenga como función estimular a la comunidad católica para promover el desarrollo a los países pobres y la justicia social internacional."

#### 2.5.2.- La justicia social en la *Populorum Progressio*

En esta encíclica dedicada al desarrollo de los pueblos del Papa VI, de 1967, hay varias referencias a la justicia social de rico contenido.

En el N° 5 el Papa crea la Comisión Justicia y Paz "encargada de «suscitar en todo el Pueblo de Dios el pleno conocimiento de la función que los tiempos actuales piden a cada uno, en orden a promover el progreso de los pueblos más pobres, *de favorecer la justicia social entre las naciones*, de ofrecer a los que se hallan menos desarrollados una tal ayuda que les permita proveer, ellos mismos y para sí mismos, a su progreso»".

En el N° 44 estima que las relaciones comerciales entre las naciones deben regirse por: "deber de solidaridad, en la ayuda que las naciones ricas deben aportar a los países en vías de desarrollo; *deber de justicia social, enderezando las relaciones comerciales*

*defectuosas entre los pueblos fuerte y débiles; deber de caridad universal, por la promoción de un mundo más humano para todos, en donde todos tengan que dar y recibir, sin que el progreso de los unos sea un obstáculo para el desarrollo de los otros[...]*”.

Se relaciona con ella el acápite, antes del N° 56, referido a “*la justicia social en las relaciones comerciales*”. En el N° 58 la carta indica: “[...] que la *regla del libre cambio no puede seguir rigiendo ella sola las relaciones internacionales*. Sus ventajas son ciertamente evidentes cuando las partes no se encuentran en condiciones demasiado desiguales de potencia económica: es un estímulo de progreso y recompensa el esfuerzo. Por eso los países industrialmente desarrollados ven en ella una ley de justicia. Pero ya no es lo mismo cuando las condiciones son demasiado desiguales de país a país: los precios que se forman «libremente» en el mercado pueden llevar consigo resultados no equitativos. Es por consiguiente el principio fundamental del liberalismo, como regla de los intercambios comerciales, el que está aquí en litigio.”

Añade en el N° 59: “La enseñanza de León XIII en la *Rerum Novarum* conserva su validez: el consentimiento de las partes si están en situaciones demasiado desiguales, no basta para garantizar la justicia del contrato; la regla del libre consentimiento queda subordinada a las exigencias del derecho natural. Lo que era verdadero acerca del justo salario individual, lo es también respecto a los contratos internacionales: una economía de intercambio no puede seguir descansando sobre la sola ley de la libre concurrencia, que engendra también demasiado a menudo la dictadura económica. *El libre intercambio sólo es equitativo si está sometido a las exigencias de la justicia social.*”

Apunta en el N° 61: “No estaría bien usar aquí dos pesos y dos medidas. Lo que vale en economía nacional, lo que se admite entre países desarrollados, vale también en las relaciones comerciales entre países ricos y países pobres. *Sin abolir el mercado de concurrencia, hay que mantenerlo dentro de los límites que lo hacen justo y moral, y por tanto humano*. En el comercio entre economías desarrolladas y subdesarrolladas las situaciones son demasiado dispersas y las libertades reales demasiado desiguales. *La justicia social exige que el comercio internacional, para ser humano y moral, restablezca entre las partes al menos una cierta igualdad de oportunidades [...]*.”

### 2.5.3.- Discurso de Juan Pablo II en Brasil

El lunes 7 de julio de 1980 cuando visitó la "Favela dos Alagados", en Brasil, Juan Pablo II dijo a los habitantes de aquella: "[...] *la justicia, nuevo nombre del bien común [...], sólo se consolidará sobre la base de la conversión de las mentes y de las voluntades: hacer que cada hombre tenga un corazón de pobre: "Bienaventurados los pobres de espíritu" (Mt.5,3).*"

### 2.5.5.- La justicia social en la *Laborem Exercens*

En la encíclica *Laborem Exercens*, 2, Juan Pablo II, en 1981, recuerda que desde "la encíclica *Rerum Novarum*, la cuestión social no ha dejado de ocupar la atención de la Iglesia. Añade en el mismo número: "Si seguimos *la línea principal del desarrollo de los documentos* del supremo Magisterio de la Iglesia encontramos en ellos la explícita confirmación de tal planteamiento del problema. La postura clave, por lo que se refiere a la cuestión de la paz en el mundo, es la de la encíclica *Pacem in terris* de Juan XXIII. *Si se considera en cambio la evolución de la cuestión de la justicia social*, ha de notarse que, mientras en el período comprendido entre la *Rerum Novarum* y la *Quadragesimo Anno* de Pío XI, las enseñanzas de la Iglesia se concentran sobre todo en torno a la justa solución de la llamada cuestión obrera, en el ámbito de cada Nación y, en la etapa posterior, amplían el horizonte a dimensiones mundiales [...]. "

Asimismo LE,8, expresa que "[...] *hay que seguir preguntándose sobre el sujeto del trabajo y las condiciones en las que vive. Para realizar la justicia social en las diversas partes del mundo, en los distintos Países, y en las relaciones entre ellos, son siempre necesarios nuevos movimientos de solidaridad de los hombres del trabajo y de solidaridad con los hombres del trabajo.* Esta solidaridad debe estar siempre presente allí donde lo requiere la degradación social del sujeto del trabajo, la explotación de los trabajadores, y las crecientes zonas de miseria e incluso de hambre. La Iglesia está vivamente comprometida en esta causa, porque la considera como su misión, su servicio, como verificación de su fidelidad a Cristo, para poder ser verdaderamente la «Iglesia de los pobres». Y los «pobres» se encuentran bajo diversas formas; aparecen en diversos lugares y en diversos momentos; aparecen en muchos casos como *resultado de la violación de la dignidad del trabajo humano*: bien sea porque se limitan las posibilidades del trabajo —es decir por la plaga del desempleo—, bien porque se deprecian el trabajo

y los derechos que fluyen del mismo, especialmente el derecho al justo salario, a la seguridad de la persona del trabajador y de su familia.”

Una referencia más a ella expresa LE, 20: “La doctrina social católica no considera que los sindicatos constituyan únicamente el reflejo de la estructura de «clase» de la sociedad y que sean el exponente de la lucha de clase que gobierna inevitablemente la vida social. Sí, son *un exponente de la lucha por la justicia social*, por los justos derechos de los hombres del trabajo según las distintas profesiones. Sin embargo, esta «lucha» debe ser vista como una dedicación normal «en favor» del justo bien: en este caso, por el bien que corresponde a las necesidades y a los méritos de los hombres del trabajo asociados por profesiones; pero *no es una lucha «contra» los demás.*”

#### 2.5.6.- La justicia social en la *Sollicitudo Rei Socialis*

Esta encíclica de Juan Pablo II, de 1987, en el N° 39 expresa: “La Iglesia, en virtud de su compromiso evangélico, se siente llamada a estar junto a esas multitudes pobres, a discernir la justicia de sus reclamaciones y a ayudar a hacerlas realidad sin perder de vista al bien de los grupos en función del bien común. El mismo criterio se aplica, por analogía, en las relaciones internacionales. La interdependencia debe convertirse en *solidaridad*, fundada en el principio de que los bienes de la creación *están destinados a todos*. [...]. La *solidaridad* nos ayuda a ver al « otro » —*persona, pueblo o Nación*—, no como un instrumento cualquiera para explotar a poco coste su capacidad de trabajo y resistencia física, abandonándolo cuando ya no sirve, sino como un « semejante » nuestro, una « ayuda » (cf. *Gén 2, 18. 20*), para hacerlo partícipe, como nosotros, del banquete de la vida al que todos los hombres son igualmente invitados por Dios. De aquí la importancia de despertar *la conciencia religiosa* de los hombres y de los pueblos [...] Las « estructuras de pecado », y los pecados que conducen a ellas, se oponen con igual radicalidad a *la paz* y al *desarrollo*, pues el desarrollo, según la conocida expresión de la Encíclica de Pablo VI, es « el nuevo nombre de la paz ».” Insiste el Pontífice: “De esta manera, la solidaridad que proponemos es un *camino hacia la paz y hacia el desarrollo* [...] EL lema del pontificado de mi venerado predecesor Pío XII era *Opus iustitiae pax*, la paz como fruto de la justicia. Hoy se podría decir, con la misma exactitud y análoga fuerza de inspiración bíblica (cf. *Is 32, 17; Sant*

32, 17), *Opus solidaritatis pax*, la paz como fruto de la solidaridad. *El objetivo de la paz, tan deseada por todos, sólo se alcanzará con la realización de la justicia social e internacional [...]."*

#### 2.5.7.- El Episcopado norteamericano

En su documento "Alivio de la carga de la deuda del tercer Mundo" de 1989, expresó claramente: "[...] Justicia social significa que *las personas tienen una obligación de ser participantes activos y productivos en la vida de la sociedad y que la sociedad tiene el deber de permitirles participar de esta forma [...]."*

#### 2.5.8.- La justicia social en la *Centesimus Annus*

En esta encíclica de Juan Pablo II, de 1991, hay dos referencias a la justicia social. En CA,9, se expresa: "En algunos países y bajo ciertos aspectos, después de las destrucciones de la guerra, *se asiste a un esfuerzo positivo por reconstruir una sociedad democrática inspirada en la justicia social*, que priva al comunismo de su potencial revolucionario, constituido por muchedumbres explotadas y oprimidas. Estas iniciativas tratan, en general, de mantener los mecanismos de libre mercado, asegurando, mediante la estabilidad monetaria y la seguridad de las relaciones sociales, las condiciones para un crecimiento económico estable y sano, dentro del cual los hombres, gracias a su trabajo, puedan construirse un futuro mejor para sí y para sus hijos. Al mismo tiempo, se trata de evitar que los mecanismos de mercado sean el único punto de referencia de la vida social y tienden a someterlos a un control público que haga valer el principio del destino común de los bienes de la tierra. Una cierta abundancia de ofertas de trabajo, un sólido sistema de seguridad social y de capacitación profesional, la libertad de asociación y la acción incisiva del sindicato, la previsión social en caso de desempleo, los instrumentos de participación democrática en la vida social, dentro de este contexto deberían preservar el trabajo de la condición de «mercancía» y garantizar la posibilidad de realizarlo dignamente."

Refiere CA, 14: "[...] la encíclica *Laborem exercens* ha reconocido claramente el papel positivo del conflicto cuando se configura como «*lucha por la justicia social*»", con cita de LE, 11-15.

#### 2.5.9.- La justicia social en el Catecismo de la Iglesia Católica

El CATIC en el N° 1928 expone: "*La sociedad asegura la justicia social* cuando realiza las condiciones que permiten a las asociacio-

nes y a cada uno conseguir lo que les es debido según su naturaleza y su vocación. *La justicia social está ligada al bien común y al ejercicio de la autoridad.*"

En el N° 1929 completa la idea diciendo: "*La justicia social sólo puede ser conseguida sobre la base del respeto de la dignidad trascendente del hombre. La persona representa el fin último de la sociedad, que está ordenada a: "La defensa y promoción de la dignidad humana "nos han sido confiadas por el Creador, y de las que son rigurosa y responsablemente deudores los hombres y mujeres en cada coyuntura de la historia (SRS, 47)".*

#### 2.5.10.- La justicia social en el Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia

El CdSI, 291, con citas del Catecismo de la Iglesia Católica, de Santo Tomás de Aquino, de *Pacem in Terris, Divini Redemptoris y Laborem Exercens*, refiere: "La justicia es un valor que acompaña al ejercicio de la correspondiente virtud moral cardinal. Según su formulación más clásica, 'consiste en la constante y firme voluntad de dar a Dios y al prójimo lo que es debido'. *Desde el punto de vista subjetivo, la justicia se traduce en la actitud determinada por la voluntad de reconocer al otro como persona, mientras que desde el punto de vista objetivo, constituye el criterio determinante de la moralidad en el ámbito intersubjetivo y social.* El Magisterio social invoca el respeto de las formas clásicas de la justicia: la conmutativa, la distributiva y la legal. *Un relieve cada vez mayor ha adquirido en el Magisterio la justicia social, que representa un verdadero y propio desarrollo de la justicia general, reguladora de las relaciones sociales según el criterio de la observancia de la ley. La justicia social es una exigencia vinculada con la cuestión social, que hoy se manifiesta con una dimensión mundial; concierne a los aspectos sociales, políticos y económicos y, sobre todo, a la dimensión estructural de los problemas y las soluciones correspondientes.*"<sup>55</sup>

Hay en ello un claro esfuerzo por ubicar conceptualmente a la justicia social de modo definitivo.

#### 2.5.11.- La justicia social en la V Conferencia General del Episcopado Latinoamericano, Aparecida, 13-31 de mayo de 2007, Documento conclusivo

Los obispos latinoamericanos reunidos en Aparecida, Brasil, re-

fieren: "76. Después de una época de debilitamiento de los Estados por la aplicación de ajustes estructurales en la economía, recomendados por organismos financieros internacionales, se aprecia actualmente un esfuerzo de los Estados por definir y aplicar políticas públicas en los campos de la salud, educación, seguridad alimentaria, previsión social, acceso a la tierra y a la vivienda, promoción eficaz de la economía para la creación de empleos y leyes que favorecen las organizaciones solidarias. Todo esto refleja que *no puede haber democracia verdadera y estable sin justicia social*, sin división real de poderes y sin la vigencia del Estado de derecho."

Agrega el N° 262: "Es verdad que la fe que se encarnó en la cultura puede ser profundizada y penetrar cada vez mejor la forma de vivir de nuestros pueblos. Pero eso sólo puede suceder si valoramos positivamente lo que el Espíritu Santo ya ha sembrado[...] *Por este camino, se podrá aprovechar todavía más el rico potencial de santidad y de justicia social que encierra la mística popular.*"

Además en el N°363 se expresa: "La fuerza de este anuncio de vida será fecunda si lo hacemos con el estilo adecuado, con las actitudes del Maestro, teniendo siempre a la Eucaristía como fuente y cumbre de toda actividad misionera. *Invocamos al Espíritu Santo para poder dar un testimonio de proximidad que entraña cercanía afectuosa, escucha, humildad, solidaridad, compasión, diálogo, reconciliación, compromiso con la justicia social y capacidad de compartir, como Jesús lo hizo [...]*".

Cuando trata en el punto "8.1 REINO DE DIOS, JUSTICIA SOCIAL Y CARIDAD CRISTIANA, en el N° 385 dice: "La misericordia siempre será necesaria, pero no debe contribuir a crear círculos viciosos que sean funcionales a un sistema económico inicuo. *Se requiere que las obras de misericordia estén acompañadas por la búsqueda de una verdadera justicia social, que vaya elevando el nivel de vida de los ciudadanos, promoviendo como sujetos de su propio desarrollo.* En su Encíclica *Deus Caritas est*, el Papa Benedicto XVI ha tratado con claridad inspiradora la compleja relación entre justicia y caridad. Allí nos dice que "el orden justo de la sociedad y del Estado es una tarea principal de la política" y no de la Iglesia. Pero la Iglesia "no puede ni debe quedarse al margen en la lucha por la justicia".

Apunta en el N° 533: "Por esto, la Iglesia denuncia la práctica de la discriminación y del racismo en sus diferentes expresiones,

pues ofende en lo más profundo la dignidad humana creada a "imagen y semejanza de Dios". Nos preocupa que pocos afroamericanos accedan a la educación superior, con lo cual se vuelve más difícil su acceso a los ámbitos de decisión en la sociedad. En su misión de abogada de la justicia y de los pobres se hace solidaria de los afroamericanos en las reivindicaciones por la defensa de sus territorios, en la afirmación de sus derechos, ciudadanía, proyectos propios de desarrollo y conciencia de negritud. *La Iglesia apoya el diálogo entre cultura negra y fe cristiana y sus luchas por la justicia social*, e incentiva la participación activa de los afroamericanos en las acciones pastorales de nuestras Iglesias y del CELAM."

#### 2.5.12.- La justicia social en Iglesia y Comunidad Nacional

Este documento de la Conferencia Episcopal Argentina de 1981, en el N° 126 expresa: "*No puede haber democracia política, verdadera y estable, sin justicia social*. Ello implica la convalidación y cumplimiento en la práctica de aquellos logros sociales que sean justos y legítimos alcanzados, en nuestro caso por el pueblo argentino a través de su historia, y defendidos por la propia Constitución Nacional. No hay posibilidades de progreso político o de crecimiento económico sin un paralelo desarrollo social que, según las necesidades y los valores del pueblo, vaya creando instituciones y estructuras dirigidas a constituir la sociedad con igualdad de oportunidades reales y efectivas para todos sus miembros y tutelar, proteger y compensar la situación de sus miembros más débiles y marginados. *Una democracia con sentido cristiano debe ser la universalidad de aquella justicia, con especial atención a los más necesitados.*"

Luego en el N° 144 menciona: "*Esta justicia social a lo largo de la enseñanza de la Iglesia ha ido enriqueciendo más y más sus objetivos; el justo salario, la socialización, el derecho de propiedad reconocido también para el pobre y el obrero, la humanización de los lugares de trabajo, la participación activa en la empresa, la posibilidad de tener voz en el plano político y económico. Concebida al comienzo como una actitud vertical, la justicia social se ha abierto en una dimensión horizontal*. Es también la posibilidad de participación en el bien común que un obrero o un sindicato concede a otro obrero o a otro núcleo. Es también la posibilidad que una empresa da a otra. Es la mutua apertura hacia el bien común, posibilitándose los medios, reconociéndose los derechos. Pero es tanto más responsable de la justicia social en tanto se es depositario en mayor

medida de la conducción hacia el bien común. Los que gobiernan, los que legislan, los que poseen las fuentes de riqueza y de trabajo, todos ellos no pueden caminar hacia el bien común al margen de la justicia social."

## **2.6.- Contenido de la justicia social según la DSI**

La mejor definición de la justicia social- a juicio de Calvez-Perrín- se encuentra en *Divini Redemptoris* de Pío XI cuando dice éste: "Y es precisamente propio de la justicia social exigir de los individuos todo lo que es necesario para el bien común [...]."<sup>56</sup>

En el Magisterio Social se entiende que "el verdadero *objeto de la justicia social es determinar la relación que media entre los diversos títulos al reparto de riquezas*"<sup>57</sup>; ella "al abarcar todas las relaciones que se establecen en el campo de la actividad económica tiene un contenido muy amplio y sus últimas determinaciones son susceptibles de variar de acuerdo con las situaciones, épocas y lugares." Pío XII "señala que la forma concreta depende de circunstancias de tiempo, lugar y cultura".<sup>58</sup> Puede que no exija igualdad aritmética cuantitativa, pero no por ello pierde rigor.

La justicia social engloba estas formas diversas: "versa sobre las relaciones de los miembros entre sí en tanto están en relación con toda la sociedad y su bien común, así como también sobre las relaciones entre los poderes sociales y los sujetos de esos poderes, en cuanto reciben de la sociedad su parte del bien común. La noción de bien común se halla, pues, en el centro de la definición, y la idea de un cuerpo social, de un universal social, que existe realmente por sí mismo, frente a toda teoría nominalista o individualista, aparece presupuesta por las descripciones de justicia social dadas por los Soberanos Pontífices."<sup>59</sup>

Una síntesis aproximada al contenido que se le ha dado incluye:

- 1)** "El justo salario, la socialización, el derecho de propiedad reconocido también para el pobre y el obrero, la humanización de los lugares de trabajo, la participación activa en la empresa, la posibilidad de tener voz en el plano político y económico"; "la posibilidad de participación en el bien común que un obrero o un sindicato concede a otro obrero o a otro núcleo", "la posibilidad que una empresa da a otra", "la mutua apertura hacia el bien común, posibilitándose los medios, reconociéndose los derechos", (Iglesia y Comunidad Nacional, 144; MM,18 ,MM, 67,68 y 69; LE,19, GS,67;68; 69;70 y 71).
- 2)** "La función social de la propiedad, la misión del Estado y de

sus organismos, la función social de la economía y el sistema de impuestos”<sup>60</sup>, MM, 19; LS, PP, 23. **3)** El trabajo, que no puede ser considerado una mercancía sino un acto humano, y que su retribución debe estar fijada por leyes de la justicia y equidad, MM,18. **4)** La intervención del Estado en la economía en miras al bien común, que es su propio fin, para tutelar los derechos de los más débiles, MM, 20 y 21. **5)** La función de los sindicatos, LE, 20. **6)** La superación de las desigualdades entre los pueblos y naciones, GS, 29, o entre los distintos sectores de la economía (MM,122-149),entre zonas de desigual desarrollo en el país(MM,150-156),entre países de desigual desarrollo económico, MM,157-184. **7)** Los intercambios entre los países y los contratos comerciales internacionales, PP, 59; OA, 43. No basta la justicia sino que es necesaria la caridad; pero que tampoco basta con la caridad cuando corresponde primero justicia. La justicia debe ser superada por la caridad, que la presume, porque ella “necesita del amor para alcanzar su plenitud interior, porque el derecho crea un vínculo entre las personas, pero deja entre ellas una distancia que sólo puede ser cubierta por el amor. Por otra parte, sin amor, la justicia corre el riesgo de convertirse en injusticia: *summum ius,summa iniuria*. Por eso los Papas insisten en la necesidad de la caridad para que la justicia alcance su plenitud en la vida social, como expresa Pío XI en *Quadragesimo Anno* N° 137.”<sup>61</sup>.

Dice Pío XI en *Divini Redemptoris*, 50: “Pero la caridad no puede atribuirse este nombre si no respeta las exigencias de la justicia, porque, enseña el Apóstol, quien ama al prójimo ha cumplido la ley. El mismo Apóstol explica a continuación la razón de este hecho: pues “no adulterarás, no matarás, no robarás [...]” y cualquier otro precepto en esta sentencia se resume: “Amarás al prójimo como a ti mismo”. Si, pues, según el Apóstol, todos los deberes, incluso los más estrictamente obligatorios, como el no matar y el no robar, se reducen a este único precepto supremo de la verdadera caridad, *una caridad que prive al obrero del salario al que tiene estricto derecho no es caridad, sino nombre vano y mero simulacro de caridad. No es justo tampoco que el obrero reciba como limosna lo que se le debe por estricta obligación de justicia*: es totalmente ilícita la pretensión de eludir con pequeñas dádivas de misericordia las grandes obligaciones impuestas por la justicia. La caridad y la justicia imponen sus deberes específicos, los cuales si bien con frecuencia coinciden en la identidad del objeto, son, sin embargo, distintos por

su esencia; y los obreros, por razón de su propia dignidad, exigen enérgicamente, con todo derecho y razón, el reconocimiento por todos de estos deberes a que están obligados con respecto a ellos los demás ciudadanos".

Tan importante es la justicia social que Iglesia y Comunidad Nacional N° 126 considera a la justicia social como condición de la democracia: "*No puede haber democracia política verdadera y estable, sin justicia social[...]Un signo de una democracia con sentido cristiano debe ser la universalidad de aquella justicia, con especial atención a los más necesitados.*"

### **2.7.- Justicia social: nuevo nombre del bien común**

La estrecha relación entre bien común y la justicia social fue expuesta por la Conferencia Episcopal Argentina en el documento *Principios de Orientación Cívica para los Cristianos* del 22 de octubre de 1982.

En el N° 5 dijo: "*La promoción del bien común, entendido como el bien de la persona, de las familias y de los diversos grupos que constituyen la sociedad civil, es la principal finalidad de la acción política, y a su valoración, desarrollo y extensión debe comprometerse el cristiano.*" Luego agregó: "*Bueno es recordar las palabras de Juan Pablo II en Brasil: "La justicia social es el nuevo nombre del bien común". Dicho de otra manera, sin la satisfacción de las necesidades sociales básicas, que permitan a todas las familias gozar de una adecuada calidad de vida, en el marco de una justa distribución de los bienes, no hay bien común. Él es también incompatible con la persistencia de estructuras injustas y de los indicadores típicos del subdesarrollo, la marginación y el colonialismo interno, esto es, la postergación del interior, en el marco de una adecuada distribución de los recursos entre las distintas regiones del país.*"

### **3.- La justicia social. Concepto y ubicación**

Parece redundante hablar de *justicia social* cuando, por esencia, toda clase de justicia es social en tanto tiene una nota necesaria que es la *alteridad*, porque "refiere su realización a otro u otros" sujetos.<sup>62</sup> El individuo "es considerado por ella precisamente *sub specie societatis*".<sup>63</sup>

Aparece como un concepto nuevo que ha sido objeto de diversas interpretaciones, "un concepto 'válvula', un tanto indeterminado, convencional y, como directa consecuencia de ello, algo arbitrario."<sup>64</sup>

“Para algunos, se trata de una noción liminar y básica en la regulación de los derechos sociales. Para otros, se trata de un concepto confuso, nebuloso y difuso que es menester desterrar, o al menos, acotar.”<sup>65</sup>

Funciona “como el principal tipo de justicia ya que sólo realizando el bien común (objeto de la misma) cada cual tendrá el espacio vital existencia seguro que le permitirá cumplir con sus obligaciones para con los otros (justicia conmutativa) y responder a las exigencias planteadas por la sociedad (justicia distributiva). El objeto de la justicia social es el bien común, conjunto de condiciones reales (sociales, culturales, económicas, políticas) que permiten la realización integral de todos los hombres: por ello se abre al ámbito internacional. La justicia si no se concreta en la realidad es injusticia, como señaló Tomas de Aquino al interrogarse: *utrum medium iustitiae sit medium rei.*”<sup>66</sup>

### **3.1.- El marco histórico donde surge la justicia social**

La llamada “cuestión social” emergió entre los siglos XVIII y XIX como consecuencia de tres revoluciones: la filosófica, la política y la industrial.<sup>67</sup>

Con el primer gran industrialismo socialmente aparece el proletariado, produciéndose la explotación de grandes sectores sociales.<sup>68</sup> Reinaba una concepción individualista de la persona, una valoración exagerada del contrato basada en la libertad absoluta de contratación de las partes, incluso en materia laboral; predominaba un criterio privado e individualista de los bienes, que abrevaba del Derecho Romano. Por oposición resucitan con nuevas formas los gremios y sindicatos puramente obreros para defender los derechos de los trabajadores. Los socialismos, con viejas ideas que volvían se oponen al criterio individualista de la propiedad, y en el medio se encuentran antiguas concepciones sobre la propiedad que se basaban en las que propusieran antes los Padres de la Iglesia.<sup>69</sup>

La Revolución norteamericana y la Revolución Francesa reconocen los derechos del hombre que fueron recogidos por las constituciones del siglo XIX, poniendo el acento en lo político y en la libertad individual. Son los llamados derechos de primera generación.

Más tarde serán ampliados ese catálogo de derechos a los llamados económicos o sociales, donde la preocupación es la realización de la igualdad; son los derechos de segunda generación. Esa igualdad “se realiza principalmente por la justicia social” y se da una valoración mayor al trabajo, especialmente el manual.<sup>70</sup>

**3.2.- ¿Es una nueva clase o especie de justicia, desconocida por los antiguos, o "es solamente una nueva expresión para designar a alguna de las especies tradicionales de la justicia"?<sup>71</sup>**

Ante tamaña incertidumbre también nos preguntamos: *¿Qué se entiende por justicia social? ¿Es un principio solo o se trata de un conjunto de principios (ya que el art.11, LCT, se refiere en plural)? ¿Es diferente de los demás conceptos de justicia?*<sup>72</sup>

Las respuestas a dichos interrogantes pueden ser varias. Utz sistematiza al respecto las posiciones sobre el particular:

- a) la justicia social es, en términos generales y considerados todos los aspectos, *idéntica a la justicia legal* de Santo Tomás;
- b) la justicia social *comprende los caracteres propios de la legal y de la justicia distributiva* de Santo Tomás;
- c) la justicia social reúne en sí *todas las notas peculiares de la justicia legal, conmutativa y distributiva*;
- d) *la justicia social queda fuera del esquema tradicional de la triple división de la justicia.*<sup>73</sup>

Hay al menos dos posiciones doctrinarias que intentan responder a ese interrogante.

**3.2.1.- No es una nueva especie de justicia**

Para algunos autores como H. Pech, E. Welty y Rodríguez de Yurre, la justicia social "no es una especie de justicia nueva e independiente, sino *una nueva expresión que comprende conjuntamente la justicia legal y la distributiva*".

El argumento principal para éstos "es que una nueva virtud supondría un objeto formal propio hasta ahora desconocido u olvidado. Ahora bien, dado que las relaciones que constituyen y ordenan la vida social son tres, la relación del todo a las partes, de las partes al todo, y de las partes entre sí, éstas no aumentan ni disminuyen aunque puedan darse de modo distinto según los diferentes tiempos y lugares".<sup>74</sup>

Rodríguez Yurre se pregunta: "¿A cuál de las tres virtudes tradicionales debe ser reducida la justicia social?"<sup>75</sup> Responde que a veces se reduce a *la justicia legal*, porque "la justicia social trata de lograr el *bien común*, que es precisamente el objetivo y fin directo de la justicia legal." Sin embargo- aclara- "no todos los autores entienden la justicia legal en el mismo sentido debido al doble signifi-

cado que tal término tiene en la tradición escolástica: el sentido *lato* de justicia general (sentido aristotélico-tomista) [...] y el sentido más restringido de *una especie* de justicia.<sup>76</sup>

Puede hacerse la reducción a la *justicia legal y distributiva*, pues ellas "se fijan especialmente en el *aspecto distributivo* de la justicia social." Se entiende "que la justicia social tiene un amplio sentido, que abarca cuestiones que pertenecen tanto a la justicia legal como a la distributiva."<sup>77</sup>

Enfáticamente afirma que "la justicia social, tal como aparece en las encíclicas, equivale a lo que hemos denominado anteriormente *justicia orgánica*, la cual *abarca la justicia legal y la distributiva*. Por tanto, las cuestiones que son de justicia conmutativa, en cuanto tales, no pertenecen a la justicia social."

Mas dice que "puede ocurrir, sin embargo, que un problema que en otros tiempos era considerado como asunto privado de justicia conmutativa sea enfocado hoy con criterios de justicia orgánica; entonces tendríamos un objeto que de la justicia conmutativa pasa al plano de la justicia social. Algunas de las cuestiones que en la era liberal eran consideradas como problemas de justicia conmutativa son hoy trasladadas al plano de la justicia social. En otros tiempos se consideraba al salario como un asunto propio de un contrato bilateral, sin ulteriores puntos de vista; asunto de justicia conmutativa. Hoy se enfoca el problema del salario desde el ángulo de la renta nacional y de su más equitativa distribución entre todas las partes del organismo; en este caso se recurre a criterios de la justicia orgánica o social. El mismo tema puede estudiarse con dos criterios, uno de justicia inorgánica y otro de justicia orgánica."

*La justicia social-insiste-* "se funda en el *aspecto orgánico de la sociedad*, aspecto que el texto destaca de manera especial. Y ese aspecto orgánico exige la realización de la justicia legal (realización de un bien común) y distributiva.

### **Lo nuevo de la justicia social**

El autor español aludido, si bien entiende que no es la justicia social una nueva virtud, afirma que *lo nuevo de la justicia social* es un *nuevo espíritu* y que trata de hacer frente *problemas nuevos*, desconocidos por los antiguos.<sup>78</sup>

El nuevo *espíritu es para él* "el espíritu y sentido social de la conciencia moderna. En los siglos XVIII-XIX predominó el criterio individualista y los principios de justicia conmutativa. Las ideas de

la justicia legal y distributiva no fueron suficientemente desarrolladas en épocas pretéritas. Faltaba entonces el cultivo y desarrollo de la igualdad y de la conciencia social para sacar tales conclusiones."

El nuevo espíritu deriva "de los ideales de *igualdad, dignidad* de la persona humana y *bien común*. La justicia social recoge estos ideales nuevos y trata de aplicarlos a la sociedad actual."<sup>79</sup>

Existen *nuevos problemas derivados de las condiciones del mundo moderno, vgr.*, "nuevo es el sistema de producción, nueva la producción de riqueza, en escala desconocida en tiempos pasados." Ahora "se dispone de una conciencia de humanidad provocada por las comunicaciones internacionales." La justicia social implica "un despertar de los criterios de justicia legal y distributiva, del ideal del bien común y de su distribución entre todos los hombres, de los que son miembros de un Estado, y de los diversos Estados, que son miembros de la humanidad."<sup>80</sup>

Las aplicaciones de la justicia social "al mundo moderno son innumerables e incluso van en aumento de día en día. Es éste precisamente uno de los capítulos más positivos y más optimistas de la ética en el momento actual."<sup>81</sup>

Algunos de los campos de importantes aplicaciones para la justicia social son los siguientes:"**a)** *En el orden económico*. La justicia social ha de hacer frente al problema general de dar a toda la economía moderna un sentido humano de servicio a todo el pueblo. Hoy ya nadie admite la suficiencia de las leyes del mercado para dirigir toda la economía; es preciso la intervención de otros criterios superiores de justicia, ya sea para completar, ya para orientar a la libertad económica. La justicia social puede influir: *Para lograr la expansión y eficacia de los servicios públicos [...] la higiene, sanidad, seguridad social y promoción cultural del pueblo [...] para lograr una economía del pleno empleo [...] promoción técnica y de la revolución de los métodos de producción.*" *"Para lograr una más justa distribución de riquezas—la ley positiva no tiene la misión de destruir la ley natural. La propiedad privada es derecho natural; por tanto, la ley positiva debe respetar el derecho de propiedad privada. Pero la propiedad no es un derecho absoluto, sino limitado por las exigencias sociales, porque tiene una función social. [...] esta función no se realiza espontánea y automáticamente; se requiere la intervención de la ley positiva para que cumpla su finalidad. He aquí la primera misión de la justicia social: inspirar la legislación positiva necesaria para que*

*el sistema de la propiedad privada se desarrolle conforme a las exigencias del bien común y de la universal distribución de los bienes.*<sup>82</sup> “El sistema de distribución es de signo capitalista. *La justicia social es esencialmente equilibradora*; por tanto, ha de fomentar una orientación económica y política tendiente a limitar la libertad y los privilegios del capital para fortalecer los ingresos de las clases modestas.” Ejemplo de ello es la política fiscal, una ley “para lograr cambios internos de la empresa” o “la libertad sindical para fortalecer los derechos del obrero.”<sup>83</sup> El problema de la distribución de riquezas “no es sino una parte del campo de acción de la justicia social”, pero “no menos importante es el de la producción.”<sup>84</sup> **b)** *En el orden político-* afirma el reconocido autor español- la justicia social tiene la misión de inspirar un sistema social y político fundado en el disfrute de los derechos humanos para todos los ciudadanos.” Postula para ello la creación de un *Estado de derecho donde se* “acepta el imperio universal de la ley la cual no sólo manda y gobierna al súbdito, sino también manda y gobierna a toda autoridad, incluida la suprema. Este imperio universal de la ley tiene una doble misión: *limitar eficazmente los poderes del gobernante* para suprimir su arbitrariedad y *garantizar así al súbdito el disfrute de sus derechos y libertades.*”<sup>85</sup> Además “la justicia social exige una *comunidad de derechos* como ingrediente esencial del bien común. El *slogan* totalitario es éste; es preciso negar los derechos públicos al pueblo por razones de bien común. Cabalmente es lo contrario, porque los derechos son precisamente el ingrediente fundamental de todo bien común. Donde no existe esa comunidad de derechos y libertades, ni hay bien común ni puede quedar en pie el principio de la justicia social.”<sup>86</sup>

«En la época actual —dice la *Pacem in terris*—se considera que el bien común consiste principalmente en la defensa de los derechos y deberes de la persona humana». “No existen más que dos sistemas sociales, el que se funda en la ley de la fuerza y de la opresión y el que se levanta sobre la fuerza de la ley y el reino supremo del derecho. *La justicia social representa el reino de la ley y del derecho frente a situaciones dominadas por el azar, la fuerza y la explotación servil.*” “La justicia social encarna lo más característico del espíritu del hombre moderno, orientado a realizar el dominio humano sobre la naturaleza y el mundo, sobre el azar y el servilismo. Todo este esfuerzo tiende a imponer el dominio de la razón y a la conquista de la libertad y del bienestar. En el orden económico

tenemos una clara manifestación de esta corriente general en la racionalización o tendencia a organizar toda actividad económica sobre la razón, instaurando la tecnología, el método racional, el plan y la previsión donde antes reinaba el azar, la rutina, la pura tradición y la costumbre, y esto tanto en el plano interior de la empresa como en el escenario general de la economía."<sup>87</sup>

La justicia social "es también un sistema de racionalización aplicado a la organización social, política y económica. La razón quiere llevar la ley y la justicia al mundo humano. La justicia social quiere imponer el triunfo de la ley sobre el azar, el triunfo del derecho sobre la fuerza, el triunfo de la libertad sobre la tiranía, el triunfo de la justicia sobre la explotación, el reino del bienestar sobre el imperio de la miseria. Sólo así se puede lograr la victoria del hombre sobre las cosas y las instituciones salidas de nuestras manos. Porque la sociedad, el Estado y la economía son productos del hombre, son creaciones humanas. Pero existe el riesgo de que tales criaturas se organicen de tal manera, que se independicen del hombre y se conviertan en poderes hostiles que esclavicen al ser humano. La justicia social encarna el espíritu de sana rebeldía del hombre contra la esclavitud impuesta por el medio social, la rebeldía contra la pasividad y la resignación ante la presencia de males superables. La justicia social recoge y encarna el espíritu activo y creador del hombre moderno para conseguir dominar las cosas y las instituciones y ponerlas al servicio de la persona humana."<sup>88</sup>

Señalamos que se encuentra algún matiz diferencial.

Así se ha entendido que las diferencias para esta posición son más de vocabulario que de fondo: "Los responsables, dice, de la justicia social son en conjunto los gobernantes y los que asumen decisiones, en el organismo social y particular. La justicia social asegura el desarrollo de los recursos sociales, su armoniosa repartición entre las categorías sociales, mediante leyes, instituciones e iniciativas convenientes-así como una adecuada distribución de los papeles. Debe sacar sus normas de la justicia general, de la justicia distributiva, o de la justicia conmutativa, según la diversidad de las situaciones que ha de regir".<sup>89</sup>

En una postura parcialmente diferente, para Ibáñez Langlois, la justicia social "[...] comprende todas las formas clásicas de la justicia, legal o general, conmutativa y sobre todo distributiva-añadién-

doles, más que un sentido propio y diferente, *un énfasis relativo a la sociedad económica, al desarrollo de los recursos materiales, y sobre todo a su dispensación justa o abolición de las diferencias injustas entre los diversos sectores sociales, con un marcado acento en el mejoramiento de las condiciones de vida de los más pobres o desvalidos*. En todo caso, más importante que el preciso énfasis terminológico es la preocupación por el efectivo imperio de la justicia-sobre todo general y distributiva-como alma moral de la sociedad económica".<sup>90</sup> Indica que parece no ser distinta de la justicia legal o general, "a la cual rescataría del desgaste terminológico suministrándole un adjetivo más expresivo a la sensibilidad moderna [...]."<sup>91</sup>

Para Mirabella la justicia social "representa una relación de equilibrio entre la justicia contributiva y la justicia distributiva. Ese equilibrio tiene la fluidez del acontecer social y la fuerza de una exigencia natural. La exigencia natural emana de los postulados alternativos de ambos términos de la relación persona-sociedad."<sup>92</sup> Añade que "la misma fluidez social tensiona y perturba la aplicación de la justicia distributiva o contributiva, y en ese ámbito donde aparece lo justo social como un anhelo. Sin embargo sólo se cumple cuando la vida solidaria alcanza a suplir por sobreabundancia, los defectos humanos de la convivencia. Por ello la justicia social como anhelo es término de la perfección de la solidaridad, sin lo cual su sentido se desvirtuaría, proporcionando a la justicia, un ámbito reservado al amor fraterno o a la buena voluntad." Insiste en que "la justicia social tiene [...] un cumplimiento teleológico en donde confluyen los órdenes de justicia contributiva y distributiva. Esos órdenes en equilibrio mutuo responden a un equilibrio anterior que es el espíritu solidario[ el cual] como hábito virtuoso regula las apetencias de los bienes, disponiendo a favor del aporte justo; de esa manera el hábito virtuoso fluye más allá de lo estrictamente justo conformando un verdadero modo de vida social." Considera que "la mayor perfección es el nombre ontológico de la libertad, y si la justicia, cualquiera sea su adjetivación, *es una virtud, debe llevar consigo un aporte de perfección ontológica que aumente personal y comunitariamente la libertad*." "El concepto de justicia social sueña a veces a 'cosa hecha' o más bien a 'cosa por hacer'", pero una *sociedad más justa significa primeramente "una sociedad de personas justas"*. "En la instauración de la justicia social debe tenerse

presente, pues, la prioridad del cambio de los corazones sobre el cambio de las estructuras, es decir, de la virtud sobre los resultados de la virtud."<sup>93</sup>

Palumbo "adhiera a la corriente que interpreta que la justicia social es la legal de Santo Tomás, entendida en sentido amplio de "general" o del bien común. Los sujetos obligados son todos los miembros de la sociedad, incluidos los gobernantes, en su función arquitectónica (Santo Tomás), los diversos grupos sociales y los individuos. La razón científica es muy sencilla e irrefutable: el objeto propio atribuido por los documentos pontificios a la justicia social, se identifica con el objeto propio de la justicia legal o general, denominada del bien común; luego no hay posibilidad de distinción. Puede, por razones prácticas y secundando el lenguaje del Magisterio Eclesiástico, usarse el término justicia social, como más dinámico y englobante de las responsabilidades de todo el cuerpo social respecto de los más necesitados y rezagados en la participación del bien común".<sup>94</sup>

Para Justo López *la justicia social es una especie de la justicia legal* "entendida ésta como justicia del bien común". Mas agrega que "dadas ciertas circunstancias de necesidad, determinadas por el tipo de organización de la sociedad industrial, es necesario adoptar ciertas medidas especiales para que los bienes disponibles sirvan para el conjunto de los hombres."<sup>95</sup> Esa apertura- que de algún modo es un paso hacia la siguiente concepción- es señalada por Moix Martínez cuando indica que esas medidas "son de justicia social cuando intervienen los valores de la personalidad; y que ello puede ocurrir en todo tipo de relaciones correspondientes a los tres sectores clásicos". Cuando así ocurre, "desplaza de las mismas a la especie de justicia que correspondería aplicar según los criterios tradicionales". Podetti concluye en que la concepción de aquél es que "las justicias conmutativa, distributiva y legal sirven al perfeccionamiento integral del hombre, al que el bien común debe tender como fin; mientras que la justicia social lo sirve directamente, inmediatamente."<sup>96</sup>

Cozzoli<sup>97</sup> estima, siguiendo a Cappelletti, que "se ha pasado de la concepción del derecho y de la justicia como 'mantenimiento del orden social' a una concepción dinámica del derecho y de la justicia

como '*postulado de cambio social*'. Ante nuevos sistemas productivos y nuevas sensibilidades de la conciencia humana, dice, se impone una justicia que se libere de una legalidad solidificada sobre un modelo pasado de vida económica- político- social, más dúctil a la libertad e igualdad de este tiempo. Ubica a la justicia social diciendo que "se trata de una llamada a la justicia legal a que vuelva a encontrar el carácter y el papel de justicia general que, con visión moderna, le había reconocido santo Tomás. Se trata de devolver a la justicia legal a su objeto específico, el bien común, y de repensar y recodificar la ley en relación al mismo. Se trata también de restablecer la primacía y la prioridad de la justicia general sobre la particular para que la justicia conmutativa haga una nueva definición de las condiciones efectivas de libertad y paridad de las partes en los cambiados y cambiantes contextos productivos y comerciales, y la justicia distributiva recupere dinámicamente para conciencia del derecho el surgimiento de nuevas necesidades en relación con las nuevas sensibilidades y de las nuevas pobreza." Estima que "no se trata de una cuarta forma de justicia, además de las tres tradicionalmente conocidas, ni de una justicia que coincida con la legal, sino de una justicia dinámica y dialécticamente correlativa de la legal en calidad de conciencia crítica e innovadora de la misma."

Explica que como *conciencia crítica*, "la justicia social apunta a denunciar todas las injusticias perpetradas en nombre de la ley y, consiguientemente, de las instituciones y estructuras en las que ésta toma cuerpo: 'No debe considerarse ley la norma que no sea justa'". Empero se refiere a que una ley puede tener una formulación justa pero puede convertirse en injusta "tomando como referencia un contexto socio-económico cambiado, en el cual haya dejado de cumplir, por insuficiencia o inadecuación, su función socialmente equitativa para pasar a ser más bien fautora de privilegios, por una parte, y de marginación, por otra. La justicia social se hace cargo de todos los desajustes entre ley y derecho y se esfuerza en restablecer su armonía."

En lo que hace a la *conciencia innovadora*, expresa que "la justicia social tiende activamente a un nuevo orden social, es decir, a la justicia exigida por los nuevos problemas. Ella es la justicia del bien común dinámicamente entendido, en relación con los nuevos equilibrios que es preciso determinar o predeterminar para su garantía. Como tal, la justicia social tiene carácter '*incoactivo*'; una vez adquiridas para la justicia legal las nuevas exigencias, se queda

a un lado cediendo a ésta toda la tarea; tiene, a la vez, carácter 'profético', porque tiende a prevenir las injusticias del sistema, a ser portavoz de los derechos 'sin voz', a ensanchar los confines del derecho y de su tutela institucional, ejerciendo por ello mismo un papel *preventivo* de la conflictividad y de la violencia y *garante de la paz*."

Este mismo autor afirma que "la justicia social está estrechamente relacionada con la 'cuestión social', es decir, con los diversos desequilibrios en las relaciones sociales determinados por los cambios científicos-técnicos y económico-productivos, evidenciados por una más fina conciencia de los derechos humanos y que por sí mismos están pidiendo una nueva justicia."

A su criterio, en la primera cuestión social había un concepto de justicia legal inoperante y cómplice de graves repercusiones sobre el bien común y la paz social. Describe la nueva cuestión social, que se ha mundializado, ante la cual es menester una nueva expresión de la justicia. Por ello expresa: "de allí el llamamiento a la justicia social como justicia de un nuevo orden social; un orden de instituciones y estructuras en las que tome cuerpo la justicia, a fin de que la sociedad pueda desarrollarse en armónica y beneficiosa sinergia."<sup>98</sup>

Aclara que no es algo extrínseco, sino que es menester atender al corazón del hombre de donde salen las injusticias.

Gustavo Casas expone que "cuando se trata de encontrar la norma general de la vida de todo el cuerpo social, es necesario ir más allá de cualquier justicia particular, hay que admitir una instancia englobante de las diversas formas particulares. Será una justicia que versa 'sobre las relaciones de los miembros entre sí en tanto y en cuanto están en relación con toda la sociedad y su bien común, así como también versa sobre las relaciones entre los poderes sociales y los sujetos de esos poderes, en cuanto reciben de la sociedad su parte del bien común. La noción de bien común se halla, pues, en el centro de la definición, y la idea de un cuerpo social, de un universal social, que existe realmente por sí mismo, frente a toda teoría nominalista o individualista, aparece presupuesta por las descripciones de la justicia social dada por el Magisterio de los Papas"<sup>99</sup>.

### 3.2.2. Es una nueva especie de justicia

Para autores como Messner, Utz y Pieper se trata de *una cuarta*

*especie de justicia, que completa y perfecciona la división anterior* pues “[...]la justicia social no puede reducirse a las tradicionales porque no es reductible a la legal pues el individuo es sujeto de derecho que puede exigir a la sociedad; no es la distributiva que se funda en el hombre como miembro de la sociedad, pues la sociedad se basa en el hombre en general; tampoco es la conmutativa porque atiende a la dignidad del sujeto. Por último, el objeto formal de la justicia social son los bienes materiales en cuanto están destinados al bien de todos los seres humanos”.<sup>100</sup>

“La justicia social no es la distributiva”, porque ésta se funda en el concepto de parte, o “en cuanto al hombre en cuanto miembro de la sociedad.” En cambio, la justicia social” se funda en el hombre en general, en la dignidad de la persona humana, prescindiendo del aspecto de miembro de la sociedad”; la justicia social puede darse al margen de la vida social.<sup>101</sup>

La justicia social no es reducible tampoco a la legal, “porque el sujeto de derecho en la legal es el todo o sociedad, y el de deberes es el individuo en cuanto miembro de ese todo”; en cambio, en la legal, “el individuo tiene la obligación de contribuir al bien común, y tal deber se funda en el hecho de que el individuo es parte de la sociedad.” Mas en la justicia social “el individuo es sujeto de derechos que puede exigir algo frente a la sociedad; la autoridad y la sociedad están en el mismo plano del deber.”<sup>102</sup>

Tampoco la justicia social es la conmutativa porque ella “no se fija en la condición subjetiva de las personas; prescinde de las condiciones personales, porque atiende a la igualdad objetiva [...] la justicia social atiende a la dignidad del sujeto y se fija en las condiciones subjetivas de las personas, porque su misión es crear un conjunto de condiciones que hagan la vida del hombre más humana y más digna.”<sup>103</sup>

Entiende Messner que “*el objeto propio de la justicia social son las relaciones al bien común*. Tal es el sentido del término *social*, el cual está indicando una justicia que no es individual. Por razón del *objeto*, la justicia social es la legal, que está orientada al bien común.” Este autor distingue las exigencias de contribuir al bien común las que pueden estar determinadas por dos factores: a) *Por la ley positiva*, y entonces tenemos la justicia legal, b) *Por la ley natural*, y entonces tenemos la justicia social, la cual comprende aquellas exigencias al bien común no impuestas todavía por la ley positiva, pero reclamadas por la dignidad de la persona humana,

cuya expresión se encuentra en las exigencias de la ley natural. *La justicia social es, por tanto, anterior y superior a la legal y puede concebirse como la fuente de inspiración de ésta.*"

Más también "entre las exigencias peculiares de la justicia social, Messner menciona: el derecho de todo hombre a disponer de trabajo para ganarse la vida, el derecho a una participación creciente en los beneficios de la producción moderna de naturaleza progresiva, el derecho a la seguridad social, el derecho de los cuerpos y estamentos sociales a existir, a no ser atropellados por la fuerza y a su integración en el organismo social."

Entiende que "sujeto principal de las relaciones de justicia social son los *grupos*, estados o clases; y entre ellos destacan en nuestros días las clases patronal y obrera. De donde se siguen las relaciones de estas clases entre sí en relación con el Estado y de los individuos en relación con tales grupos."<sup>104</sup>

Para Morón Alcaín entre nosotros, *sus partes o sujetos de la justicia social son la misma sociedad o grupos sociales y sus objetos o materia a entregar o distribuir son bienes sociales*. De ese modo justifica esa "explícita caracterización de lo social a lo que de por sí ya lo es."<sup>105</sup> Fundamenta su posición en el sentido de prolongar o ampliar los milenarios estudios y a raíz de los profundos cambios habidos en el mundo en lo social, lo económico, lo cultural, etcétera, que han transformado y creado nuevas formas de relaciones entre los hombres que el Estagirita o el Aquinate "históricamente condicionados, no podían de ninguna manera prever."<sup>106</sup>

De acuerdo a Messner: "no hay ninguna clasificación de justicia que pueda abarcar toda la realidad social en todas sus relaciones y, concretamente, en la complicación actual de éstas".<sup>107</sup>

Para Utz "parece en realidad algo rígida e incluso demasiado estática la triple división del viejo esquema".<sup>108</sup>

Monzel apunta: "Podemos constatar que la corriente división tripartita de la justicia no abarca una parte importante de la realidad social de nuestros días — y también de tiempos pasados —: el turbulento campo de las relaciones que se desarrollan entre los diferentes complejos sociales, los cuales no son partes orgánicas del Estado, sino por dentro o por encima del marco de éste — en forma de grupos, círculos, sectores, clases, asociaciones, etc. La justicia en las relaciones entre estas diferentes agrupaciones no está incluida en gran parte en la doctrina aristotélica de la justicia".<sup>109</sup>

### 3.2.3.-La justicia social ¿nueva virtud?

Explicita Morón Alcain "que las razones formales del objeto de la justicia social son propias de ella y no de otra virtud y, por otra parte, que el fin propio y próximo de la justicia social de donde toma, como ya hemos dicho, su propia especificación, no es el bien común fin directo de la justicia general, sino la equitativa distribución de los bienes y servicios de una sociedad para permitir en mayor igualdad de condiciones, a las personas y grupos que la constituyen el acceso a una vida más humana y más plena, en función de su dignidad y altísima vocación de hombres."<sup>110</sup>

De este modo "la enunciación formal y el contenido material de la justicia en sí misma que es 'dar a cada uno lo suyo o su propio derecho' (*ius suum*)" no se modifican. Se *precisa en cambio que las partes intervinientes*, los que deben entregar y los que deben recibir, son en su actual conformación y contexto económico y social, *partes inéditas en la historia de las sociedades*. No son sólo empleadores o tomadores de trabajo y dadores del mismo, o ricos y pobres que siempre los ha habido, sino *grupos sociales* con peculiares conformación, conciencia y espíritu, obligados en la perspectiva [...], hacia arriba, del bien del todo social, y hacia abajo, del respeto y promoción de la dignidad misma de la persona humana. <sup>111</sup>

Desde otra perspectiva, contemplando a la *igualdad* exigida en esta justicia, ella "no se agota en ser sólo la que previamente debe establecerse entre las partes para la realización de un contrato justo, sino que también y sobre todo, es una *mayor igualdad entre los hombres en la sociedad que sin eliminar la desigualdad concreta entre ellos, permite una igualdad de oportunidades y posibilidades de realización humana*."<sup>112</sup>

Precisemos que "el título o la causa del *debitum* no es sólo una prestación (conmutativa) ni es distinto (distributiva) ni inmediata o exclusivamente, el bien común (general o legal), sino *el bien de toda la comunidad* (por lo que podría confundírsela con la justicia legal [lo que no debe hacerse] y el bien pleno de la persona humana en dignidad, individual y socialmente considerada."<sup>113</sup>

Aun en esta clase de justicia a los titulares del capital como son "los poseedores de los bienes de producción en general, de las empresas, de las industrias, de la banca, de los conocimientos, de las maquinarias, de la organización, etc., tienen también sus derechos con respecto a los bienes, servicios, productos en general creados en la sociedad [...] en razón del talento creativo aplicado y

del riesgo corrido en sus bienes." Empero es el asalariado, el que trabaja en relación de dependencia, el que "tiene en esta justicia un lugar primero de atención."<sup>114</sup> Es que "el asalariado requiere para su propia vida y dignidad de la protección legal especial", "requiere que 'la ley lo libere' de cualquier posible explotación o de trato o retribución injusta", sigue diciendo.

Concluye en que si bien la justicia social tiene su propia especificidad, no puede negarse "su cercanía y aún estrecho parecido con la justicia conocida aristotélicamente como la general o legal por su clara referencia al bien del todo social; y también con la distributiva se da esa más cercana similitud pues aquí igualmente se trata de distribución de bienes y servicios en forma proporcional."<sup>115</sup>

### 3.2.4.-Sujetos y materia de la justicia social

#### **Sujetos**

"La justicia social como toda justicia, tiene el carácter esencial de la *alteridad*", esto relación de persona a persona, con el otro. Mas en ella lo particular es que "la relación o relaciones a otros, no se establecen primariamente entre individuos *sino entre grupos: clases, sectores sociales, pueblos y aun grupos de pueblos.*"<sup>116</sup>

"El nominalismo, como posición filosófica, en su proyección socio-política que ha tenido en el liberalismo individualista, no podía reconocer el carácter analógicamente real de estas agrupaciones, y sólo ha aceptado como reales a los individuos." Calvez y Perrin hacen referencia a los que "tienen todavía *en su bagaje intelectual, elementos de fuente nominalista que les impiden hacer verdaderamente justicia al universo social*", y cuando se acepta hablar de la sociedad y no sólo de individuos, sólo se piensa en una "potencia individualizada", y en forma especial en el Estado o en el solo gobierno que se imponen "como la única realidad social".<sup>117</sup>

Esos *grupos* "que responden a los términos colectivos de *empresariado, asalariado, pueblos, etc.*", *no son individuos ni Estados.* "Esas agrupaciones con sus caracteres propios sociales y económicos han ido adquiriendo conciencia de sí mismas y llegado a institucionalizarse en forma de sindicatos, confederaciones, uniones", etc. Obviamente que no se niega en momento alguno que las personas individuales son "las que, filosóficamente, son las únicas sustancias o seres en sí mismos, los cuales en definitiva, contratan, se obligan, se comprometen y, en los debe terminar el reparto de los bienes y beneficios que se distribuyen siempre en función de los grupos a los cuales pertenecen."<sup>118</sup>

### **Objeto**

Desde esta perspectiva el objeto o materia sobre los que versa la justicia social" es: **a)** "En primer lugar y *en forma directa, los bienes económicos, las riquezas de las sociedades, de las naciones y del mundo, y esto en función del valor del trabajo y del régimen de la propiedad* de los bienes de producción."<sup>119</sup> **b)** "Todo lo que afecta al *trabajo humano, sus condiciones, ambientes y formas en los que se desarrolla, el descanso, la asistencia social, etc.*"<sup>120</sup> **c)** La dignidad de la persona, la socialización de la cultura y la participación de los ciudadanos en la vida económico-social.

No debe entenderse a la justicia social "como reducida a la justa distribución de la riqueza" pues esta forma de distribución "no es lo único que el bien común exige"; "la justicia social desborda el estrecho marco de esta clase de bienes".<sup>121</sup>

En general se identifica por muchos tratadistas a la justicia general o legal y la social. "Es que en realidad parecen confundirse los fines de ambas justicias, el bien común de la justicia general y lo justo social en la segunda, porque ambos fines se acercan muy estrechamente y hasta parecen entrecruzarse en varios aspectos. El bien común que persigue la justicia general ha de ser buscado por sí mismo, porque en su orden tiene un carácter de fin y no de medio. Pero este bien común o de la comunidad lo es de personas como tales, de tal manera, "da por supuestas a las personas, vuelve y se da a ellas, y en tal sentido se completa y se realiza en ellas", y así es por eso que decimos que es esencialmente "comunicable"<sup>122</sup>.

Por otra parte, "como ninguna de las otras formas particulares de justicia *la social atiende al valor hombre-persona* pero a la vez, a diferencia también de las otras formas de justicia especiales, está más cerca de los intereses del todo social y comprometida con el bien de la comunidad".<sup>123</sup>

### **4.-Negativa de la existencia de la justicia social**

El punto de inflexión para diferenciar a aquellos que la niegan de los que la afirman es Maquiavelo. Éste redujo "la política a una mera técnica de poder", con lo cual "automáticamente despojó a la cuestión de la preocupación ética por lo justo."<sup>124</sup>

#### **4.1.-La posición de Friedrich A. von Hayek y seguidores**

El economista austriaco cuestionó la existencia de la justicia social. Dijo que "para una sociedad de seres libres [...] carece de

todo sentido", lo que fue reiterado después.<sup>125</sup> Asimila "a la justicia social con la distribución igualitaria de los ingresos, y afirma que por tener las personas capacidades diferentes, también deben ser disímiles los resultados, aun cuando el gobierno les dispense un tratamiento igual".<sup>126</sup>

En esta misma corriente se enrola Alberto Benegas Lynch (h.)<sup>127</sup>. Con fundamento en Hayek, señala que "en la medida en que se aplique el principio de compensación se anula el proceso de asignación de recursos que venía votando el mercado."

Carnota apunta que es "coherente con lo sostenido por el autor austriaco "sobre El camino de servidumbre": el Estado social acaba transformando al Estado de derecho en un Estado totalitario".<sup>128</sup>

En 1977 Friedrich A. von Hayek visitó Buenos Aires y en tres conferencias<sup>129</sup> una vez más expresó: "La justicia social no existe". Ya había anticipado que "la absoluta vacuidad de la frase 'justicia social' hace que su empleo pueda considerarse innecesario". Además expuso que "nadie ha descubierto siquiera una sola regla general a partir de la cual podamos derivar lo que es 'socialmente justo' (...) excepto la regla de 'igual paga por igual trabajo'. Considera que "casi todo el mundo cree en ella sin interpretar cabalmente su significado" y que "la expresión 'justicia social', por lo general, se emplea hoy como sinónimo de lo que antes solía llamarse 'justicia distributiva'".<sup>130</sup>

#### **4.2.- Respuesta desde el pensamiento social cristiano**

Contra ese pensamiento negatorio reacciona la Doctrina Social de la Iglesia tratando de "salvaguardar la dimensión política de la justicia". "No hallando un vocablo más adecuado", refirió la expresión justicia social "recuperada con vigor en América durante el auge del constitucionalismo social-, pues era menester reintroducir la idea aristotélico- tomista de la justicia distributiva."<sup>131</sup>

Respondió a von Hayek el P. Vicente Pellegrini, S. J. Recordó éste "que el liberalismo "manchesteriano antediluviano" "ha mostrado siempre desconocer la realidad del hombre ya que vive encerrado en una ilusoria concepción del mismo que parte de la negación del pecado original para llegar al hombre rousseaniano de la utopía liberal".<sup>132</sup> Refirió que resulta llamativo en que se insista tanto "en una concepción filosófico- social que mostró su gran fracaso al engendrar monstruos tan temibles como el fascismo y el marxismo." Consideró a estas concepciones como hijos naturales

del liberalismo individualista "para quien el hombre es un simple individuo, reducido a un número más dentro de su concepción de la sociedad donde la libertad es nada más que el eslogan para justificar la opresión del pueblo a favor de los grupos de poder."

Expresó que en la alocución del 1° de setiembre de 1944, con ocasión del 5° aniversario de la Segunda Gran Guerra, Pío XII dijo: "La conciencia cristiana no puede admitir como justo un orden social que niega o hace prácticamente imposible o vacío el derecho de propiedad, sea de los bienes de consumo, sea de los medios de producción. Pero *tampoco puede aceptar aquellos sistemas que reconocen el derecho de propiedad privada según un concepto falso y por lo tanto contrarios a un verdadero y sano orden social*. Por eso allí donde, por ejemplo, el capitalismo se base en tales concepciones erróneas y se arroga un derecho ilimitado sin ninguna subordinación al bien común, la Iglesia lo ha reportado como contrario al derecho natural. Vemos de hecho la siempre creciente multitud de los trabajadores encontrarse frente a esa excesiva concentración de bienes económicos, que, escondidos muchas veces bajo formas anónimas, llegan a sustraerse del cumplimiento de sus deberes sociales y casi ponen al obrero en la imposibilidad de formarse una propiedad suya efectiva. Vemos la pequeña y media propiedad debilitarse y perder vigor en la vida social, constreñida a una lucha defensiva siempre más dura y sin esperanza de éxito."

Recordó asimismo la enseñanza de Pío XI en la encíclica *Divini Redemptoris*, N° 25 y 51, contra el comunismo, ya expuesta, la de la encíclica *Quadragesimo Anno* N°37 de Pío XI y del discurso de Pío XII en la Cuaresma de 1944, cuando-refiriéndose a las inmensas miserias, la falta de habitación y alimentos por las atrocidades de la guerra, la imposición de precios exorbitantes y otros males de la época- expresó: "Cualquiera ve y comprende cuán necesario es prevenir semejantes tentaciones y vigilarse a sí mismo, no sólo con la concienzuda probidad en las relaciones de mío y tuyo, sino, además, con imperturbable y vivo sentido y generosa mano para todo aquello a lo que inclina e invita la caridad cristiana y *que la justicia social demanda*."

Recientemente el arzobispo de Buenos Aires y primado de la Argentina, Card. Jorge Mario Bergoglio, advirtió hoy sobre una "industria del descarte que se llama esclavitud", que todavía no se abolió en el país, y aseguró que las categorías de análisis de la realidad van progresando. "Hablamos de opresores y oprimidos

pero no nos basta. Luego añadimos incluidos y excluidos y no nos basta. Hoy tenemos que añadir otro matiz, grafico y duro, *los caben y los que sobren*".<sup>133</sup> Estimó que "para hacer un análisis de la realidad debemos apartarnos de los esquemas, de las ideas, e ir a la carne de nuestro pueblo, a la carne periférica que sufre, a la carne periférica que tiene hambre, a la carne que se la tira afuera porque sobra y se la usa de material de descarte. Ir a la persona". Tras la "bronca" la genera "*la voz intelectual que niega la justicia social, porque prefiere hablar de justicia y no de justicia social*"; advirtió que "si no hay justicia social no hay verdadero análisis de la realidad".

Años antes, en su homilía del domingo 23 de junio de 2002, dijo Mons. Miguel Hesayne<sup>134</sup>: "En la vida ciudadana *la justicia social es el eje de los valores del Reino porque el primer derecho humano es la vida digna*. Oremos para que la Iglesia en la Argentina no tenga miedo en cumplir su misión profética denunciando al Poder que toma el nombre de cristiano y en la práctica –de hecho– persigue al ciudadano violando la justicia social."

## **CAPÍTULO II**

### **LA JUSTICIA SOCIAL EN EL DERECHO POSITIVO VIGENTE**

#### **1.- En normas internacionales**

El término *justicia social* ha sido incluido expresamente diversas normas internacionales que son derecho vigente en nuestro país, a saber<sup>135</sup>:

- a)** La Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, del 22/11/1969- que tiene raigambre constitucional por el art.75 inc.22 de la CN- en su Preámbulo, párrafos primero y cuarto, expresa que los Estados americanos reafirmaron su propósito de consolidar en el continente americano un régimen de "justicia social", además de reiterar el "ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria" .
- b)** La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, aprobada el 9 de junio de 1994 en Belém do Pará, ratificada por Argentina por la ley 24.556- que por ley 24.820 (B.O.29/5/1997) tiene jerarquía constitucional- en su Preámbulo, párrafo segundo, se refiere expresamente a la justicia social.

- c) El preámbulo de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo<sup>136</sup> dice que “*la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social*” (Parte XIII del Tratado de Paz de Versalles, arts.387 a 427, 26 de junio de 1919)<sup>137</sup>. Éste fue modificado por la Declaración de Filadelfia en lo referente a los fines y objetivos de la OIT, del 10 de mayo de 1944, anexa a la Constitución de la misma OIT, la que en el punto II de ese Anexo expresa: “La Conferencia, convencida de que la experiencia ha demostrado plenamente cuán verídica es la declaración contenida en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, según la cual *la paz permanente sólo puede basarse en la justicia social [...]*”.

Además el mismo Anexo dice: “El logro de las condiciones que permitan llegar a este resultado debe constituir el propósito central de la política nacional e internacional” (letra b) del punto II). Se agrega en el punto c) del mismo punto: “Cualquier política o medida de índole nacional e internacional, particularmente de carácter económico y financiero, deben juzgarse desde este punto de vista y aceptarse solamente cuando favorezcan ,y no entorpezcan, el cumplimiento de este objetivo fundamental”.<sup>138</sup>

En aquella referencia del Tratado de Versalles se quiso expresar “que con ello la sociedad moderna, tanto nacional como internacional, ansiaba un ordenamiento jurídico que atribuyera lo suyo a cada uno en el sentido de que se evitaran, en lo posible, resultados antisociales- disolventes de la sociedad-y, en particular, *se procuró que no se excluyera a los trabajadores de la participación que les correspondiera en dicha sociedad.*”<sup>139</sup>

Afirma Krotochin que “*en el derecho del trabajo se habla más de justicia social que de justicia a secas*”, y que “el motivo por el cual el concepto general de justicia se particularizó, haciendo prevalecer la justicia social con respecto al derecho del trabajo [...] fue la necesidad que se sentía, en determinado momento de la evolución, de subrayar el carácter integrante de este derecho, cuya finalidad, precisamente, consistía en crear los presupuestos de una convivencia real entre los grupos sociales.”

La justicia social, "que ya se inscribía a principios del siglo XX en el Preámbulo de la Constitución de la OIT, sería entendida no sólo como un *medio para establecer la paz universal*, sino también como *un fin propio*. Y, como lo anunciaba Albert Thomas, ello era mucho más que la supresión de la injusticia social, pues implicaba 'una política positiva que permitiera al individuo adquirir sus derechos políticos, económicos y morales', lo cual incluso se extendería aún más con la Declaración de Filadelfia.<sup>140</sup>

Las referencias enumerativas que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 "hace a los derechos económicos y sociales, deben mucho al ejemplo de la OIT y al *corpus iuris* de la justicia social, que para entonces resultaba de los diversos instrumentos elaborados por esta Organización.

Compartimos con Caldera que "*el hijo predilecto de la justicia social es el derecho del trabajo*. Es el que ha ido tomando más vida y más empuje en la transformación de las instituciones. El que regula las relaciones más esenciales [...] El derecho del trabajo, en síntesis, no es sino *la justicia social aplicada al trabajo*".<sup>141</sup>

- d)** En el Preámbulo de la Carta de la Organización de los Estados Americanos<sup>142</sup> los Estados Americanos dicen: "[...] Seguros de que el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este Continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de *justicia social*, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre [...]". Referido al desarrollo integral, el art. 30 expresa: "Los Estados miembros, inspirados en los principios de solidaridad y cooperación interamericanas, se comprometen a aunar esfuerzos *para lograr que impere la justicia social internacional en sus relaciones* y para que sus pueblos alcancen un desarrollo integral, condiciones indispensables para la paz y la seguridad."

También en su art.34 la Carta expresa: "Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio de-

sarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: inc. f) Estabilidad del nivel de precios internos en armonía con el desarrollo económico sostenido y el logro de la *justicia social*". En el art.47 la Carta menciona: " Los Estados miembros darán importancia primordial, dentro de sus planes de desarrollo, al estímulo de la educación, la ciencia, la tecnología y la cultura orientadas hacia el mejoramiento integral de la persona humana y como fundamento de la democracia, la *justicia social* y el progreso."

- e) La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales conocida como *Declaración de derechos sociales del trabajador*, aprobada en Bogotá en 1948 por la 9ª Conferencia Interamericana, en el Preámbulo refiere: "[...] Acordes, por lo tanto, en que el presente grado de evolución jurídica exige a los regímenes democráticos garantizar simultáneamente el respeto a las libertades políticas y del espíritu y la *realización de los postulados de la justicia social* [...] Animados por el hecho de que es anhelo vehemente de los países de América la conquista de esa *justicia social* [...]".<sup>143</sup>
- f) El Protocolo de San Salvador (Preámbulo, párrafo primero), aprobado por la ley 24.658, dice: "[...] Reafirmando su propósito de consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de *justicia social*, fundado en el respeto de los derechos humanos esenciales del hombre [...]".
- g) La Declaración Sociolaboral del Mercosur, del 10 de diciembre de 1998, en su preámbulo los Estados partícipes se proponen acelerar los procesos de "desarrollo económico con *justicia social*" (párrafo primero).<sup>144</sup>
- h) La Conferencia Internacional del Trabajo, con motivo de su 97ª reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008, aprobó la *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*.

### **Aplicación de la justicia social en las normas internacionales**

Al respecto, y específicamente referido al sistema interamericano- dice Gialdino<sup>145</sup>- que "el horizonte abierto por el caso 'Villagrán

Morales' es tan vasto como promisorio. La Corte Interamericana, por unanimidad, recupera un legado de más de medio siglo, por partir de la Declaración Americana y la Declaración Universal[...]; *emplazando en el eje del sistema de protección de los derechos humanos a la justicia social, que atiende preferentemente al desposeído, al marginado, al excluido, al olvidado, al condenado.*" Añade que "el régimen de la llamada protección *par ricochet* (por rebote) o indirecta, de creación puramente pretoriana, permite a los órganos de la Convención Europea, [...] extender la protección de determinados derechos garantizados por dicha Convención, a derechos no protegidos expresamente por ésta. [...] manifestaciones en buena medida relacionadas con dicha técnica registra la abundante jurisprudencia de la Corte Europea que, *con base en el principio de justicia social [...].*"<sup>146</sup>

La consolidación de la paz, invocado en el Preámbulo de la Constitución de la O.I.T., es uno de los propósitos fundamentales de las normas internacionales del trabajo.<sup>147</sup> Mas "estos propósitos se fueron ampliando y tomaron especial significación la preocupación por la [justicia social](#) y la realización de objetivos sociales y humanos en el desarrollo económico de los países." "En la actualidad, las normas internacionales del trabajo cumplen un papel fundamental en el proceso de integración económico-jurídico de los Estados (por ejemplo: Mercosur). Ello es así, debido al prestigio alcanzado por la Organización Internacional del Trabajo y por su excepcional naturaleza tripartita. Resulta antesala de la aprobación de un convenio toda una instancia de debates y consensos llevados a cabo por los representantes de los gobiernos, empleadores y trabajadores. Por lo expuesto, a las N.I.T. se les reconoce autoridad moral y se las acepta como una expresión de la conciencia jurídica universal. Entonces, son diversas las funciones que se les adjudica a las normas internacionales del trabajo en el referido proceso de integración. Se les ha reconocido *la capacidad de convertirse en un núcleo duro de protección al trabajo, a los trabajadores y a las organizaciones profesionales, es decir, tienden a asegurar un común mínimo satisfactorio de protección social.* [...] se debe tener en cuenta que la adecuación de la normativa de los convenios internacionales a los procesos de integración de países con marcos laborales diferentes debe efectuarse de acuerdo al principio consagrado en el art. 19.8 de la Constitución de la O.I.T."

En el preámbulo del Pacto de San José de Costa Rica “se ponen en relieve conceptos trascendentales sobre la materia que tienen incidencia también sobre temas laborales. En primer lugar, se señala como propósito el consolidar, en el marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de *justicia social* fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre. Se precisa, asimismo, que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de un determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona, razón por la cual justifican una protección internacional de naturaleza convencional coadyuvante de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos. De otra parte, se tienen en consideración, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos.” “El principio de progresividad se inserta en el espacio geopolítico integrado del Mercosur. La CSJN para resolver la cuestión en el caso “Aquino”, también utiliza la Declaración Sociolaboral del Mercosur, abriendo así nuevos caminos en la integración para que el Mercosur sea un mercado común para la *justicia social*, la solidaridad y la cooperación en la región.”<sup>148</sup>

## **2.-Alcances del término desde el iuslaboralismo nacional**

La expresión “justicia social”, “con que se identifican los principios normativos extrapositivos aplicables a la materia regulada por la LCT está tomada del lenguaje común y su significado se entiende en función del uso que se tiene en ese lenguaje. Las objeciones a la propiedad de esta expresión (como que “toda justicia es social”) no pasan de ser gratuitas elucubraciones teóricas, que ignoran que las palabras tienen el significado – e incluso múltiples significados- que les da su uso. En el uso común, la calificación de social a la justicia significa las exigencias de ella respecto a la posición del trabajador subordinado en la llamada sociedad industrial originada en la revolución industrial.”<sup>149</sup>

En la Constitución de la OIT se inscriben dos frases “que apadrinan el derecho del trabajo: *el trabajo no es una mercancía y la libertad de asociación es esencial para el progreso constante*”. Al respecto, “la primera plantea el problema del trabajador como persona y de la consiguiente necesidad de su integración al conjunto social; la segunda indica el medio, o uno de los medios principales, por el cual dicha integración (a una comunidad intermedia) debe

llevarse a cabo como etapa indispensable y autónoma de la incorporación a la comunidad total que es el Estado".<sup>150</sup>

Maza entiende que la justicia social no es una nueva clase de justicia, pero que *tiene un significado moderno, que ella "trastrueca, correctivamente [...] las reglas de la economía productiva liberal procurando dignificar el trabajo humano, rescatar el valor del trabajo y el salario generado por esa vía y atemperar la dureza de las leyes del mercado (he aquí la función correctiva sobre la mera justicia conmutativa). La imposición por leyes irrenunciables de condiciones mínimas de trabajo, por ejemplo, actúa como corrección de lo que se podría considerar fría, formal y conmutativamente justo de acuerdo a los valores y reglas de los mercados."*<sup>151</sup> Añade que "al actuar la ley [...] introduce un nuevo valor que corresponde a la justicia distributiva y social y no a la vieja norma del valor del intercambio". Mas expresa que "paradojalmente, cabe considerar que la justicia social y correctiva es funcional a los cánones del liberalismo económico, que exigen la intervención estatal para corregir las desigualdades a fin de garantizar un equilibrio entre las partes económicas sin cuya verificación no hay economía liberal."<sup>152</sup>

### 3.-Funciones de la justicia social

Generalmente la justicia social es reconocida como un principio del derecho, en especial del Derecho del Trabajo, y constituye una pieza fundamental en el ordenamiento jurídico. Sus funciones, propias de los principios, son:

- a) *Orientar la tarea interpretativa y la aplicación de la norma, individualizarlas, identificarlas y sistematizarlas; servir de elemento "de interpretación (constituyen un criterio orientador para el intérprete)".*<sup>153</sup>
- b) *Actuar como normativa, de manera subsidiaria, supletoriamente; en ausencia de una ley integran el derecho (como lo establece el art.11, LCT)<sup>154</sup>, suplir lagunas. Es un elemento al que debe recurrir el juez subsidiariamente en casos de "carencia de norma". Son lagunas de justicia más que lagunas normativas, o carencia de normas expresas o positivas.*<sup>155</sup> A ella debe recurrirse cuando las normas no dan respuesta en el sistema jurídico.<sup>156</sup>

Ha sido conceptualizada como uno de esos "argumentos hipersintetizados que la ley da al juez, como recurso de última instancia para poder ajustar las sentencias a sus

convicciones.”<sup>157</sup> Mas parece haberse preferido- a estar a la práctica judicial conocida- que los tribunales funden sus decisiones en claras explicaciones y en normas, sin que sea menester usar los criterios generales del art.11, LCT, para el control de la justicia de las decisiones concretas.

- c) *Informar* al legislador, esto es inspirar o sugerir la sanción de normas<sup>158</sup>, “(son bases), constituyen verdades jurídicas universales, principios filosóficos que expresan el elemento constante y permanente del derecho, el fundamento de toda legislación positiva.”<sup>159</sup>

De otro costado es posible clasificarlos a partir de la recepción de los mencionados principios en la LCT según que: “a) tengan como fin descifrar el sentido de la norma existente (interpretación); b) sirvan para salvar el escollo de las imprevisiones legislativas (lagunas), es decir que sirvan para crear la norma que debe aplicarse al caso; c) establezcan directivas básicas a fin de mantener el equilibrio entre las partes de la relación (arg. arts.7º,10;12 y 17,LCT).”<sup>160</sup>

En cambio, expresando un criterio restricto, Tissembaum dice que el principio de la justicia social “puede influir en la interpretación del problema laboral cuando se halla expresamente enunciado; en cambio parece que su gravitación es más propia de la labor legislativa en el desarrollo de las normas consiguientes.”<sup>161</sup>

## **4.- La justicia en la Constitución Nacional<sup>162</sup>**

### **4.1.- Uno de los objetivos del Preámbulo**

“Afianzar la justicia” es uno de los objetivos contenidos en el Preámbulo de la Constitución Nacional. En esa escueta mención “no se cualifica a la justicia y se la cita como principio genérico”<sup>163</sup>, al menos en una interpretación literal e histórica. Denota, como todos los demás objetivos allí insertos, “una voluntad política- constituir la unión nacional- en torno a valores, principios y normas constitucionales.”<sup>164</sup>

Ellos obligan a los tres Poderes del Estado y a todos los estamentos de éste en cuanto al contenido de las políticas públicas que defina el Poder Legislativo, a su aplicación por el Ejecutivo o a la interpretación judicial que se haga en los casos, en especial por la CSJN.

Dichos objetivos "resumen el ideal axiológico de los constituyentes y permiten la concreción situada, en el tiempo y en el espacio, de esos valores propios del derecho natural. En particular, el objetivo de afianzar la justicia, interpretado y aplicado por la Corte Suprema en los casos particulares denotó esa raíz iusnaturalista y sirvió, también, para otorgar valor operativo al Preámbulo."<sup>165</sup>

En la Convención Constituyente de 1853 se cruzaron la líneas iusnaturalistas, una de raíz aristotélico- tomista, ligada al cristianismo, y otra racionalista, propia del liberalismo francés. Ambas reconocen un principio de justicia anterior al Estado que éste está obligado a respetar. Empero "en el Preámbulo prevaleció la liberal teísta como se advierte en la invocación a Dios que se formula", y "se dejó de lado la confesional".<sup>166</sup>

El derecho judicial inicialmente concedió sólo valor interpretativo a las cláusulas del Preámbulo. Más tarde aceptó su valor legal, en especial el del afianzar la justicia, otorgándole plena operatividad.<sup>167</sup> Se intensificaron "las obligaciones del Estado en el logro del bienestar general- interpretándolo como parte de la justicia social- a fin de que todos y cada uno de los miembros de la comunidad participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización."<sup>168</sup>

En consonancia con lo que enseñó la CSJN en los casos "Berçaziz" y "Spota" [agregamos ahora, más cercanos en el tiempo, a los casos "Vizzoti", "Aquino" y "Gentini"], "no es posible afirmar que el estándar de justicia resulte ontológicamente diferente a la idea de justicia social y, por el contrario, cabe predicar que *la justicia es un principio inmanente a toda organización en comunidad y, como tal, debe ser concebida y asegurada por todos.*"<sup>169</sup>

### **La Constitución de 1949**

En el año 1949 se introdujeron al texto de la Constitución de 1853/1860 una gran cantidad de enmiendas que hicieron en realidad una constitución nueva.

En el propio Preámbulo modificado se habla de "constituir una Nación socialmente justa [...]". Entre las principales modificaciones introducidas "figuraban la inserción de los conceptos de *justicia social*, función social de la propiedad; los derechos del trabajador y de la familia, la educación, cultura entre otros."<sup>170</sup>

Ella fue derogada el 27 de abril de 1956 por un decreto del gobierno militar que puso en vigencia la Constitución de 1853 con las reformas de 1860, 1866 y 1898, excluyéndose a la de 1949.<sup>171</sup>

#### **4.3.- La justicia social en el art.14 bis según la reforma de 1957**

La Constitución 1853-1860 desde el Preámbulo consagraba como objetivos la promoción del bienestar general, el aseguramiento de los beneficios de la libertad, y el afianzamiento de la justicia. Ellos se relacionaban con "la cláusula del progreso" que contenía el art.67 inc.16 (ahora 75 inc.18), previendo algunas competencias concurrentes de las Provincias en el art.106 (ahora art.125).<sup>172</sup>

La reforma de 1957 incluyó los derechos sociales o del trabajo y de la seguridad social. Si bien en el texto incorporado por la "parca reforma" de 1957 no hay una referencia explícita a ella, se entiende que ésta, como también la reforma de 1994, en materia social "introdujo contenidos de justicia, más allá de la manda preambular del texto originario de 'afianzar la justicia' que queda así estampada como un fin u objetivo de la comunidad política o Estado. En efecto, la revisión de 1957 al consagrar el artículo 14 bis nos habla de 'retribución justa'.<sup>173</sup>

#### **4.4.- La justicia social según la reforma constitucional de 1994**

La Constitución Nacional, según la reforma constitucional de 1994, en el art.75 -que se halla en la parte orgánica - establece las atribuciones del Congreso de la Nación. Mantiene algunas que venían del antiguo art.67 de la CN 1853-1860 y agrega otras nuevas.

El art.75 inc.19 refiere como una atribución del Congreso: "*Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores [...]*".(inciso nuevo).

La encomienda que la reforma de 1994, en el art.75 inciso 19, hace al Congreso de la Nación de "dictar leyes tendientes a lograr el 'progreso económico con justicia social'" implica que "la justicia social se ha transformado en una poderosa bandera política en nuestro tiempo. Evoca una 'idea fuerza' que no puede ser ignorada-sólo a su propio riesgo- por el operador del sistema." El derecho infraconstitucional antes de la reforma de 1994, en el art.11 de la Ley de Contrato de Trabajo estipuló "que la justicia social es uno de los principios del derecho del trabajo." "Se ha observado que 'el paso y el acento de lo individual a lo social es conquista afianzada en la doctrina del s. XX, incorporada a la teoría constitucional y al estudio

del derecho contemporáneo; una de sus consecuencias obvias es la incorporación a la idea pura de justicia – como vara de medir de la norma-, de la igualdad de oportunidades para alcanzar la equidad social y el equilibrio en el desarrollo del bienestar: todas palabras abolicionistas de privilegios."<sup>174</sup>

Al techo ideológico propio del texto 1853-1860, múltiple, "con ingredientes liberales- individualistas, cristianos tradicionales y, después de la reforma de 1957, datos propios del estado social de derecho", se le añaden con la reforma de 1994 los llamados derechos "de tercera generación" (los relacionados con la ecología y los consumidores, arts.41 y 42)<sup>175</sup> y se acentúa "el tramo social de la Constitución al mencionar expresamente *el principio de justicia social*" (art.75 inc.19).<sup>176</sup>

La reforma de 1994 dejó intactos el Preámbulo y los primeros treinta y cinco artículos; pero en la parte orgánica- la que pudo ser objeto de modificaciones- agregó nuevas normas que permiten una interpretación integral y armoniosa de ambas partes.<sup>177</sup> El modelo de constitucionalismo social limita "el margen de opciones para el régimen socioeconómico, desde que no cualquier sistema se compatibiliza ni es congruente con el estado social y democrático de derecho" que la Constitución consagra; ella es norma jurídica, es suprema, y como tal su supremacía alcanza al orden económico.<sup>178</sup>

### **Derecho al desarrollo humano**

La reforma de 1994, en la parte orgánica de la Constitución Nacional y completando disposiciones de la parte dogmática<sup>179</sup>, estableció el "*derecho al desarrollo humano*" en el art.75 inc.19, en relación con los arts.41 y 125. Puede ubicarse este derecho entre "los de la tercera generación". De ese modo se ha ampliado "la lista abierta de los clásicos derechos implícitos del art.33." Al hablarse de desarrollo humano se involucra también al "desarrollo económico y social"<sup>180</sup>, aunque el contenido semántico de la expresión sea tan amplio que resulte "imposible determinar la derivación práctica de esta disposición", y sin que se produzca ningún cambio trascendente en relación a la anterior cláusula de progreso.<sup>181</sup>

El nuevo inciso ingresa derechamente a materia económica cuando se refiere "*al progreso económico con justicia social*, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores [...]". Se entiende de este modo que "el desarrollo humano que debe encauzar toda polí-

tica del Estado no debe estar tan sólo dirigido al crecimiento económico, sino que especialmente, debe estar dirigido a lograr una mejor calidad de vida de las personas, a través de planes que fomenten la educación, la cultura, el empleo y la formación profesional de los trabajadores, la salud, la obtención de una vivienda digna, etc.”<sup>182</sup>

Fue el convencional Juan Pablo Cafiero el que propuso que “se incorpore ‘con justicia social’ después de ‘progreso económico’” pues dijo: “el progreso, en sí, no involucra la justicia social, cuyo valor es muy importante como para dejarlo escondido en los pliegues del progreso”.<sup>183</sup> De allí se desprende que “el progreso económico sólo se justifica en la medida que respete y pretenda lograr los fines del ser humano.”<sup>184</sup> Además “hay que proveer lo conducente a lograrlo para su efectiva realización”.<sup>185</sup>

En el art.75 inc.23, CN, se consagra “*el principio de igualdad sustancial*” que ya estaba implícito en el art.14 bis, siendo destinatarios de esa norma, entre otros, los trabajadores, que padecen “la doble hiposuficiencia originada en la desigualdad económica que los separa del empleador, y en la propia naturaleza del contrato de trabajo, caracterizada por la subordinación o dependencia”.<sup>186</sup> La norma constitucional obliga al Estado a concretar “medidas de acción positiva” para hacer realidad “los derechos sociales de los sujetos vulnerabilizados”, aunque desde la norma constitucional no pueda definirse “una sola orientación” para hacerlo.<sup>187</sup>

El programa social incumplido del art.14 bis de la CN ha sido consolidado y profundizado con la reforma de 1994<sup>188</sup>, aún cuando el ambiente en que se vivía en ese tiempo histórico desde la ideología, la política y la economía, estaba imbuido de Neoliberalismo y no se caracterizaba por la vigencia y actualidad de semejantes ideas- fuerzas que quedaron plasmadas en el texto constitucional que contradice esa postura jurídico- constitucional.<sup>189</sup> Es lo que Oscar Ermida Uriarte llama “contraataques protectores” pues se produce la “incorporación, aún en las más altas jerarquías normativas, de normas, mandatos y principios propios de la teoría clásica del derecho laboral.”<sup>190</sup>

La “economía social de mercado”, cuyo modelo ha instalado el constituyente en Argentina, no lo ha sido “para incrementar el costo de producción de bienes y servicios nacionales, sino, al contrario, para hacer posible ‘la prosperidad del país’ como lo prescribe el inc.18 del artículo 75 en relación con el inc.19 de ese mismo artículo”.<sup>191</sup> El constituyente de 1994 ha ratificado la vigencia del

art.14 bis y ha ampliado la riqueza normativa de la Constitución Nacional "tanto al definir los objetivos eminentes que deben tener la economía y la política laboral- como lo ha hecho en el inciso 19 del artículo 75, como cuando ha incorporado con jerarquía constitucional tratados internacionales específicos que tutelan derechos económicos, sociales y culturales de quienes realizan actividad laboral" en el inciso 22 de ese artículo.

La llamada *cláusula del nuevo progreso* se refiere al nuevo progreso social, el nuevo progreso económico y el nuevo progreso educativo y cultural. "El nuevo progreso social se manifiesta al disponer que se proveerá lo conducente al desarrollo humano, al crecimiento armónico de la Nación, al poblamiento de su territorio y a la promoción de políticas diferenciales que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de las provincias y de las regiones. Se procura así lograr el desarrollo pleno de las potencialidades humanas, proveyendo desde lo institucional el marco más adecuado para lograrlo."<sup>192</sup>

Como enseña la Doctrina Social de la Iglesia, "hay que promover el humanismo pleno, que es el desarrollo integral de todo el hombre y de todos los hombres. El desarrollo no es el simple crecimiento económico. Para ser auténtico, debe ser integral, es decir, promover a todos los hombres y a todo el hombre. Este humanismo, que procura el pleno desarrollo de las potencialidades humanas, diseñando un contexto institucional ha sido definido como el modelo de la 'democracia con justicia social' se impone como única variable para el trabajo digno, la participación comunitaria y la justicia, donde el hombre no es esclavo ni del Estado ni del mercado, sino actor y protagonista del desarrollo económico y de la justicia social".<sup>193</sup>

### **Repulsa del Estado desertor**

El Estado desertor no puede tener cabida en nuestro país cuando la Constitución Nacional obliga al Congreso en el art.75 inc.23 (denominada "cláusula de protecciones especiales o derechos reconocidos especialmente o particularmente"<sup>194</sup>), a "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución [...]".

El Estado no puede permanecer indiferente, o mantenerse como "Estado referí"<sup>195</sup>, mínimo, ajeno, ausente, máxime cuando la desigualdad de las partes en el contrato de trabajo subsiste y el

mercado por sí no puede garantizar la justicia y la solidaridad.<sup>196</sup> La gestión del bien común de la sociedad le corresponde<sup>197</sup>, y entre sus tareas se halla la de propender a que todos o la mayoría de los habitantes tenga un empleo adecuado a su capacidad.

Su tarea es "facilitar al máximo que, a través de la negociación colectiva, las condiciones de trabajo se adapten a la cambiante realidad social y, por la otra, fijar el marco jurídico que garantice el ejercicio de la libertad de personas con vocación social, que constituyen grupos que tienen una finalidad específica (en el caso, empresa), que se articula con el que le compete a la sociedad global".<sup>198</sup> Él debe "crear condiciones adecuadas; secundar y tonificar la actividad empresaria, estimularla cuando es insuficiente y sostenerla en épocas de crisis a través de oportunidades de trabajo; armonizar las acciones que se realizan desde distintos sectores; facilitar el ejercicio de la responsabilidad de personas y grupos; desarrollar una vasta red de protección social a fin de encarar situaciones especiales: prestaciones de paro, capacitación profesional, etc."<sup>199</sup>

A partir de la sanción de la reforma constitucional de 1994 varios valores que él indica, y entre ellos la *justicia social*, "integran el ideario de la Constitución Nacional. Aquí encuentra su clave de bóveda la sexta función de la Constitución: *la función transformadora*. La etapa post constitucional que compete al Congreso de la Nación sin duda ha de significar la adopción de cláusulas y principios que permitan, sin romper la legalidad constitucional, obtener determinados objetivos en lo que respecta a las relaciones políticas, económicas y sociales y a los instrumentos para el desarrollo productivo con justicia social. La jerarquía de las pautas adoptadas por la nueva Constitución significa que tales principios quedan definidos como elementos básicos de la convivencia de la comunidad, enderezados a aumentar el bienestar general, procurar la seguridad económica de los ciudadanos y salvaguardar los intereses generales del país, a compás de la modificación de las fuerzas sociales, el desarrollo cultural, los progresos técnicos y la transnacionalización de la economía. *Tenemos ahora una plataforma de lanzamiento que nuestros legisladores y nuestros jueces seguramente han de operar en sus respectivos cometidos.*"<sup>200</sup>

### **5.- El art.11, LCT, y la justicia social**

Dice ese artículo: "*Principios de interpretación y aplicación de la ley. Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las*

*normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe."*

Esta norma prevé el denominado "*principio de integración*". Éste rige en todos aquellos casos "en que se producen lagunas en el derecho positivo laboral, como insuficiencias debidas a la ausencia de una regulación, para determinadas situaciones jurídicas que obligan a una decisión judicial que complete al derecho. Cuando la ley no pueda proporcionar una solución inmediata a una cuestión jurídica por insuficiencia o por ausencia, el art. 11 recurre a leyes análogas, a los principios de la justicia social, generales del derecho de trabajo, dignidad y buena fe. El artículo no es taxativo sino enunciativo, y tampoco establece un orden de prelación. Esta función no convierte a los principios en una norma jurídica en sentido técnico, pero sí se convierte en fuente autónoma de derecho que impera al juez y le permite resolver el caso dictando una regla concreta a través de la sentencia, haciendo que el principio se vuelva operativo."<sup>201</sup>

Aunque "si bien la enunciación del principio se formula en un artículo que lleva como epígrafe "*Principios de interpretación y aplicación de la ley*", es indudable que él mismo no sólo cumple la *función de interpretación y de llenar lagunas*, sino que *informa* todo el ordenamiento jurídico laboral". "Algunos autores consideran que la justicia social es la legal o la distributiva, o ambas. Marca, sin duda, su dimensión social por oposición a la conmutativa (de carácter individual, *do ut des, fascio ut facias*), ya sea cuando el deudor es un particular o el grupo social."<sup>202</sup>

Mas "si se entendiera al concepto de 'justicia social' como equivalente al de justicia 'distributiva' no se alcanza a comprender su inclusión como directiva interpretativa e integradora dirigida al juez, puesto que el juez no distribuye nada ya que es la ley la encargada de "distribuir" y el juez de aplicar la distribución realizada por la ley. En este aspecto, la mención de la "justicia social" no tendría un efecto particular que fuera más allá del que emerge del principio del derecho más favorable al trabajador, debiendo el juez aplicar o interpretar la norma con este sentido y por tal razón parece sobreafluente su inclusión como principio aplicativo e interpretativo autónomo, distinto del principio protectorio."<sup>203</sup>

El artículo aludido se refiere a la justicia social con respecto "al método de integración del derecho en los casos de carencia de norma". Pero más allá del título del sumario del artículo,"la justicia

social, como virtud, constituye en la ley de contrato de trabajo no sólo una *referencia para la interpretación y aplicación de la norma, sino también un principio fundamental*".<sup>204</sup>

El Derecho del Trabajo tiene principios comunes "que constituyen directivas que inspiran el sentido de las normas laborales, de acuerdo con criterios distintos de los que se dan en otras ramas jurídicas. Aquéllos operan a modo de líneas fundamentales e informadoras que inspiran directamente soluciones que sirven no ya sólo para la sanción, sino también para la interpretación de la norma y para la resolución de casos concretos."

Algunos "distinguen entre principios políticos y principios jurídicos. Los primeros, contenidos en la Constitución (en nuestro caso, en el art.14 bis), integran *un programa que define la meta-polos* que deben alcanzar las normas positivas. En cambio, los jurídicos constituyen criterios formales aplicables en cualquier circunstancia de tiempo y de lugar."

### **Contenido**

La LCT no define a la justicia social. Mas "su contenido se refiere a las normas básicas que deben regir en una comunidad (de personas o de grupos dentro de un Estado, o de la vida internacional), en la que sus distintos integrantes no son meras individualidades, sino personas que interactúan entre sí y que no sólo coexisten (como los objetos), sino que conviven y, más aún, inviven. La vida social en la cual participan tiene como finalidad brindarles la posibilidad de un mejor desarrollo de su vida, no sólo en el plano de lo cuantitativo (más o menos cosas de las necesarias para el bien vivir), sino también en el de lo cualitativo (calidad de vida). Esa perspectiva está íntimamente vinculada con el *clima que brinda la comunidad* (conjunto de condiciones externas que constituyen el llamado bien común)."<sup>205</sup>

Es menester tratar de "que todos los miembros (sin exclusión de los menos o los más) puedan desplegar su existencia como seres humanos y sociales- no es concebible siquiera el hombre como ser solitario- y realizar así la difícil tarea de vivir todos juntos en paz y armonía en el disfrute de los bienes y servicios que nos son necesarios para actuar en el nivel propio de nuestra condición humana." "La norma no sólo debe tomar en cuenta solamente el interés (a veces egoísta) de una de las partes (individuo o grupo) que integra la comunidad, sino también el general, que se lesiona cuando se

viola la justicia (es decir, cuando a uno de los miembros no se le reconoce un derecho que no le ha concedido la sociedad, sino su propia naturaleza)."<sup>206</sup>

Ella "se opone a una concepción que sólo concibe intereses individuales en juego. Semejante concepción facilita el abuso de unos sobre los otros y el marginamiento, casi siempre de los más, del goce de los bienes que están puestos para el disfrute de todos los miembros de la comunidad (y no sólo de algunos) y que han sido cultivados por el conjunto social y transmitidos como herencia que reciben las sucesivas generaciones. Se trata de facilitar la vigencia de un estilo de vida que no concibe la existencia de cada hombre como ser aislado (enemigo, amigo, proveedor, dominador), sino como hermano de los otros, de acuerdo con su común naturaleza y vocación." "La relación entre los seres humanos podría caracterizarse como de *débito-crédito*. Cada cual es acreedor a que la sociedad le brinde un clima que le permita vivir en un nivel humano y participar en el goce de los bienes (no sólo económicos, sino también culturales, sociales, etc.) necesarios para desarrollar su existencia."<sup>207</sup>

Se trata de significar las exigencias de la justicia social "en la llamada sociedad industrial, con respecto a las relaciones de los trabajadores subordinados con sus empresarios".<sup>208</sup>

### **Modo de exteriorización**

Los principios del derecho del trabajo "se caracterizan por su 'amorfismo', por lo común no tienen un procedimiento técnico de exteriorización. La norma los acoge, pero no los proclama directamente; a veces lo que se enuncia es el presupuesto del principio. Su concreción en la ley puede, a veces, quitarle fecundidad; su cristalización puede llegar a congelar su función inspiradora de soluciones."<sup>209</sup>

### **Naturaleza jurídica: ¿derecho natural o derecho positivo?**

La mayor parte de los autores nacionales comparten una posición iusnaturalista, entre los que se destaca Vázquez Vialard.

Sea que la justicia social se emparente con el bien común, o que se ponga énfasis en los derechos de los trabajadores, se coincide en que la sociedad necesita "garantizar los derechos de éstos para preservar por ese medio su orden y su organicidad; con lo cual *los trabajadores vendrían a ser acreedores de algo debido por los demás, según un aspecto de la justicia social*".<sup>210</sup>

Según Justo López, “el artículo 11 de la LCT positiviza, como fuente del ordenamiento positivo estatal, el derecho natural `en cuanto se refiere a la materia regulada por ella (el contrato y la relación de trabajo) como principios de la justicia social. La expresión `social' agregada al de justicia como denominación de la virtud de reconocer el derecho de cada uno se refiere a la posición del trabajador subordinado en la sociedad industrial.’ ”<sup>211</sup>

Su positivización- dice Justo López, que en esto sigue a Martain- significa el derecho: “a) a un salario justo; b) al reconocimiento de condiciones justas o dignas de trabajo, o sea a las exigencias de carácter físico o espiritual que corresponde a la índole de la persona humana; c) al empleo, en el sentido de permanencia en él: `que asegure al hombre que su empleo le pertenece vinculado a su persona por un lazo jurídico, y que él podrá progresar su actividad operativa; d) a reconocer al trabajador como integrante de un grupo de trabajadores y los derechos de las asociaciones profesionales; e) a la abolición de las diversas formas de servidumbre, `por las cuales el hombre está al servicio de otro hombre para el bien particular de éste y como órgano de éste’, superación que puede intentarse mediante formas de cogestión, autogestión y participación en el capital y en las utilidades.”<sup>212</sup>

Se entiende por principios generales del derecho a “principios jurídicos fundamentales de validez universal y absoluta, o sea, principios de derecho natural. Pero en tanto que se hable de ellos no en un plano puramente filosófico-jurídico, sino en el de la dogmática jurídica, ha de hacerse la salvedad de que tales principios del derecho natural deben estar incorporados a la legislación positiva”.<sup>213</sup>

Implica- a juicio de Justo López- una posición filosófica o iusnaturalista que se acerca a la positivista. “Ese derecho natural es lo que el art.11 de la LCT positiviza, es decir reconoce como fuente de nuestro ordenamiento positivo estatal, en cuanto se refiere a la materia regulada por ella (el contrato y la relación de trabajo), como principios de la justicia social. En efecto, lo que en el lenguaje técnico de la filosofía del derecho se llama derecho natural (o con cualquiera otra expresión que se considere equivalente), en el lenguaje común se lo llama justicia, como regla o norma de lo que es justo.”<sup>214</sup>

La justicia social es un *principio extrapositivo* en sí mismo, aunque positivizable, y esto se hace de dos modos: **a)** por simple remisión a ella o reconocimiento (como fuente supletoria) del orde-

namiento positivo, "tal como aparece, precisamente, en el art.11; **b)** por encarnación en las disposiciones legales, tal como dice la exposición de motivos que ha ocurrido en el caso de la LCT".<sup>215</sup>

Existe una marcada relación de este principio "con las ideas de 'solidaridad social' y de 'interés social'", para que de ese modo se atenúe los rigores excesivos del derecho común.<sup>216</sup> Alude, dice Maza, "a la justicia meramente conmutativa, auspiciando, con la invocación de la justicia social, la función distributiva que también le cabe a la justicia."<sup>217</sup>

La justicia social se encuentra como principio en la cúspide del sistema, de forma que el *in dubio pro operario* se identifica con el *in dubio pro iustitia socialis*.<sup>218</sup>

Se ha dicho con razón "que los principios son normas, dado que las normas son derivaciones de los principios; de los animales se derivan animales, no flores o estrellas; además, su función es regular un caso. Una constitución es un conjunto de principios generales; dependientes en la ley y por debajo de éstos otros no legislados producto de la interpretación del juez o la doctrina."<sup>219</sup>

En conclusión, compartimos la afirmación de Maza de que "la justicia, como estándar axiológico integral, debe presidir siempre las relaciones intersubjetivas, en donde resulta imprescindible la función correctiva del Estado (ejercida de modo general merced a las leyes) y de los jueces (en forma individualizada a través de las sentencias)."<sup>220</sup>

En cambio, para otra opinión que no compartimos, el término *justicia social* "posee la dosis de oquedad suficiente para que cada uno lo llene con sus deseos concretos, llamando a estos con un nombre prestigioso". De ese modo el art.11, LCT, traduce el art.16, CC, "a un lenguaje socialmente más emotivo"<sup>221</sup>.

### **CAPÍTULO III**

#### **LA OPERATIVIDAD DEL CONCEPTO JUSTICIA SOCIAL DE LAS DECISIONES JUDICIALES NACIONALES**

##### **1.- Los casos iniciales**

Son pocas las referencias a la justicia social que se encuentran en los fallos judiciales y menos aún en relación al Derecho del Trabajo. Constatamos sin dificultad en los pocos casos que hay que ella "no actuó como fuente autónoma, ni tampoco para cubrir lagunas, sino como refuerzo de la fuente legal".<sup>222</sup>

*Algunas materias que se considera inicialmente regidas por la justicia social son las normas sobre salarios, según lo expuso la CSJN en el caso "Roldán c/Borrás", 18/6/1961<sup>223</sup>; lo mismo sucede con la validez de los salarios de continuidad de la ley 17.258 y los efectos liberatorios del pago en materia laboral.<sup>224</sup>*

Hay más referencias a la justicia social en *materia previsional* quizás porque esta materia contiene menor desarrollo respecto del derecho laboral positivo, por lo cual es menester apelar esos fundamentos, o porque la CSJN ha juzgado que "los derechos jubilatorios son socialmente más sensibles – más próximos a la justicia social que los laborales."<sup>225</sup>

También hay pronunciamientos relacionados con la justicia social en *materia impositiva* "porque los impuestos son, por definición, una concesión que los particulares deben hacer al bien común."<sup>226</sup>

### **El caso "Berçaitz"**

De la CSJN, integrada por conjueces, emanó un fallo importante al respecto en la causa "Berçaitz, Miguel Ángel s/ jubilación", el 13 de setiembre de 1974, en pleno gobierno constitucional, que se atribuye a principalmente a Arturo Sampay.<sup>227</sup>

Allí el tribunal cimero nacional refirió: "[...] el 'objetivo preeminente de la Constitución, según expresa su preámbulo, el lograr el 'bienestar general' (Fallos:278:313), lo cual significa decir *la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización.* Por tanto, tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: *in dubio pro justicia socialis.* Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el 'bienestar', esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad. Asimismo, este principio de hermenéutica *in dubio pro justicia socialis* es aplicable a la interpretación de las leyes procesales, según se debe inferir de lo que tiene resuelto esta Corte con los siguientes términos: como 'la justicia es una virtud al servicio de la verdad sustancial, ella debe siempre prevalecer sobre los excesos rituales (Fallos: 280:228). Principio que con referencia a los sectores sociales más necesitados tempranamente aplicó el tribunal – cuando integrábanlo conspicuos

constituyentes del 53- con este enunciado admirable por su sencillez: 'tratándose de personas desvalidas, es de equidad y aún de justicia apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de la ignorancia de las leyes o del descuido de su defensor (Fallos: 5: 459).'<sup>228</sup>

### **El caso "Spota"**

Años más tarde, la CSJN con otros integrantes, en el caso "Spota" del 27/7/77, dijo: "[...] debe señalarse que la materia que aquí se trata y que forma parte de los derechos y garantías enunciados en el art.14 bis de la Const. Nac. rebasa los cuadros de la justicia conmutativa que regula, sobre la base de la igualdad estricta y aritmética, las prestaciones interindividuales, para insertarse en el marco y las pautas propios de la clásicamente llamada *justicia social*, cuya primera y fundamental exigencia radica en *la obligación de quienes forman parte de una determinada comunidad de contribuir al mantenimiento y estabilidad del bien común propio de ella, sin el cual se tornan ilusorios o no alcanzan plena satisfacción los derechos y las virtualidades auténticamente humanos de los integrantes de aquélla*. En el marco de esta forma de justicia no puede hablarse con propiedad de contraprestación, porque el primordial y suficiente bien de que participa el integrante de la comunidad no es un bien particular apropiable individualmente sino un bien común, que es de todos porque es del todo comunitario de que cada uno es parte integrante. La contrapartida del deber del individuo de contribuir a la existencia y buen desarrollo del bien común de una comunidad no es necesariamente una determinada contraprestación en el sentido estricto, *sino el logro mismo de ese bien sin el cual no puede subsistir ordenadamente la comunidad de que forma parte, y es obligación elemental de todo individuo contribuir al sostén de ésta y a la adecuada y fecunda convivencia de todos sus miembros posponiendo en la medida de lo razonable, sus intereses particulares, so pena de empobrecer o hacer peligrar el bien común*".<sup>229</sup>

## **2.-Principales ideas- fuerza que surgen de los fallos judiciales iniciales**

a) Son reguladas por la justicia social las normas sobre *salarios*, los *salarios de continuidad* de la ley 17.258, los *efectos liberatorios del pago en materia laboral*, la *materia previsional* y la *materia impositiva*.

**b)** En el caso "Berçaitz" la CSJN afirma que el objetivo preambular inicial del bienestar general significa decir *la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social*.

Ensayo la CSJN una suerte de definición, o al menos descripción de su contenido actual, al decir que ella *"consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización."*

Establece que *"tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: in dubio pro justicia socialis."*

Señala cómo deben ser interpretadas las leyes en su consecuencia: *"a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el 'bienestar', esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad."*

Considera que *"este principio de hermenéutica in dubio pro justicia socialis es aplicable a la interpretación de las leyes procesales, según se debe inferir de lo que tiene resuelto esta Corte con los siguientes términos: como 'la justicia es una virtud al servicio de la verdad sustancial, ella debe siempre prevalecer sobre los excesos rituales'."*

Entiende que ese principio se ha aplicado por el alto tribunal federal *"con referencia a los sectores sociales más necesitados [...] tratándose de personas desvalidas, es de equidad y aún de justicia apartarse del rigor del derecho para reparar los efectos de la ignorancia de las leyes o del descuido de su defensor"*.

En este fallo se describe el contenido actual de la justicia social *acentuando su aspecto objetivo*, que corresponde al Derecho. Se indica que es *"la exigencia de que la convivencia humana se ordene de modo que, cualesquiera que fueren las relaciones en que el hombre, por su dimensión social, se hallare inmerso, quede siempre a salvo la posibilidad de acrecentar los valores humanos, se haga posible en todo momento el libre perfeccionamiento integral de la personal humana"*.<sup>230</sup> *"Es su objetivación, como conjunto de actos justos, como orden social justo, lo que, en verdad importa, independientemente de que tal orden social o tales actos tengan o no su origen en la virtud de la justicia."*<sup>231</sup>

**c)** En el caso "Spota" se desenvuelven otras ideas importantes. La materia que trata el fallo [previsional, superposición o multi-

plicidad de aportes] forma parte de los derechos y garantías enunciados en el art.14 bis de la Constitución Nacional y "rebaso los cuadros de la justicia conmutativa que regula, sobre la base de la igualdad estricta y aritmética, las prestaciones interindividuales, para insertarse en el marco y las pautas propios de la clásicamente llamada *justicia social*".

La primera y fundamental exigencia de la justicia social, dice el alto cuerpo, "radica en *la obligación de quienes forman parte de una determinada comunidad de contribuir al mantenimiento y estabilidad del bien común propio de ella, sin el cual se tornan ilusorios o no alcanzan plena satisfacción los derechos y las virtualidades auténticamente humanos de los integrantes de aquélla.*"

Indica la relación que existe entre la justicia social con el bien común, el "que es de todos porque es del todo comunitario de que cada uno es parte integrante."

Insiste en que "la contrapartida del deber del individuo de contribuir a la existencia y buen desarrollo del bien común de una comunidad no es necesariamente una determinada contraprestación en el sentido estricto, *sino el logro mismo de ese bien sin el cual no puede subsistir ordenadamente la comunidad de que forma parte.*"

Señala que es obligación elemental de todo individuo contribuir al sostén de la comunidad "y a la adecuada y fecunda convivencia de todos sus miembros posponiendo en la medida de lo razonable, sus intereses particulares, so pena de empobrecer o hacer peligrar el bien común".

La CSJN en este caso *utiliza el concepto de justicia social en sentido subjetivo*, esto es "en cuanto disposición o hábito del individuo", "virtud que ordena al hombre a hacer posible el libre perfeccionamiento integral de los demás."<sup>232</sup> Se aclara la incidencia del bien común y su vinculación con el principio de solidaridad.

La justicia social "se dirige a una dinamización de la solidaridad y nos hace ver que [...ella] es ciertamente *una pauta objetiva de juzgamiento de situaciones críticas y de responsabilidad en la generación de las mismas; pero es también y por lo mismo una motivación para que cada uno en la esfera de su responsabilidad, asuma el cometido de hacer comunidad*, pues es en ésta en que reside el sujeto de virtud social." "En tal sentido, estrictamente, la justicia social no es función del Estado, sino de los grupos que participan en el proceso socioeconómico y de los integrantes de esos grupos."<sup>233</sup>

### 3.- La justicia social en fallos recientes

**3.1.-** La LRT no ha tendido a la realización de la justicia social cuando ha eximido de responsabilidad civil al empleador frente al daño sufrido por el trabajador (CSJN, 11/8/2004, "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A."<sup>234</sup>). Hay aquí una referencia explícita al caso "Berçaitz". Según la CSJN el desarrollo humano y progreso económico con justicia social implican para el legislador democrático, entre otras cosas, eliminar lo que se siente como una injusticia social. Uno de los fundamentos para la declaración de la inconstitucionalidad del art.39 inc.1º de la LRT, que impide la opción por la acción civil, fue *que esa solución legislativa cerrada afecta la justicia social*. En ese señero fallo de la primavera de 2004 se pone el acento en el deber de no dañar a otro, que tiene jerarquía constitucional, art.19, CN.

Insiste en que la justicia social fue la que inspiró la reforma constitucional de 1957 que sancionó el art.14 bis de la CN; también lo hizo respecto de la nueva cláusula del progreso según la reforma constitucional de 1994.

Dice la CSJN que desarrollo humano y progreso económico con justicia social implican para el legislador democrático, entre otras cosas, eliminar lo que se siente como una injusticia social. Además, con citas de jurisprudencia internacional, afirma que la justicia social se ha jurisdiccionalizado.

Lo mismo se repite en el fallo de la CSJN, 7/3/2006, "Díaz, Timoteo F. c. Vaspia S. A"<sup>235</sup>, que considera que el art. 39 inc. 1º de la LRT, en cuanto exime de la responsabilidad civil al empleador frente al daño sufrido por el trabajador, no tiende a la realización del principio constitucional de la [justicia social](#).

Compartimos con Capón Filas ue "el análisis de la Corte es lapidario: ` la LRT no ha tendido a la realización de la [justicia social](#)[...] Antes bien; ha marchado en sentido opuesto *al agravar la desigualdad de las partes que regularmente supone la relación de trabajo* (Fallos: 181:209, 213/214; 239:80, 83 y 306:1059, 1064, considerando 8º) y, en consecuencia, formula una "preferencia legal" inválida por contraria a la [justicia social](#) (doctrina de Fallos: 264:185, 187, considerando 6º)"<sup>236</sup>.

**3.2.-** La LRT en cuanto no repara enfermedades profesionales no listadas afecta la justicia social (CSJN, 18/12/2007, "Silva, Facundo Jesús c. Unilever de Argentina S.A."<sup>237</sup>).

**3.3.-** La reparación de daños y perjuicios daños sufrido por un pescador por la construcción de la represa hidroeléctrica armoniza con la justicia social ([CSJN](#), 5/6/2007, "Ramírez, Juan C. c. Entidad Binacional Yacyretá"<sup>238</sup>).

**3.4.-** La interpretación del art.14, CN, debe hacerse desde la justicia social ([Corte Suprema de Justicia de la Nación](#), 3/5/2007, "Madorrán, Marta C. c. Administración Nac. de Aduanas"<sup>239</sup>). La CSJN recordó la doctrina del caso "Berçaitz" diciendo que: "tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: *in dubio pro justitia socialis. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el 'bienestar', esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad*".

**3.5.-** Una inteligencia sistemática de las normas provisionales debe ser acorde con los grandes objetivos de justicia social que persigue el art. 14 bis. No se puede convalidar un despojo a los pasivos privando al haber previsional de la naturaleza esencialmente sustitutiva de las remuneraciones que percibía el trabajador durante su actividad laboral (CSJN, 17/5/2005, "Sánchez, María del Carmen c. Administración Nacional de la Seguridad Social"<sup>240</sup>).

**3.6.-** La movilidad de los haberes jubilatorios debe regirse por la justicia social ([CSJN](#), 8/8/2006, "Badaro, Adolfo Valentín c. Administración Nac. de la Seguridad Social"<sup>241</sup>).

**3.7.-** La interpretación del art.14 bis de la CN, respecto a la participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas, debe interpretarse según la justicia social (CSJN, 12/8/2008, "Gentini, Jorge Mario y otros c/ Estado Nacional- Ministerio de Trabajo y Seguridad s/ part. accionariado obrero"<sup>242</sup>).

**3.8.-** El exiguo tope indemnizatorio del art.245, LCT, se opone a la equidad y a la justicia social (CNAT, Sala VII, 18/7/2007, "Ramos, Fernando H. c/ Citibank N. A."<sup>243</sup>). El tope de la indemnización por antigüedad del art.245, LCT, por exiguo e irrazonable es inconstitucional y afecta la justicia social (CNAT, sala VIII, 21/10/2005, "Cristillo, Jorge O. c/Asociación de Concesionarios de Automotores de la República Argentina y otro"<sup>244</sup>). En similar sentido se expidió la CNAT, sala VIII, 2/2/2007, "Barrabino, Julio Enrique c/Fondo de Garantía de Buenos Aires, Fo.Ga.Ba"<sup>245</sup>.

**3.9.-** La primacía de la realidad, presunción de laboralidad y la justicia social son aplicables al trabajador rural (Cámara de Apela-

ciones, Civil y Comercial, Minas y Laboral N° 2, San Luis, 31/5/2007, "Ortiz, Zoe c/ Forrajerías Avanzadas S.A. y otro"<sup>246</sup>).

**3.10.-** La ley 9688 es una ley de justicia social que confiere derecho a la indemnización por accidente *in itinere* a la viuda de un trabajador objeto de desaparición forzada (SCBA, 18/4/2007, "Cebrymsky, Ana María c/Siderca S.A."<sup>247</sup>).

**3.11.-** La actuación del sindicato es conforme a la justicia social (CNAT, Sala V, 21/2/2007, "Ferreira, Ignacio S. y otro c/ Alstom Argentina S.A."<sup>248</sup>).

**3.12.-** El despido discriminatorio de dirigente sindical contradice la justicia social (CNAT, Sala II, 25/6/2007, "Álvarez, Maximiliano y otra c/Cencosud S.A."<sup>249</sup>).

**3.13.-** El despido discriminatorio de activista sindical es contrario a la justicia social (CNAT, sala V, 24/6/2006, "Parra Vera, Máxima c/San Timoteo S.A."<sup>250</sup>). Del mismo modo se expide el Dr.Zas en CNAT, Sala V, 21/12/2006, "Arecco, Maximiliano c/ Praxair Argentina S.A."<sup>251</sup> y CNAT, SALA V, 20/12/2007: "Quispe Quispe, Néctar c/ Compañía Argentina de la Indumentaria S.A. s/ juicio sumarísimo"<sup>252</sup>.

**3.14.-** La tutela previsional de la condición del siniestrado (un gendarme por lumbociatalgia por accidente de trabajo y prolongación de tareas) debe atender al principio de justicia social que emana del propio artículo 14 bis de la C.N. (C.Fed. de Apelaciones de la Seguridad Social, Sala II, 12/6/06, "C.,S.G. c/ Gendarmería Nacional"<sup>253</sup>).

**3.15.-** La materia previsión social se funda en la justicia social (Corte Suprema de Justicia de Tucumán, Sala Laboral y Contencioso-administrativa, 24/5/2006, "Antoni De Mathus, Jorgelina c/ Gobierno de la Provincia de Tucumán"<sup>254</sup>).

**3.16.-** La protección de la mujer embarazada se adecua a la justicia social. Ella consiste en el lugar existencial seguro para todos (CNAT, sala VI, 5/5/2006, "Santamaría, Florencia I. c/ Publicidad Sarmiento S.A." y otro"<sup>255</sup>).

**3.17.-** La justicia social es un componente integrante del orden público laboral. En ella se funda el derecho que le asiste a la trabajadora de reclamar la indemnización integrativa por temporada (Cámara 1ª de Apelaciones Civil y Comercial, Mar del Plata, Sala I, 6/4/2006, "Tornari, Graciela s/incidente de revisión en Marbella SAIC"<sup>256</sup>).

**3.18.-** La negativa de la inscripción gremial de los policías en actividad contradice la justicia social (CNAT, sala VI, 15/2/2006, "Ministerio de Trabajo c/ Sindicato Único del Personal de Seguridad", del voto en disidencia del Dr. Capón Filas<sup>257</sup>).

**3.19.-** La solidaridad de los deudores laborales por aplicación del art. 705, CC, se funda en la justicia social (CNAT, en pleno, 3/2/2006, "Ramírez, María I. c/ Russo Comunicaciones", del voto del Dr. Capón Filas<sup>258</sup>).

**3.20.-** El despido arbitrario de una docente de una universidad privada exige la reparación *in natura* para adecuarse a la justicia social (Juzgado de 1ª Instancia en lo Contencioso-administrativo N°1, La Plata, 27/12/2005, "C., M. R. c/ Universidad Católica de La Plata"<sup>259</sup>).

**3.21.-** El SAC es una remuneración que debe acompañar el cálculo de la indemnización por despido y encierra el propósito de acentuar la política de justicia social (CNAT, sala VIII, 13/4/2005, "Bretaña, Juan A. c/ Escuela Superior de Hotelería S.A."<sup>260</sup>).

**3.22.-** El fraude es contrario a la justicia social. Contradican la justicia social las conductas empresariales fraudulentas como proveer servicios eventuales por interposición ilícita (Cámara de Apelaciones del Trabajo, Gral. Roca, Río Negro, 30/8/2005, "Cooperativa de Trabajo Colonia Barraquera Ltda. y Heriberto Liberati c/ Secretaría de Estado de Trabajo de la Provincia de Río Negro"<sup>261</sup>).

**3.23.-** Jubilaciones y principio de igualdad son regidos por la justicia social (CNAT en pleno, "Niglio, Domingo s/jubilación", 26/7/1978, DT 1978,886<sup>262</sup>).

Similar consideración se hace en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 23/10/1975, "Samatán, Marta E."<sup>263</sup>

#### IV.- CONCLUSIONES

**1.-** Luego del recorrido por esos fallos de tribunales nacionales o provinciales de estados diferentes al de Córdoba<sup>264</sup> concluimos:

**a.- Escasas resoluciones.** Pocas sentencias se refieren a la justicia social en el periodo de alrededor de treinta años que hemos considerado.

**b.- No actuó como fuente autónoma.** En general en tales sentencias ella no actuó como fuente autónoma, ni para cubrir lagunas de derecho o de justicia, sino como refuerzo de la fuente legal. La excepción quizás es el caso "Berçaitz" fallado por la CSJN, con conjueces, en 1974.

- c.- Conceptualización y contenido actual.** En ese caso "Berçaitz" la CSJN ha ensayado, más que una conceptualización o definición de la justicia social, una suerte de descripción de su contenido actual: *"consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización."*
- d.- Tiene categoría constitucional el principio de *in dubio pro justicia socialis*.** En el caso "Berçaitz" la CSJN refiere que tiene categoría constitucional el principio de hermenéutica jurídica: *"in dubio pro justicia socialis."* Éste implica que las leyes deben ser interpretadas *"a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el 'bienestar', esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad."* Un corolario relevante deducido de aquél es que se extiende la aplicación de ese principio a la interpretación de las leyes procesales porque *"la justicia es una virtud al servicio de la verdad sustancial, ella debe siempre prevalecer sobre los excesos rituales"*.
- e.- Relación de la justicia social con el objetivo del Preámbulo. Acentuación de aspecto objetivo. Raíces bíblicas y en la Doctrina Social de la Iglesia.** La justicia social, según la CSJN, se relaciona con el objetivo preambular inicial del bienestar general, que significa decir *"la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social."* El fallo precitado describe el contenido actual de la justicia social *acentuando su aspecto objetivo*, que corresponde al Derecho. Las referencias que la CSJN hace al bien común, justicia social o sujetos de preferente protección, tienen importantes raíces bíblicas y en la Doctrina Social de la Iglesia, que en 1974 eran suficientemente conocidas y que luego fueran más explicitadas aún por el Magisterio.
- f.- La justicia social, que forma parte de los derechos y garantías constitucionales del art.14 bis, CN, supera a la justicia conmutativa.**
- g.- Progresividad mayor en la CSJN.** Quien ha hecho progresar de mayor modo a la justicia social en la jurisprudencia

cia es la CSJN. En un movimiento descendente y persistente los tribunales inferiores han recibido en cascada los fallos del tribunal cimero federal y pocos son los que han explorado otros alcances del término.

- h.- Jurisdiccionalización de la justicia social.** Aún antes de que el término justicia social fuera incluido expresamente en la Constitución Nacional argentina y en el bloque de constitucionalidad federal como también en diversos instrumentos internacionales, ella fue jurisdiccionalizada. Se ha incorporando al bagaje de elementos jurisdiccionales aunque ello no ha sido demasiado profundizado por los tribunales inferiores, salvo contadas excepciones. Luego de esta incorporación, a ella se ha referido la CSJN y tribunales nacionales en otros fallos (vgr. caso "Aquino") pero ahora con mayor soporte en tales instrumentos internacionales que a ella refieren
- i.- Carencia de desarrollo en los fundamentos.** Son pocos los fallos que desarrollan fundamentos acerca de lo que es y el alcance que tiene la justicia social. El modelo fue el caso "Berçaitz"; lo siguen "Aquino" y "Silva" de la CSJN y de la CNAT "Parra Vera", "Antoni De Mathus" de la CSJ de Tucumán. En los demás fallos considerados sus fundamentos relacionados con ella son escasos, leves o genéricos.
- j.- Escasas citas de la Doctrina Social de la Iglesia, aunque ellas van en aumento.** El examen de los fallos que se refieren a la justicia social tienen escasas citas de la Doctrina Social de la Iglesia entendida como la enseñanza oficial de magisterio eclesial acerca de las realidades sociales a pesar de que ha sido ella la que impulsó el uso del término. Los pocos que había eran sumamente antiguos. Empero va incrementándose el uso y citas de documentos magisteriales, incluso muy recientes, de fuente pontificia, en fallos del alto tribunal de los últimos tiempos.
- k.- Principio del derecho del trabajo.** El principio de "justicia social" tiene raigambre constitucional; es supralegal y también legal. Se expresa de modo parco, genérico, con contenido indeterminado en las normas.  
La decisiones judiciales que confieren contenido a aquél, que llamamos concepto jurídico indeterminado o de textura abierta, al momento de su aplicación a los casos concre-

tos, pueden ejercer una función transformadora en cuanto ejemplo a seguir por los demás miembros de la sociedad. Él puede ser el norte de decisiones económicas, también legislativas y asimismo judiciales, a la vez punto de partida y de llegada.

Pero también puede ser plataforma de lanzamiento para nuevas y mejores decisiones judiciales a la hora de calificar y cualificar los vínculos, derechos y deberes de los trabajadores y empleadores en el contrato de trabajo y, en general, en las relaciones laborales sometidas a su consideración.

La justicia social tiene que ver con la vinculación con el bien común y con la repartición más justa de la riqueza social.

## **2.- Ensayo de un concepto o una definición, síntesis de su objeto, sujetos y alcances**

- a)** El concepto de justicia admite un doble sentido: a) idea de orden donde hay pretensiones fundadas en el derecho (natural o positivo), y b) virtud, disposición.
- b)** La justicia social puede ser entendida como una virtud individual y social (hábito moralmente bueno) que comprende el ejercicio de las demás virtudes, que ordena al bien común los actos exteriores, que regula la totalidad de la vida económica y las relaciones que en ellas se constituyen, relaciones de capital y trabajo, la distribución de la renta y la riqueza entre las clases sociales, capitalista y trabajadora, para que ésta se haga equitativamente, a fin de conseguir el bien común. Está ligada al bien común y al ejercicio de la autoridad.
- c)** La sociedad asegura la justicia social cuando realiza las condiciones que permiten a las asociaciones y a cada uno conseguir lo que les es debido según su naturaleza y su vocación, esto es el bien común. Además la justicia es un valor que acompaña al ejercicio de la correspondiente virtud moral cardinal.

Según su clásica formulación ella "consiste en la constante y firme voluntad de dar a Dios y al prójimo lo que es debido". Desde el punto de vista subjetivo, la justicia se traduce en la actitud determinada por la voluntad de reconocer al otro como persona, mientras que desde el punto de vista

objetivo, constituye el criterio determinante de la moralidad en el ámbito intersubjetivo y social", según expresa el CDSI.

Para el Magisterio de la Iglesia, la justicia social "representa un verdadero y propio desarrollo de la justicia general, reguladora de las relaciones sociales según el criterio de la observancia de la ley. La justicia social es una exigencia vinculada con la cuestión social, que hoy se manifiesta con una dimensión mundial; concierne a los aspectos sociales, políticos y económicos y, sobre todo, a la dimensión estructural de los problemas y las soluciones correspondientes", nos dice el CDSI.

Si la justicia, cualquiera sea su adjetivación, es una virtud, debe llevar consigo un aporte de perfección ontológica que aumente personal y comunitariamente la libertad.

El concepto de justicia social puede tener a veces un contenido estático, pues suena a cosa hecha, o uno dinámico, una cosa por hacer; puede significar "una concepción dinámica del derecho y de la justicia como 'postulado de cambio social'".

- d)** Discrepan los autores acerca de si la justicia social es la justicia legal de la tríada aristotélico-tomista o una nueva forma de justicia no contenida en aquélla. La mayoría de los autores la entiende como la justicia general aplicada al caso de la sociedad económica, distinta de la sociedad política.

También puede ser usada la expresión justicia social a fin de designar la norma objetiva suprema que se impone a toda actividad económica y social.

- e)** Nació en el contexto de los grandes conflictos entre capital y trabajo en la sociedad industrial y alude a las exigencias debidas a toda una clase social, la clase obrera. La positividad del conflicto se reconoce cuando se configura como «lucha por la justicia social», LE, 11-15.
- f)** El principio de "justicia social" tiene raigambre constitucional; es supralegal y también legal. Ella es principio del derecho del trabajo y, entre otras funciones, tiene contenido normativo. Prohíbe que una clase excluya a otra de la participación de los beneficios de la vida social.

- g)** Obliga con deberes tanto a los capitalistas y a los trabajadores. Significa que las personas tienen una obligación de ser participantes activos y productivos en la vida de la sociedad y que la sociedad tiene el deber de permitirles participar de este modo.
- h)** Su sujeto primario no es el individuo sino el grupo; ella no piensa en primer término en relaciones interindividuales, sino en relaciones colectivas o sociales.  
Se es más responsable de la justicia social en tanto se tiene a su cargo la actividad productiva, sea de modo directivo o ejecutivo, o también el cuidado de la comunidad.
- i)** La justicia social sólo puede ser conseguida sobre la base del respeto de la dignidad trascendente del hombre.
- j)** La relación de la justicia social con la democracia es directa e inmediata; tan es así que no puede haber democracia política verdadera y estable sin justicia social.
- k)** La primera misión de la justicia social es inspirar a la legislación positiva necesaria para que el sistema de la propiedad privada, que no es absoluta en el pensamiento social cristiano, se desarrolle conforme a las exigencias del bien común y de la universal distribución de los bienes.
- l)** Si una sociedad más justa significa primeramente una sociedad de personas justas, su instauración pasa primero por el cambio de los corazones y luego por el cambio de las estructuras, pues el hombre de corazón nuevo hace nuevas las estructuras.<sup>265</sup>

Sea que se empariente con el bien común, o que se ponga énfasis en los derechos de los trabajadores, cabe coincidir en que la sociedad necesita garantizar los derechos de los trabajadores para preservar por ese medio su orden y su organicidad. De ese modo los trabajadores vienen a ser acreedores de algo debido por los demás.

Ella sirve para la dinamizar la solidaridad; es ciertamente una pauta objetiva de juzgamiento de situaciones críticas y de responsabilidad en la generación de las mismas.

Es también y por lo mismo una motivación para que cada uno en la esfera de su responsabilidad, asuma el cometido de hacer comunidad, sujeto de virtud social.

## NOTAS

- 1 ARISTÓTELES, "Ética a Nicómaco", 1.V, citado por MORÓN ALCAIN, Eduardo, *La justicia social. Su naturaleza y especificidad, Separata de Persona, Sociedad y Derecho. Temas actuales de Filosofía Jurídica y Política*, Ediciones del Copista, Córdoba, s/d, p.236.
- 2 SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, Tomo XI, II-II, cuestión LVIII, a.1, Club de Lectores, Buenos Aires, 1987, p.116 y sgtes.
- 3 RODRÍGUEZ DE YURRE, Gregorio, "La justicia", en *Instituto Social León XIII- Curso de Doctrina Social de la Iglesia*, B. A. C., Madrid, 1967, p.209.
- 4 VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, "Teoría general del derecho del trabajo", en *Tratado de Derecho del Trabajo*, VÁZQUEZ VIALARD (dir.), Astrea, Buenos Aires, 1982, T. 2, p.141, con diversas citas.
- 5 MORÓN ALCAIN, ob.cit., p.236.
- 6 SOLER MIRALLES, "La justicia social", en Casares y otros, "La justicia", p.91, citado por PODETTI, Humberto A., "La política social", en *Tratado de Derecho del Trabajo*, VÁZQUEZ VIALARD (dir.), Astrea, Buenos Aires, 1982, T.1, p.413.
- 7 Ídem nota anterior.
- 8 Ibídem.
- 9 CARNOTA, Walter F., "El artículo 14 bis a la luz de la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: homenaje y balance", en *Suplemento La Ley Constitucional*, diciembre de 2007, p. 32.
- 10 Citado por PODETTI, Humberto A., "La política social", en *Tratado de Derecho del Trabajo*, VÁZQUEZ VIALARD (dir.), Astrea, Buenos Aires, 1982, T.1, p.409. La primera edición de la obra del italiano es de 1840.
- 11 CALVEZ, Jean Yves- PERRIN, Jacques, *Eglise et société économique*, Aubier, París, 1959, p.543, citado por MORÓN ALCAIN, ob.cit., p.236.
- 12 PODETTI, *La política social*, cit., p.409, con cita del *Pogetto di costituzione secondo la giustizia sociale*, Milano, 1848.
- 13 RODRÍGUEZ DE YURRE, ob.cit., p.209.
- 14 CALVEZ, Jean Yves - PERRIN, Jacques, *Eglise et société économique*, cit., p.543, citado por MORÓN ALCAIN, p.236. La obra de TAPARELLI, Luigi, es *Saggio teoretico de diritto naturale*, Civiltta católica, Toma, 1900, disertaz.2º, cap.III, citado por MORÓN ALCAIN, ob.cit.
- 15 RODRÍGUEZ DE YURRE, ob.cit., p.209.
- 16 Ídem nota anterior.
- 17 CAMACHO LARAÑA, Ildefonso, *Doctrina Social de la Iglesia. Quince claves para su comprensión*, Desclee de Brouwer, Bilbao, 2000, p.222.
- 18 CALVEZ, Jean Yves-PERRIN, Jacques, *Iglesia y sociedad económica. La enseñanza social de los Papas de León XIII a Juan XXIII (1878-1963)*, 1ª edición española, El Mensajero del Corazón de Jesús, Bilbao, 1959, p.191.
- 19 Ídem nota anterior.
- 20 PODETTI, *La política social*, ob.cit., T.1, p.409.
- 21 PALUMBO, Carmelo E., *Guía para el estudio sistemático de la Doctrina Social de la Iglesia*, EDUCA, Buenos Aires, 1987, T. I., p.72.
- 22 Carta del Cardenal Gasparri a M. Duthoit, 7 de julio de 1928, citada por CALVEZ- PERRIN, ob. cit., p.208.
- 23 VÁZQUEZ VIALARD, *Teoría general del derecho del trabajo*, ob.cit., 1982, T. II, p.141, con diversas citas.

- 24 PODETTI, *La política social*, ob.cit. T.1, p.409, con citas de UTZ, Arthur F., *Ética social*, T. I, p.241 que hace una reseña del uso del concepto de justicia social.
- 25 RODRÍGUEZ DE YURRE, ob. cit., p.210.
- 26 Véase un resumen de la historia del término entre los autores del siglo XIX y comienzos del XX en CALVEZ-PERRIN, *Iglesia y sociedad económica*, ob.cit., p.205 y sgtes.
- 27 RODRÍGUEZ DE YURRE, ob. cit., p.210.
- 28 IBÁÑEZ, LANGLOIS, José Miguel, *Doctrina Social de la Iglesia*, 2ª edición, Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile, 1988, p.192.
- 29 Ídem nota anterior.
- 30 CAMACHO LARAÑA, *Doctrina Social de la Iglesia. Quince claves...cit.*, p.221.
- 31 Ídem nota anterior.
- 32 CAMACHO LARAÑA, *Doctrina Social de la Iglesia. Quince claves...cit.*, p.223.
- 33 Íbidem.
- 34 CAMACHO LARAÑA, *Doctrina Social de la Iglesia...cit.*, p.224.
- 35 VÁZQUEZ VIALARD, *Teoría general del derecho del trabajo*, ob.cit., T.II, p.141, con diversas citas.
- 36 RODRÍGUEZ DE YURRE, ob.cit., p.217/218.
- 37 Ídem nota anterior.
- 38 RODRÍGUEZ DE YURRE, ob.cit., p.218.
- 39 CALVEZ-PERRIN, ob.cit., p.209.
- 40 CALVEZ-PERRIN, ob.cit., p.214.
- 41 VÁZQUEZ VIALARD, *Teoría general del derecho del trabajo*, ob.cit., p.141, con diversas citas.
- 42 CALVEZ-PERRIN, ob.cit., p.212, con cita del discurso de Pío XII del 28 de marzo de 1937.
- 43 Ídem nota anterior.
- 44 CALVEZ-PERRIN, ob.cit., p.209.
- 45 CALVEZ-PERRIN, ob.cit., p.212.
- 46 Discurso a la Acción Católica italiana, 7 de setiembre de 1947, citado por CALVEZ-PERRIN, ob.cit., p.211.
- 47 CALVEZ-PERRIN, ob.cit., p.210.
- 48 Carta *Dilecti filii* a los obispos alemanes, 18 de octubre de 1949, según cita de CALVEZ-PERRIN, ob.cit., p.210.
- 49 CALVEZ-PERRIN, ob.cit., p.213, con cita de la alocución al Congreso de la Unión Europea de Contables, 10/10/1953.
- 50 CAMACHO LARAÑA, *Doctrina Social de la Iglesia...cit.*, p.225.
- 51 CALVEZ-PERRIN, ob.cit., p.214/215.
- 52 CALVEZ-PERRIN, ob.cit., p.215.
- 53 CALVEZ-PERRIN, ob.cit., p.216.
- 54 CAMACHO LARAÑA, *Doctrina Social de la Iglesia...cit.*, p.221.
- 55 PONTIFICIO CONSEJO JUSTICIA Y PAZ, *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, Conferencia Episcopal Argentina, Buenos Aires, 2005, p.138/139.
- 56 CALVEZ-PERRIN, ob.cit., p.214.
- 57 CALVEZ-PERRIN, ob.cit., p.210.
- 58 CALVEZ-PERRIN, ob.cit., p.213, con cita de la alocución al Congreso de la Unión Europea de Contables, 10/10/1953.
- 59 CALVEZ-PERRIN, ob.cit., p.214.
- 60 LAJE, Enrique J., S. J. "La justicia social" en *El hombre y la sociedad contemporánea*, Vol. IX, UCA, Buenos Aires, 1991, p.163.

- 61 LAJE, ob.cit., p.164.  
62 PALUMBO, ob.cit., p.71.  
63 DEL VECCHIO, Giorgio, *La Justicia*, p.40, Depalma, Buenos Aires, 1952, citado por PODETTI, *La política social*, cit., T.1, p.409.  
64 MAZA, Miguel Ángel, "Principio de justicia social" en *Tratado de Derecho del Trabajo*, ACKERMAN (Dir.), TOSCA (Coord.), Rubinzal- Culzoni, Santa Fe,T-I, 2005, p.401y sgtes.  
65 CARNOTA, *El artículo 14 bis a la luz de la jurisprudencia actual de la Corte...cit.*  
66 CAPÓN FILAS, Rodolfo, *El nuevo derecho sindical argentino, segunda edición revisada y actualizada*, Librería Editora Platense, La Plata, 1993, p.36. con cita la *Summa Theologiae*, II-II, q.58, art.10.  
67 Ver SECO, Ricardo Francisco, *Trabajadores y derechos. La participación de los trabajadores en la empresa desde el derecho del trabajo y la Doctrina Social de la Iglesia*, EDUCC, Córdoba, 2005, p.39 y SECO, Ricardo Francisco, *Elementos de Doctrina Social de la Iglesia*, Alveroni, Córdoba, 1997.  
68 MORÓN ALCAIN, ob.cit., p.238.  
69 Ídem nota anterior.  
70 MORÓN ALCAIN, ob.cit., p.238  
71 RODRÍGUEZ DE YURRE, Gregorio, "La justicia", en *Instituto Social León XIII- Curso de Doctrina Social de la Iglesia*, B.A.C., Madrid, 1967, p.210.  
72 MAZA Miguel Ángel, "Los principios en el derecho del trabajo", en *Tratado de Derecho del Trabajo*, ACKERMAN (Dir.), Tosca(Coord.), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, T. I, 2005, p.402.  
73 UTZ, Ética social, p.47 y sgtes., citado por PODETTI, *La política social*, cit., T.1, p.410.  
74 LAJE, ob.cit., p.161/162. Ver SECO, *Elementos de Doctrina Social de la Iglesia...*, cit., p.333.  
75 Ídem nota anterior.  
76 Ibídem.  
77 RODRÍGUEZ DE YURRE, ob.cit., p.215.  
78 RODRÍGUEZ DE YURRE, ob.cit., p.218.  
79 RODRÍGUEZ DE YURRE, ob.cit., p.219.  
80 Ídem nota anterior.  
81 RODRÍGUEZ DE YURRE, ob.cit., p.220.  
82 RODRÍGUEZ DE YURRE, ob.cit., p.221.  
83 Ídem nota anterior, ob.cit., p.221.  
84 Ídem nota anterior.  
85 Ibídem.  
86 RODRÍGUEZ DE YURRE, ob.cit., p.222.  
87 Ídem nota anterior.  
88 RODRÍGUEZ DE YURRE, ob.cit., p.223.  
89 LAJE, ob.cit. con cita de Bigo.  
90 IBÁÑEZ, LANGLOIS, ob. cit.  
91 Ídem nota anterior.  
92 MIRABELLA, Miguel Ángel, "La justicia social, perfección de la solidaridad", en *La Doctrina Social de la Iglesia, Actas del Congreso sobre Doctrina Social de la Iglesia y la realidad contemporánea*, Universidad de Mendoza, Editorial Idearium, Mendoza, 1982, p.127.  
93 IBÁÑEZ, LANGLOIS, ob.cit., p.193, con cita de *Octogésima Adveniens*, 43-45.  
94 PALUMBO, ob.cit. p.74.

- 95 LÓPEZ, Justo, conferencia en el Instituto de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCA, citada por PODETTI, *La política social*, cit., T.1, p.410.
- 96 PODETTI, *La política social*, cit., T.1, p.411, con cita de MOIX MARTÍNEZ, Dike, p.643 y p.620, nota 958.
- 97 COZZOLI, M., "Justicia" en *Nuevo Diccionario de Teología Moral*, directores F. Compagnoni, G. Piana, S. Privitera y M. Vidal, Ediciones Paulinas, Madrid, 1992, p.975.
- 98 Ídem nota anterior.
- 99 CASAS, Gustavo, *Ética General*, EDUCC, Córdoba, 2004, p.346/347, con cita de CALVEZ-PERRIN, "Iglesia y sociedad económica", p.214.
- 100 LAJE, ob.cit., p.157.
- 101 RODRÍGUEZ DE YURRE, Gregorio, "La justicia", en *Instituto Social León XIII- Curso de Doctrina Social de la Iglesia*, B.A.C., Madrid, 1967, p.211, sintetizando el pensamiento de DONAT Y GANDÍA.
- 102 RODRÍGUEZ DE YURRE, ob.cit., p.210.
- 103 RODRÍGUEZ DE YURRE, ob.cit., p.211/212.
- 104 RODRÍGUEZ DE YURRE, ob.cit., p.213, con cita de MESSNER, artículo *Soziale Gerechtigkeit: Staatslexikon* (Herder, Freiburg in Br.).
- 105 MORÓN ALCAIN, ob.cit., p.236.
- 106 MORÓN ALCAIN, ob.cit., p.247.
- 107 MESSNER, cit. 499, citado por MORÓN ALCAIN, ídem nota anterior.
- 108 UTZ, Arthur F., p.251, citado por MORÓN ALCAIN, ob.cit.
- 109 MONZEL, N., "Doctrina social", t.2º, Herder, Barcelona, 1972, p.477, citado por MORÓN ALCAIN, ob.cit.
- 110 Ibídem.
- 111 MORÓN ALCAIN, ob.cit., p.248/249.
- 112 MORÓN ALCAIN, ob.cit., p.249.
- 113 Ídem nota anterior.
- 114 Ibídem.
- 115 MORÓN ALCAIN, ob.cit., p.249/250.
- 116 MORÓN ALCAIN, ob.cit., p.252.
- 117 MORÓN ALCAIN, ob.cit., p.252/253. con cita de CLAVEZ-PERRIN, ob.cit., p.548.
- 118 MORÓN ALCAIN, ob.cit., p.253.
- 119 Ídem nota anterior con cita de MESSNER.
- 120 Ibídem.
- 121 MORÓN ALCAIN, ob.cit., p.253. con cita de MILLÁN PUELLES, Antonio.
- 122 MORÓN ALCAIN, ob.cit., p.254, con cita de MARITAIN, Jacques, *La persona y el bien común*, Dedebec, Buenos Aires, 1948, p.57/58.
- 123 MORÓN ALCAIN, ob.cit., p.254/255.
- 124 MAZA Miguel Ángel, "Los principios en el derecho del trabajo", en *Tratado de Derecho del Trabajo*, ACKERMAN (Dir.), Tosca(Coord.), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, T. I, 2005, p.403, con cita de MACHIAVELO, Nicolo, *El Príncipe*, Alianza Editorial, Madrid, 1992.
- 125 VON HAYEK, Friedrich A., *La justicia social, una Fata Morgana*, en "Ideas sobre la libertad", Buenos Aires, 1978, año XX, nº 36, p.47 y LANNES, Sophie y AFTALIÓN, Florín, *Friedrich Hayek o la ruta de la libertad (II)*, en *La Nación*, 7/1/81.
- 126 VON HAYEK, Friedrich A., "Temas de la hora actual", ed. de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, 1978, p.44/45, citados por RUBINSTEIN, Santiago J., *Fundamentos del derecho laboral*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p.23.
- 127 BENEGAS LYNCH (h.), Alberto, "La justicia social como antítesis de la justicia social", citado por CARNOTA, ob.cit.

- 128 CARNOTA, *El artículo 14 bis a la luz de la jurisprudencia actual de la Corte Suprema...cit.*
- 129 Según reporta *La Nación* del viernes 25 de noviembre de 1977, p.32,
- 130 HAYEK, Friedrich A., "Nuevos estudios en filosofía, política economía e historia de las ideas", Eudeba, Buenos Aires, 1981, p. 51/52, citados por RUBINSTEIN, Santiago J., *Fundamentos del derecho laboral*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p.23/24.
- 131 Citado por RUBINSTEIN, Santiago J., *Fundamentos del derecho laboral*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p.23/24.
- 132 PELLEGRINI, Vicente, S. J., *La justicia social, a pesar de Hayek*, en CIAS N° 26, p.15
- 133 BERGOGLIO, Jorge Mario, *Bergoglio advirtió sobre industria del descarte llamada esclavitud*, Buenos Aires, 27 Set. 08 (AICA), al cerrar la XI Jornada Arquidiocesana de Pastoral Social, en Colegio San Cayetano del barrio porteño de Liniers.
- 134 HESAYNE, Miguel Esteban, *obispo emérito de Viedma* en <http://www.aica.org.ar>, consultada el 19 de noviembre de 2008.
- 135 Algunos por su ratificación legislativa y otros porque gran parte de la doctrina los considera *ius cogens* por contener derechos humanos.
- 136 Constitución que con diversas reformas ha sido aprobada por la República Argentina, ver *Legislación Laboral 2001*, La Ley, Buenos Aires, T.1, p.9 y sgtes.
- 137 PODETTI, *La política social*, ob.cit., T.1, p.409.
- 138 FUENTES PUELMA, Carlos, "La flexibilidad normativa laboral y su relación con la pequeña y mediana empresa latinoamericana", en rev. *Relaciones Laborales y Seguridad Social*, Año I, N° 8, enero de 1996, p.1129.
- 139 KROTOSCHIN, Ernesto, "Tratado práctico de Derecho del Trabajo", Depalma, Buenos Aires, 1977, t.I, p.9, citado por MAZA Miguel Ángel, "Los principios en el derecho del trabajo", en *Tratado de Derecho del Trabajo*, ACKERMAN(Dir.), TOSCA (Coord.), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, T.I, 2005, p.406.
- 140 V. VALTICOS, NICOLÁS, "Droit International du travail", en *Traité de Droit du travail* (G.H. Camerlynck, director), París, Dalloz, 1970, t. 8, pp. 126/129, citado por GIALDINO, Rolando, *Dignidad, justicia social, principio de progresividad y núcleo duro interno. Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho del Trabajo y al de la Seguridad Social, s/d*, en *Red Catorce Bis*, BARRERA NICHOLSON(Coord.).
- 141 CALDERA, Rafael, *Derecho del Trabajo*, Ateneo, Buenos Aires, 1979, p. 58/60, citado por RUBINSTEIN, Santiago J., *Fundamentos del derecho laboral*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p.28.
- 142 Reformada por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos, Protocolo de Buenos Aires, suscrito el 27 de febrero de 1967, en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria, por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos "Protocolo de Cartagena de Indias", aprobado el 5 de diciembre de 1985, en el decimocuarto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos "Protocolo de Washington", aprobado el 14 de diciembre de 1992, en el decimosexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General, y por el Protocolo de Reformas a la Carta de la Organización de los Estados Americanos "Protocolo de Managua", adoptado el 10 de junio de 1993,

- en el decimonoveno período extraordinario de sesiones de la Asamblea General. Ver <http://www.oas.org>, consultada el 13 de octubre de 2008.
- 143 *Legislación Laboral* 2001, La Ley, Buenos Aires, T.1, p.37.
- 144 *Legislación Laboral* 2001, La Ley, Buenos Aires, T.1, p.69.
- 145 GIALDINO, Rolando, *La pobreza extrema como violación del derecho (I)*, 2003, en *Red Catorce Bis*.
- 146 Ídem nota anterior con cita de GIALDINO, Rolando E., "Economía y Moral", en *El Derecho*, t. 159, p. 1070; y "Los pobres y la justicia social", en *El Derecho*, t. 171, p. 1034.
- 147 GONZÁLEZ, Graciela, *Los convenios de O.I.T. relativos a los Derechos Fundamentales del Trabajo y su aplicación en el derecho laboral argentino. La internacionalización del Derecho del Trabajo, DT -2004* (mayo), 598.
- 148 CAPÓN FILAS, Rodolfo E., *Ciudadanos en la ciudad, ciudadanos en la empresa*, Sup. Especial La Ley 2004 (setiembre), comentando el fallo de la CSJN del 21/9/2004, "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A."
- 149 LÓPEZ, Justo, en LÓPEZ, CENTENO y FERNÁNDEZ MADRID, *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1977, T. I, p.113.
- 150 LÓPEZ, en LÓPEZ, CENTENO Y FERNÁNDEZ MADRID, *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, ob.cit., T.I, p.114, con cita de Krotoschin, E., "Tendencias actuales del derecho del trabajo", Buenos Aires, 1959, ps. 33/39.
- 151 MAZA, Los principios en el derecho del trabajo", ob.cit., p.404.
- 152 MAZA, ob.cit., p.405, con cita de PODETTI.
- 153 VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *comentario al art.11, en Ley de Contrato de Trabajo Comentada y Concordada*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2005, T.I, p.180/181 y ss.
- 154 Ídem nota anterior.
- 155 VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, "Teoría general del derecho del trabajo", en *Tratado de Derecho del Trabajo*, VÁZQUEZ VIALARD(dir.), Astrea, Buenos Aires, 1982, T. II, p.159 y 163.
- 156 TOSTO, Gabriel, "Principios y reglas en el derecho del trabajo. Criterios de identificación y su incidencia en el sistema de fuentes", en *Principios y reglas en el contrato de trabajo y en el derecho colectivo del trabajo, Estudios de Derecho Práctico Laboral 3*, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2007, p.39.
- 157 RAMÍREZ BOSCO, Luis Ernesto, comentario al art.11 en *LCT comentada, anotada y concordada*, RODRÍGUEZ MANCINI (Dir.),BARILARO(Coord.), La Ley, Buenos Aires, 2006, T.I.,p.480.
- 158 TOSTO, *Principios y reglas en el derecho del trabajo...cit.*
- 159 VÁZQUEZ VIALARD, comentario al art.11, en *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, cit., T.I, p.180/181 y ss.
- 160 VÁZQUEZ VIALARD, *comentario al art.11, en Ley de Contrato de Trabajo Comentada...cit*, T.I, p.179 y ss.
- 161 TISSEMBAUM, Mariano, "La constitucionalización del Derecho del Trabajo, su codificación, fuentes e interpretación", en *Tratado de Derecho del Trabajo*, DEVEALI (Dir.), 2ª edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, Tomo I, p.548.
- 162 MAZA, *Los principios en el derecho del trabajo*, cit., T.I, 2005, p.405, cita y transcribe el pensamiento de ALBERDI, Juan Bautista, *Fragmen-*

- to preliminar al estudio del Derecho, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, p.80, obra escrita en 1837, que sirve de antecedente de las "Bases".
- 163 MAZA, *Los principios en el derecho del trabajo*, cit., T.I,2005, p.406, con cita de BIDART CAMPOS, Germán J., "Filosofía del Derecho Constitucional", Ediar, Buenos Aires, 1976, y del "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino", Ediar, Buenos Aires, 2000, T.I-A, ps.324 y ss
- 164 GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada*, 3ª edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires,2005, p.4.
- 165 Ídem nota anterior.
- 166 Ibídem.
- 167 GELLI, ob.cit., p.5.
- 168 GELLI, ob.cit., p.7.
- 169 MAZA, *Los principios en el derecho del trabajo*, cit., p.406.
- 170 BONABOTTA, Guillermo F., *Sobre la inconstitucionalidad de los topes indemnizatorios. La doctrina "Vizzoti"*, DJ 2004-3, 998.
- 171 ZARAZAGA, Luis Maximiliano, "La discusión de los derechos sociales en la Constituyente de 1957", en Cuadernos del Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, "P. Alberto Hurtado, S. J.", 2, 50 Aniversario del artículo 14 bis de la Constitución nacional. Reflexiones desde el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, SECO, Ricardo Francisco (ed.), EDUCC, Córdoba, 2008, p.25.
- 172 BIDART CAMPOS, *El constitucionalismo social (Esbozo del modo...cit.*
- 173 CARNOTA, *El artículo 14 bis a la luz de la jurisprudencia actual de la Corte Suprema...cit.*
- 174 CARNOTA, *El artículo 14 bis a la luz de la jurisprudencia actual...cit.*, con cita de PALACIOS ALCOCER, Mariano, "El régimen de garantías sociales en el constitucionalismo mexicano", México, D.F., 1995, p.62.
- 175 Se aclara que también la teoría de las generaciones de los derechos humanos es motivo de crítica como la que hace RABOSSO, Eduardo, "Las generaciones de derechos humanos: la teoría y el cliché", Lecciones y Ensayos N° 69-71(1997-8), citado por BRARDINELLI, Rodolfo Luis, *Derechos humanos. Alcance del concepto y nuevos reclamos*, en CIAS, N° 523, quien, a su vez, resume las razones de tal crítica.
- 176 SAGÜES, Néstor P., "Constitución de la Nación Argentina", Buenos Aires, Astrea, 1994, p.29, citado por MOONEY, Alfredo E., "La reforma constitucional de 1994. Contenido y perspectiva", Córdoba, Atenea,1994,p.339; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Los nuevos derechos: ¿meras declaraciones o derechos operativos". La cuestión frente a la reforma constitucional. El rol de los jueces", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario 7, Derecho Privado en la reforma constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 1996, p.87; BIDART CAMPOS, *El constitucionalismo social (Esbozo del modo socioeconómico...cit.*
- 177 BIDART CAMPOS, *El constitucionalismo social (Esbozo del modo socioeconómico...cit.*
- 178 Ídem nota anterior.
- 179 SABSAY, Daniel A.- ONAINDIA, José M., *La Constitución de los argentinos*, 2ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, Errepar, 1995, p.64.
- 180 BIDART CAMPOS, *El constitucionalismo social (Esbozo del modo socioeconómico...cit.*
- 181 SABSAY- ONAINDIA, ob.cit.

- 182 GÓMEZ, Claudio Daniel, *Constitución de la Nación Argentina Comentada, concordada y anotada*, Editorial Mediterránea, Córdoba, 2007, p.596.
- 183 GÓMEZ, ob.cit., con cita del Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1994, T. IV, p.3830.
- 184 Ídem nota anterior.
- 185 BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de la Constitución Reformada*, Tomo I, EDIAR, Buenos Aires, 1996, T. II, p.331.
- 186 GIANIBELLI - ZAS, *Estado social en Argentina...cit.*, p.159.
- 187 Ídem nota anterior.
- 188 Ibídem.
- 189 BIDART CAMPOS, Germán J, "La constitución económica (un esbozo desde el derecho constitucional argentino)", *LexisNexis Jurisprudencia Argentina*, 5 de julio de 2002, JA 2002-II, fascículo n.10,p.2.
- 190 FUENTES PUELMA, Carlos, "La flexibilidad normativa laboral y su relación con la pequeña y mediana empresa latinoamericana", rev. *Relaciones Laborales y Seguridad Social*, Año I, N° 8, enero de 1996, p.1129, citando a URIARTE, Oscar Ermida, en AA. VV. *Experiencias de flexibilidad normativa*, Universidad Nacional Andrés Bello, Chile, 1992, p.29 a 54.
- 191 QUIROGA LAVIÉ, Humberto, "Inconstitucionalidad del régimen legal sobre reparación de daños por el riesgo del trabajo", *Revista de Derecho Laboral, 2002-1, Ley de Riesgos del Trabajo- II*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, p.45.
- 192 DROMI -MENEM, ob.cit., p.245.
- 193 Ídem nota anterior.
- 194 DROMI, Roberto- MENEM, Eduardo, *La Constitución reformada. Comentada, interpretada y concordada*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, p.260.
- 195 Decía del Estado liberal el extinto profesor Dr. Alfredo Mooney en sus clases en la Facultad de Derecho de la UCC a fines de los setenta.
- 196 Ver Juan Pablo II, encíclica *Centesimus Annus*, 15 y 48, de 1991; CA-TECISMO DE LA IGLESIA CATÓLICA,1883;1884 y 1885, y CSJN, caso "Vizzoti".
- 197 VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, "Ayer, hoy y mañana en el derecho del trabajo", en *Relaciones Laborales y Seguridad Social*, Año I, N° 1, Buenos Aires, Interoceánica S.A., marzo de 1995, Separata.
- 198 Ídem nota anterior.
- 199 Ibídem.
- 200 MASNATTA, Héctor, "Interpretación de la Constitución", LA LEY, 1994-D, 1113.
- 201 POCLAVA LA FUENTE, Juan Carlos- GONZÁLEZ (h.), Ricardo Oscar, comentario al art.11 de la LCT, *DT on line*, consultado el 30 de diciembre de 2008.
- 202 VÁZQUEZ VIALARD, comentario al art.11, en *Ley de Contrato de Trabajo Comentada...cit.*, T. I, p.180/181 y ss.
- 203 ETALA, Carlos Alberto, comentario al art.11 de la LCT, *DT on line*, consultado el 30 de diciembre de 2008.
- 204 VÁZQUEZ VIALARD, *Teoría general del derecho del trabajo*, cit., T. II, p.141.
- 205 VÁZQUEZ VIALARD, comentario al art.11, en *Ley de Contrato de Trabajo Comentada...cit.*, T.I, p.181/182 y ss.
- 206 Ídem nota anterior.
- 207 VÁZQUEZ VIALARD, comentario al art.11, en *Ley de Contrato de Trabajo Comentada...cit.*, T.I, p.182 y ss.

- 208 LÓPEZ, Justo, *LCT comentada*, T.I. p.113, citada por RAMÍREZ BOSCO, comentario al art.11 en *LCT comentada*, anotada y concordada, cit., T. I., p.482.
- 209 Ídem nota anterior.
- 210 RAMÍREZ BOSCO, cit. en nota anterior.
- 211 VÁZQUEZ VIALARD, en *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, cit., T. I., p. 185, con cita de J. LÓPEZ, en LÓPEZ, CENTENO Y FERNÁNDEZ MADRID, "LCT Comentada", Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1977, p.113.
- 212 VÁZQUEZ VIALARD, citado en nota anterior, con cita de J. López, en LÓPEZ, CENTENO Y FERNÁNDEZ MADRID, *LCT Comentada*, Contabilidad Moderna, 1977, p.111.
- 213 LÓPEZ, Justo, en LÓPEZ, CENTENO y FERNÁNDEZ MADRID, *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1977, T.I, p.113, con cita de LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del derecho*, Barcelona, 1953, ps.379/380.
- 214 LÓPEZ, Justo, en López, Centeno y Fernández Madrid, *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, cit., T.I, p.113.
- 215 LÓPEZ, en López, Centeno y Fernández Madrid, *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, cit. , T.I, p.121.
- 216 MAZA Miguel Ángel, "Los principios en el derecho del trabajo", ob.cit., T. I, 2005, p.402. con cita de Krotoschin, Instituciones.
- 217 Ídem nota anterior.
- 218 GIORLANDINI, Eduardo y Juan Carlos, *Principios del derecho*, en *Revista Digital del EFT*, <http://www.eft.org.ar>, consultada el 18 de noviembre de 2008.
- 219 Ídem nota anterior donde se refiere a V. Crisafulli que así lo considera que en el artículo intitulado *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto y en el libro La costituzione e le sue disposizioni di principio*".
- 220 MAZA , "Los principios en el derecho del trabajo", cit., p.407.
- 221 GUIBOURG, Ricardo, "La equidad en el derecho del trabajo", LT, XXIII-B(1975)-620 en especial 623 y 626, citado por RAMÍREZ BOSCO, Luis Ernesto, en comentario al art.11 en *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, anotada y concordada, RODRÍGUEZ MANCINI (Dir.), BARI-LARO (Coord.), La Ley, Buenos Aires, 2007, T.I.,p.482.
- 222 RAMÍREZ BOSCO, Luis Ernesto, comentario al art.11 en *LCT comentada, anotada y concordada*, RODRÍGUEZ MANCINI(Dir.),BARILARO(Coord.), La Ley, Buenos Aires, 2006, T.I.,p.482/483 donde se explyaya cuantitativamente sobre el tema.
- 223 DT-1962,319.
- 224 RAMÍREZ BOSCO, comentario al art.11 en *LCT comentada...cit.*, T.I., p.483, con citas de los fallos.
- 225 Ídem nota anterior, T. I., p.484.
- 226 Ibídem.
- 227 Refiere MASNATTA, ob.cit. , que el maestro Arturo Sampay bregó por la justicia social y que "su criterio hoy está inscripto no sólo en la recientes Constituciones de las Provincias argentinas sino también en la Constitución Nacional y cabe traer a colación el párrafo salido de su pluma en el caso que obra en Fallos, 289:430 al votar el caso 'Berçaitz' como conjuer.
- 228 CSJN, 13/9/1974, LL 1975-A-77, TySS, II-93, citada por VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, Vázquez Vialard (Dir.), Ojeda (Coord.), Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, T.I. p.184/185.

- 229 CSJN, 27/7/77, *TySS*, V-593, ED, 80-575, citado por VÁZQUEZ VIALLARD, *Ley de Contrato de Trabajo Comentada*, cit., T. I., p.184/185.
- 230 MOIX MARTÍNEZ, "Dike", p.669, citado por PODETTI, *La política social*, cit., T.1, ps.412/413.
- 231 Ídem nota anterior.
- 232 PODETTI, *La política social*, cit., T.1, p.411, con cita de MOIX MARTÍNEZ, "Dike", ps.688 y 669.
- 233 PODETTI, *La política social*, cit., T.1, p.412, con citas del mismo PODETTI, Humberto A., "Los aportes para obras sociales ante las garantías constitucionales, el principio de solidaridad y la justicia social", *TySS-VI-1979-12*, de Messner y de autores varios.
- 234 *Revista de Derecho Laboral*, Número extraordinario, "Fallos recientes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p.69.
- 235 LA LEY 2006-E, 449, con nota de Luis Armando Carello.
- 236 CAPÓN FILAS, Rodolfo E., *Ciudadanos de la ciudad, ciudadanos de la empresa*, Sup. Especial *La Ley* 2004(setiembre), comentando el fallo de la CSJN del 2004/09/21, "Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S.A."
- 237 LA LEY 31/12/2007, 11; IMP 2008-3, 280.
- 238 LA LEY, 11/07/2007, 11 - RCyS 2007-VII, 54 - DJ 19/09/2007, 175 - LA LEY 05/10/2007, 5, con nota de Carlos José Laplacette - RCyS 2007-XI, 60, con nota de Mariano Catalana.
- 239 LA LEY, 08/05/2007, 8 - LA LEY, 2007-C, 258 - LA LEY, 14/05/2007, 8, con notas de Alfonso Buteler; Walter F. Carnota - LA LEY, 2007-C, 286, con notas de Alfonso Buteler; Walter F. Carnota - DJ 30/05/2007, 314 - LA LEY 28/05/2007, 11, con nota de José Pablo Descalzi - LA LEY 2007-C, 502, con nota de José Pablo Descalzi - DT 2007 (mayo), 557, con nota de María C. Hockl - LA LEY 30/05/2007, 8, con nota de Nicolás Diana; Gonzalo S. Kodelia - LA LEY 2007-C, 522, con nota de Nicolás Diana; Gonzalo S. Kodelia - IMP 2007-11 (junio), 1155 - LA LEY 15/06/2007, 4, con nota de Jorge L. Bastons - LA LEY 2007-C, 655, con nota de Jorge L. Bastons - Sup. Adm 2007 (junio), 68 - Sup. Adm 2007 (agosto), 59, con nota de María Agustina Sabatino Arias - LA LEY 08/10/2007, 6, con nota de Horacio H. de la Fuente - Sup. Adm 2007 (octubre), 22, con nota de Matías Villota.
- 240 LA LEY 01/06/2005, y *La Ley on line*, consultada el 18 de noviembre de 2008. Ver también las referencias a este caso que hacen COPPA, Chyntia- FRESCOTTI, Paula Andrea, "Las mil caras de la movilidad previsional", en Cuadernos del Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social "P. Alberto Hurtado, S. J.", *50 aniversario del artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Reflexiones desde el Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, SECO, Ricardo Francisco (ed.), EDUCC, Córdoba, 2008, p.375.
- 241 LA LEY 14/08/2006, 7 - LA LEY 2006-D, 801 - DJ 23/08/2006, 1191 - LA LEY 30/08/2006, 7, con nota de Javier B. Picone; Eloy A. Nilsson - LA LEY 2006-E, 156, con nota de Javier B. Picone; Eloy A. Nilsson - IMP 2006-17, 2145 - DT 2006 (agosto), 1195, con nota de José M. Besteiro - LA LEY 08/09/2006, 5, con nota de Luis Emilio Ayuso - LA LEY 2006-E, 372, con nota de Luis Emilio Ayuso - LA LEY 2007-A, 74, con nota de Beatriz L. Alice - LA LEY 2007-A, 241, con nota de Néstor D. Robledo.
- 242 Ver SECO, Ricardo Francisco, "La participación de los trabajadores en las ganancias de las empresas. ¿Derecho operativo o programático?"

- Comentario al fallo "Gentini, Jorge Mario y otros vs. Estado Nacional - Ministerio de Trabajo y Seguridad s. Participación accionariado obrero", Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12/08/2008, en Boletín Informativo Mensual, setiembre 2008, Revista de Derecho Laboral *Actualidad*, Rubinzal Culzoni, *on line*.
- 243 IMP-2007-19(octubre) 1838.
- 244 Ver La Ley *on line*, consultada el 19 de noviembre de 2008.
- 245 Ídem nota anterior.
- 246 LLGran Cuyo 2007(octubre), 962.
- 247 LLBA 2007 (setiembre), 895.
- 248 La Ley 2007-C, 281.
- 249 La Ley 2007-E, 138.
- 250 La Ley 2006-D, 217.
- 251 La Ley 2007-B, 607.
- 252 DT -2008, 336.
- 253 PET 2006 (set.357),10; La Ley *on line*, consultada el 19 de noviembre de 2008.
- 254 LLNOA 2006(set) 467; DT 2006(set), 1414.
- 255 DJ 5/7/06,739.
- 256 LLBA 2006,122.
- 257 DT 2006, 579.
- 258 DT 2006(febrero), 218.
- 259 LLBA 2006, 808.
- 260 La Ley *on line* consultada el 19 de noviembre de 2008.
- 261 LL Patagonia 2005, dic., 1410.
- 262 DT 1978,886
- 263 Ver La Ley *on line* consultada el 19 de noviembre de 2008.
- 264 El examen de los fallos cordobeses que se refieren a la justicia social lo publicaremos en otra oportunidad.
- 265 Ver II Conferencia General del Episcopado Latinoamericano, Medellín Colombia, 1968, *Documentos finales de Medellín*, I, Justicia, 3.



# **LA NECESIDAD DE INCORPORACIÓN CONSTITUCIONAL EXPRESA Y DE DESARROLLO DEL DERECHO HUMANO AL AGUA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO SALVADOREÑO**

Verónica Raquel Torres Brizuela\*

## **SUMARIO**

I. Introducción; II. Reconocimiento del derecho humano al agua en el ámbito internacional; III. Implicaciones jurídicas del reconocimiento constitucional del derecho humano al agua; IV. Las demandas de las organizaciones sociales y los conflictos por el agua; V. Conclusiones; VI. Bibliografía.

## **ABSTRACTO**

El derecho humano al agua, a pesar de su relativamente reciente reconocimiento internacional, ya ha sido desarrollado por la doctrina como un derecho autónomo y considerado implícita o expresamente en disposiciones de instrumentos internacionales de derechos humanos.

En este artículo se hace referencia a la jurisprudencia constitucional que ya ha reconocido el derecho al agua y a las razones que, a pesar de ello, aún marcan la necesidad de que este derecho sea incorporado expresamente al texto constitucional, y que a su vez han llevado a que el Estado salvadoreño sea objeto de recomendaciones y observaciones de entidades nacionales e internacionales que instan al reconocimiento y desarrollo normativo del derecho al agua, como una exigencia de efecto inmediato.

---

\* Abogada, Máster en Relaciones Internacionales, Seguridad y Desarrollo, Máster en Derechos Humanos y Educación para la Paz; investigadora, con estudios complementarios en pobreza y derechos humanos, Derecho Ambiental, conflictividad socio-ambiental y género. Actualmente se desempeña como Analista de Derechos Humanos en la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.



## **I. INTRODUCCIÓN**

El derecho al agua, reconocido en los últimos años de forma más completa como el derecho humano al agua y al saneamiento según Naciones Unidas, pareciera haber permeado en las políticas y estrategias a nivel internacional, pero no en el ámbito interno de todos los Estados.

Es de esta forma que, en El Salvador, a pesar de la dispersión normativa, los constantes problemas con el acceso al agua y la contaminación y degradación de los bienes hídricos, así como las demandas y presiones internas y de organismos internacionales para el reconocimiento normativo del referido derecho, no ha sido posible que se introduzca en el texto constitucional y que se apruebe una ley marco en la materia.

A pesar de las diferencias de percepción en torno a la regulación de este derecho humano, parece que las principales objeciones políticas en este cometido se deben más a intereses de tipo económico, que a la atención de la realidad del agua y las necesidades de la población salvadoreña, especialmente de los sectores y comunidades históricamente excluidos y que continuamente están inmersos en conflictos sociales por el vital líquido, situaciones en las que la falta de regulación y la dispersión de la normativa obsoleta es causante o agravante de muchos de esos conflictos.

## **II. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO HUMANO AL AGUA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL**

Aunque previamente hubo espacios a nivel internacional en los que se abordó el tema del agua, fue en el año 2002 que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas –en adelante el Comité o CESCR, por sus siglas en inglés– aprobó la Observación General<sup>1</sup> N°15 sobre el derecho al agua, en la que definió que “[e]l agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud. El derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos” (CESCR, 2002: párr.1), por lo que el Estado tiene obligaciones de efecto inmediato en relación a este derecho–como lo que respecta a la regulación en el derecho interno–aunque siempre se prevea su aplicación progresiva y se reconozca la escasez de recursos, sin que ello permita que se llegue a medidas regresivas, las que irremediablemente serían trasgresoras de los derechos consagrados en instrumentos como el Pacto Inter-

nacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales– PIDESC.

En la relacionada Observación, el CESCR también contempló que el derecho al agua implica el derecho de todas las personas a disponer de agua suficiente, aceptable, salubre, accesible, y asequible, tanto para el uso personal como doméstico; y sus elementos deben adecuarse a la dignidad, la salud y la vida humanas, remarcando la importancia de que el agua debe tratarse como un bien social y cultural, más que como un bien económico (CESCR, 2002).

El Comité señaló, además, que los Estados deberán examinar la legislación, las políticas y estrategias existentes para que sean compatibles con las obligaciones relativas al derecho humano al agua, a la vez que deberán derogar, enmendar o cambiar las que no son compatibles con las obligaciones que surgen a partir del PIDESC (CESCR, 2002).

El 26 de julio de 2010, la Asamblea General –principal órgano deliberativo de Naciones Unidas y en el que están representados y tienen derecho a votar todos los Estados Miembros–, aprobó la resolución que reconoció expresamente el derecho humano al agua y al saneamiento en el concierto de naciones, así como la importancia de disponer de agua en condiciones equitativas como “un componente integral de la realización de todos los derechos humanos” (Asamblea General de Naciones Unidas, 2010). Con lo que se respaldaron e impulsaron esfuerzos y luchas nacionales para el reconocimiento del derecho al agua en las legislaciones locales.

Vale acotar que la citada resolución fue promovida por varios Estados, entre los que se encontraba El Salvador, como consta en el texto del proyecto propuesto.

En octubre del año 2011, una nueva resolución, aprobada por el Consejo de Derechos Humanos, exhortó a los Estados a vigilar continuamente y analizar periódicamente la realización del derecho al agua potable y el saneamiento de conformidad a los criterios de disponibilidad, calidad, aceptabilidad, accesibilidad y asequibilidad, y llamó de nueva cuenta a que valoraran si el marco legislativo actual y las políticas eran acordes a dicho derecho, caso contrario, los mismos debían ser derogados, enmendados o adaptados, según procediera en aras de garantizar el cumplimiento de las normas y principios de los derechos humanos (Consejo de Derechos Humanos, 2011).

En este punto, es importante señalar que según el principio *pacta sunt servanda* –parte del *ius cogens* reconocido en la Carta

de las Naciones Unidas de 1945 y la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969–, las obligaciones internacionales contraídas por los Estados deben cumplirse de buena fe. De esta manera, las resoluciones de órganos de Naciones Unidas son vinculantes, como ocurre con aquellas disposiciones integradas en los tratados suscritos y ratificados por El Salvador.

Asimismo, entre los instrumentos en materia de derechos humanos ratificados por el país que contemplan disposiciones relativas al agua está la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 24 y 27.3), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (artículo 14.2); y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (artículo 28); así como el resto de tratados que no la mencionan expresamente sino implícitamente, ya que cuentan con disposiciones relativas al derecho a un nivel de vida adecuado, a la alimentación adecuada y al disfrute del nivel más alto posible de salud, que evidentemente conllevan el respeto y garantía del derecho humano al agua y, en suma, responden a los principios de los derechos humanos relativos a la indivisibilidad e interdependencia de los mismos.

Con lo anterior, puede verse de manera general que existe suficiente reconocimiento a nivel internacional sobre el derecho humano al agua.

### **III. IMPLICACIONES JURÍDICAS DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO HUMANO AL AGUA**

Entre los instrumentos de Derecho Internacional y el Derecho producido a nivel nacional, debe existir correspondencia, especialmente si partimos de la teoría monista y la idea de respeto a la dignidad humana que promueve el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –ambos suscritos por El Salvador– contemplan la obligación de los Estados partes, de adoptar medidas legislativas –o de otro carácter– que fueran necesarias para dar plena efectividad a los derechos humanos reconocidos en ellos.

De esta forma, ambas normativas –nacional e internacional– deben guardar correlación, no obstante que en caso de conflicto prevalezca el instrumento internacional de que se trate<sup>2</sup> o la norma

que resulte más garantista (atendiendo al principio por persona) y, para el caso salvadoreño, siempre y cuando no se contradiga el texto constitucional.<sup>3</sup> Dicho de otra forma, las normas de derecho internacional ratificadas por El Salvador pueden tener un carácter supra legal, pero infra constitucional, y de darse una antinomia entre un tratado y una ley de origen nacional, el tratado prevalecerá, pero sin llegar a formar un bloque de control constitucional, como la misma jurisprudencia ha aclarado.<sup>4</sup>

La idea de la correspondencia entre ambos sistemas jurídicos –internacional y nacional–, como se ha visto, puede resultar nada más en una ficción jurídica, que necesita más que una mera declaración para ser cierta, de ahí que para responder a esa lógica se requiera la adopción de medidas concretas y de diversa naturaleza dentro de cada Estado –entre esas las de tipo legislativo–, y de esa forma permitir que las normas internacionales que contemplan derechos humanos se vuelvan una realidad jurídica de efectivo cumplimiento a nivel local.

En El Salvador, y en lo que respecta al reconocimiento del derecho humano al agua, aún no se ha avanzado hacia esa concreción legislativa, a pesar de la presión social, las observaciones y recomendaciones emanadas de organismos internacionales y de la institución nacional de derechos humanos<sup>5</sup> y, aunque ya exista jurisprudencia constitucional que reconoce este derecho como un paso significativo a nivel interno para dotar de carácter jurídico y una vigencia sociológica (Solano Ramírez, 1998: 189) al derecho humano al agua, todavía no logra su completa realización, pues requiere de otros pasos a nivel nacional.

En mayo de 2014, las Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre los tercero, cuarto y quinto informes periódicos combinados de El Salvador, acogieron con satisfacción que en 2012 la Asamblea Legislativa aprobara la reforma constitucional para reconocer los derechos a la alimentación y el acceso al agua, pero el Comité recomendó expresamente que dicho órgano estatal debía culminar “el proceso ratificando las reformas constitucionales para garantizar el derecho a la alimentación y el acceso al agua en la Constitución” (CESCR, 2014), sin que dicha exhortación fuera acatada hasta este momento, no obstante que se anunciara el 22 de agosto de 2016 que la Comisión de Legislación y Puntos Constitucionales acordó un dictamen favorable para ratificar el acuerdo de reforma constitucional del artículo 69 y

reconocer de esa manera los derechos al agua y a la alimentación adecuada –que se contemplan en la misma propuesta de reforma–. Dictamen que sería presentado al Pleno Legislativo el pasado 25 de agosto para su consideración (Asamblea Legislativa, 2016); sin embargo, la propuesta ni siquiera fue introducida a la agenda del Pleno en la fecha señalada, con lo que una vez más se frustró una oportunidad para la reforma.

### **III.1 La jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional en relación al derecho humano al agua**

Este apartado hace referencia a dos sentencias emitidas por la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia en años recientes y en lo que concierne al derecho humano al agua, que son importantes en el tema que ahora ocupa.

La primera de ellas, se trata de una sentencia de amparo –en el proceso registrado bajo el número 513-2012–, que La Sala de lo Constitucional dictó en diciembre de 2014, en la que interpretó que el derecho al agua se adscribe al derecho al medio ambiente, y amparó a comunidades del sur del municipio de Rosario de Mora –representadas por miembros de la Asociación de Desarrollo Comunal (ADESCO) “Cristo Rey”–, que alegaban la vulneración de su derecho al medio ambiente, como consecuencia de una restricción al acceso al agua, cometida por medio de un acuerdo del Concejo Municipal de Huizúcar.

El caso resulta interesante, además, porque al admitir la demanda se dictó una medida cautelar<sup>6</sup> que suspendió los efectos de las disposiciones impugnadas, contenidas en un acuerdo<sup>7</sup> que ordenaba el cobro de tasas municipales en perjuicio para la ADESCO referida, las que eran entendidas como un obstáculo para el acceso al agua –que en este caso las comunidades afectadas de Rosario de Mora disponían del Municipio de Huizúcar– en virtud de la cantidad de dinero que había que pagar en concepto de tasas y, por otro lado, al no existir una contraprestación de parte de la comuna que lo justificara (Sala de lo Constitucional, 2013).

Posteriormente, en su sentencia, la Sala de lo Constitucional hizo un recuento en el derecho comparado sobre las disposiciones constitucionales que hablan sobre el agua, así como de jurisprudencia y los principales instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que contienen al derecho humano al agua, ya sea de manera expresa o tácita. Determinó que en El Salvador el

acceso al agua es una cuestión de interés público y que “el derecho al medio ambiente (art. 117 Cn.), en relación con los derechos a la vida y a la salud (art. 2 inc. 1º y 65 inc. 1º Cn.), permite interpretativamente la adscripción del derecho de toda persona a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico”, señalando lo que implican estas características.

A partir de lo anterior, concluyó que, al ser un elemento básico para el mantenimiento y desarrollo del medio ambiente, al igual que para la existencia, la salud y la calidad de vida del ser humano, el agua es indispensable para satisfacer las necesidades primarias y de aquellas otras que propician la mejora de las condiciones de existencia.

Finalmente, la Sala falló declarando ha lugar el amparo interpuesto por los representantes de la ADESCO Cristo Rey, contra el Concejo Municipal de Huizúcar por la vulneración del derecho a la propiedad y del derecho al goce del medioambiente, como consecuencia de la restricción al acceso al agua de los habitantes del sur de Rosario de Mora.

El 19 de mayo de 2015, en un segundo caso, la Sala emitió una nueva sentencia –en el proceso de inconstitucionalidad registrado bajo el número 32-2015, cuya demanda solicitaba que se declarara la inconstitucionalidad por una omisión de la Asamblea Legislativa, al no ratificar –cuando ya había sido aprobada por la conformación legislativa anterior – la reforma del artículo 69 de la Constitución de la República,<sup>8</sup> que reconocería los derechos al agua y a la alimentación adecuada, lo que para los demandantes violentaba los artículos 1, 2, 117 y 248 de la Carta Magna.

Según la demanda, con la omisión de la Asamblea Legislativa de no culminar el proceso de reforma constitucional, no se permitía la existencia jurídica y vigencia de los derechos al agua y a la alimentación adecuada, por lo que las personas demandantes interpretaban que la Asamblea había incumplido su deber constitucional de expresar los argumentos y razones que justificaran la decisión de ratificar o no la reforma para la incorporación de los artículos relacionados, dentro de un plazo razonable. En esta ocasión la Sala decidió declarar improcedentes todas las pretensiones alegadas, pero es importante rescatar a continuación algunos contenidos vertidos, por el valor jurisprudencial que conllevan.

En los considerandos de la sentencia emitida en el proceso 32-2015, la Sala fue de la opinión–reiterando la jurisprudencia senta-

da en la sentencia del proceso de inconstitucionalidad 20-2006, de fecha 7 de octubre de 2011– que existen disposiciones constitucionales atributivas de competencias que contemplan habilitaciones que pueden ejercerse de forma discrecional y dotan al Órgano Legislativo de márgenes estructurales de actuación para la elección de medios, fines y ponderar las distintas alternativas posibles. Y de esa forma la Asamblea Legislativa puede expresar una abstención o inactividad sobre el ejercicio de una de sus competencias, es decir, cuando cuenta con una atribución constitucional potestativa, cuyo ejercicio es una decisión –en principio– que puede o no ejercer, sin afectar la existencia jurídica de lo que estableció el constituyente.

La Sala continuó su razonamiento señalando que la inacción legislativa debe entenderse como aquella abstención del Órgano Legislativo de hacer algo para lo que es competente y está obligado, por existir un mandato que establece una conducta y que resulta lesionado con esa omisión, que de ninguna forma es discrecional, sino una “actividad legislativa esperada y debida”. Y advirtió que la disposición contenida en el artículo 248 de la Constitución de la República no concordaba con el tipo de norma que establece mandatos a la Asamblea Legislativa, sino de aquellas que quedan a su discrecionalidad.

Por lo que, a su criterio, la ratificación de una reforma constitucional no es una cuestión que pueda entenderse como obligatoria o impuesta por la Constitución.

En una consideración adicional, la Sala sostuvo que los “órganos de dirección política operan bajo criterios de oportunidad y convivencia (generalmente gobernados por partidos políticos cuyo fin primordial es mantener el poder dentro del Estado a través de réditos electorales). Desde esta perspectiva, no es posible que los derechos fundamentales de la persona queden sujetos a la discrecionalidad de los mismos entes frente a quienes se pretende hacer valer o que se utilicen como oferta electoral, como si fueran mercadería de intercambio partidario”. Y refirió, en acuerdo a su jurisprudencia precedente, que las normas–entendidas como significados prescriptivos atribuidos a disposiciones constitucionales por medio de la interpretación– tienen un nivel jerárquico similar que las disposiciones, “por lo que es posible sostener el carácter vinculante de los significados que se atribuyen a los postulados constitucionales por medio de la interpretación que se plasma en las sentencias constitucionales”.

#### **IV. LAS DEMANDAS DE LAS ORGANIZACIONES SOCIALES Y LOS CONFLICTOS POR EL AGUA**

Desde el año 2006<sup>9</sup> se registra la primera propuesta de ley consensuada por organizaciones sociales para la regulación del derecho humano al agua (PDDH, 2015), las que han seguido hasta la fecha, con campañas y propuestas normativas. Por lo que se ha afirmado que en la última década los esfuerzos de las organizaciones sociales y las comunidades de base por alcanzar mayor soberanía del agua han sido esenciales para detener el dominio neoliberal en el que prevalecen los intereses extraterritoriales que perjudican a las comunidades locales (Karunanathan y Spronk, 2015).

Y es que las luchas por el agua han estado íntimamente relacionadas a la implementación de políticas comerciales, económicas, sociales, ambientales y sanitarias que reducen el acceso al agua, anteponiendo su valor como mercancía y la introducción de este recurso en la liberalización y privatización, que está presente en los países de Latinoamérica (Becerra, 2006).

De esta forma, también se afirma que los innumerables conflictos sociales en torno al agua han surgido, en gran medida, debido a la falta de un marco normativo que atienda a las necesidades y realidades de la población y el país, siendo a partir de esta realidad que organizaciones sociales como las que conforman el Foro del Agua de El Salvador y la Mesa Nacional por la Soberanía Alimentaria, entre otras, han exigido desde principios del milenio que el Estado cumpla con su rol regulador y de garante de derechos (Sandá Mera y Ventura, 2016).

Por lo que, en tanto no exista un marco normativo que se base en las ideas de sustentabilidad, gestión pública y reconocimiento del derecho humano al agua, las desigualdades y los conflictos territoriales por el uso del vital líquido podrán verse incrementados (Sandá Mera y Ventura, 2016), como se ha visto hasta la fecha, pues incluso defensores del agua han sido perseguidos y criminalizados por su actividad en la promoción y defensa de este derecho humano. En al menos tres casos se ha llegado hasta instancias judiciales, fiscales y administrativas, como la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos, que ha recibido varias denuncias por las amenazas y acciones contra personas defensoras del derecho al agua, entre ellas casos en los municipios del Puerto de La Libertad (PDDH, 2016), Tacuba (Transparencia Activa, 2016) y Santo Tomás (PDDH, 2015 (2)), demostrando el ambiente de per-

secución y conflictividad que rodean a los temas vinculados al agua, pero a su vez, han reforzado las demandas por el reconocimiento constitucional, la emisión de una ley marco y la adopción de políticas hídricas sustentables, basadas en los enfoques de cuenca y de derechos.

## **V. CONCLUSIONES**

Como se mencionó previamente, parece que en el concierto de naciones existe un acuerdo sobre la relevancia del reconocimiento y promoción del derecho al agua, al menos formal, que permite sustentar las exigencias a nivel local.

En el ámbito nacional, y a partir de lo acotado en la jurisprudencia de la Sala de lo Constitucional, se deriva que la Asamblea Legislativa –un órgano que como evidencia su actuar, en ocasiones está influenciado por los réditos electorales, los intereses partidarios y económicos– es una entidad que no tiene la facultad exclusiva para el reconocimiento de derechos fundamentales. Sin embargo, cuando lo hace, al menos a nivel constitucional, se vuela un estamento prácticamente inamovible de garantía y contenido básico de un derecho, cosa que puede ser diferente en el caso de la jurisprudencia y las interpretaciones que realiza la Sala de lo Constitucional, que puede cambiar de criterios, como sucedería en cualquier tribunal, y tratarse de decisiones que en algún momento también podrían estar sujetas a algún interés de sus integrantes –que podrían ser de diversa naturaleza– quienes, dicho sea de paso, son magistrados elegidos por la misma Asamblea Legislativa.

A pesar de estos comentarios, no se pretende, de ninguna forma, restar el alto valor que tiene la interpretación constitucional que realiza la Sala a través de sus sentencias como máximo órgano jurisdiccional de control constitucional, y que en el cumplimiento de esa función es que ha reconocido el derecho al agua implícito en el ordenamiento constitucional por medio de su adscripción al derecho al medio ambiente –mismo que fue derivado del principio de la dignidad humana– y en relación a los derechos a la vida y a la salud. Pero sí señalar lo insuficiente de esta medida.

Al mismo tiempo, se comparte la afirmación de la Sala al señalar que no solamente son derechos fundamentales los expresamente contenidos en la Constitución de la República, sino también los derivados a partir de la integración e interpretación de su texto, contrario sensu “implicaría un desconocimiento del carácter per-

sonalista del Estado, el efecto expansivo de la dignidad humana, el valor complementario de los valores, consagrados en el artículo 1 Cn. y, con ello, el libre desarrollo de la personalidad” (Sala de lo Constitucional, 2015).

No obstante lo anterior, el peso que conllevaría el reconocimiento expreso del derecho al agua directamente en el texto de la Constitución, es indiscutible y demostraría la relación dialéctica del Derecho con la realidad social, en este caso, no solo a través de la jurisprudencia, sino en la reforma de la norma de jerarquía más alta a nivel nacional. Este paso, respondería a las exigencias sociales y a la realidad del agua, crítica a nivel mundial, pero que se ve acentuada en países como El Salvador, que enfrentan crisis por los efectos del cambio climático y altos niveles de desigualdad y exclusión social, que impregnan lo que concierne al disfrute del derecho al agua de las poblaciones.

Y es que “todo cambio en el sistema de los derechos y las libertades corresponde a los cambios que afectan a las oportunidades reales que permite la estructura social” (Solano Ramírez. 1998: 21), o por lo menos debería hacerlo; y en el caso salvadoreño, la reforma referida correspondería a la necesidad de blindar el derecho al agua con su reconocimiento en el texto constitucional, permitiendo la oportunidad de exigibilidad y obligaciones directas frente a las autoridades, pero además daría cumplimiento a la obligación de adecuación del derecho internacional en el derecho interno, ya que “las expresiones de un tratado siempre deben requerir una adaptación” (PDDH, 2015: 13) en el ordenamiento jurídico.

Evidentemente, lo antes dicho también debe aparejar, necesariamente, la adopción de otras medidas legislativas, como la aprobación de una ley marco que desarrolle el derecho al agua, el uso sustentable de los bienes hídricos y la creación de una autoridad rectora en la materia, así como la aprobación de una ley del subsector de agua potable y saneamiento, entre otras normas. De igual manera, la adopción de políticas hídricas consecuentes y otras medidas administrativas o ejecutivas necesarias para la realización progresiva del derecho al agua en el país.

En este sentido, la referida legislación marco que lleve a las prácticas estratégicas relacionadas al derecho al agua debe contener, como lo ha contemplado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “a) los objetivos o metas que han de alcanzarse y los plazos para su consecución; b) los medios que se

utilizarán para alcanzar la finalidad perseguida; c) la colaboración prevista con la sociedad civil, el sector privado y las organizaciones internacionales; d) las instituciones encargadas del proceso; e) los mecanismos nacionales para la vigilancia del proceso; y, f) los procedimientos de reparación y de recurso” (CESCR, 2002: párr. 50).

Es importante señalar que durante 2016 el Relator Especial sobre el derecho humano al agua potable y al saneamiento, Léo Heller, realizó su primera visita a El Salvador, y en el documento de las Observaciones Preliminares del Relator Especial sobre el derecho humano al agua potable y al saneamiento al concluir su misión oficial a El Salvador del 11-18 de mayo de 2016, señaló que los compromisos internacionales adquiridos por el país respecto a los derechos al agua y el saneamiento todavía no han sido traducidos en el marco legal interno, pues “no están contemplados en la Constitución de El Salvador. La Asamblea Legislativa aprobó la reforma del artículo 69 de la Constitución, pero todavía no la ha ratificado. La inclusión de estos derechos en la Constitución contribuirá a su reconocimiento e implementación; una medida importante para garantizar una vida más digna para sus habitantes”, por lo que exhortó a la Asamblea Legislativa a la ratificación de la reforma, agregando que es “fundamental que el texto final incluya explícitamente la expresión “derechos humanos al agua y al saneamiento”, ausente en la actual propuesta en consideración”.

De esta forma, como se ha venido exponiendo, tanto la doctrina, los instrumentos y las observaciones y recomendaciones de órganos y especialistas internacionales, hablan de la importancia del cumplimiento de la obligación de adecuación del derecho interno a los estándares internacionales de derechos humanos, y en este tema particular, del reconocimiento del derecho humano al agua, su desarrollo y adopción de medidas progresivas y concretas a nivel nacional, que al mismo tiempo ayuden a resolver y prevenir conflictos a consecuencia de problemas con el agua.

Por lo que se concluye que, a pesar del enorme aporte de la jurisprudencia constitucional que ha reconocido el derecho al agua a ese nivel, siempre resulta necesario que el mismo sea incluido expresamente en la Constitución de la República –y posteriormente desarrollado en leyes y políticas públicas por su estrecha vinculación al derecho a la vida y por los intereses económicos que mueve, no solo a nivel local y nacional, sino también transnacional.



## NOTAS

- 1 Una observación general es emitida por los órganos creados en virtud de tratados de Naciones Unidas, y es una especie de dictamen jurídico general mediante las que tales órganos entienden conceptualmente lo que significa una disposición específica, por lo que representa una guía útil del contenido normativo de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos, y permite que las disposiciones sean interpretadas atendiendo a circunstancias modernas, ya que el lenguaje y la práctica pueden haber evolucionado desde su aprobación (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos –OACNUD– 2005).
- 2 En El Salvador, el artículo 144 de la Constitución de la República, señala que “Los tratados internacionales celebrados por El Salvador con otros estados o con organismos internacionales, constituyen leyes de la República al entrar en vigencia, conforme a las disposiciones del mismo tratado y de esta Constitución. La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalecerá el tratado”.
- 3 El artículo 246 de la Constitución de la República contempla que “Los principios, derechos y obligaciones establecidos por esta Constitución no pueden ser alterados por las leyes que regulen su ejercicio. La Constitución prevalecerá sobre todas las leyes y reglamentos. El interés público tiene primacía sobre el interés privado”.
- 4 La Sala de los Constitucional de El Salvador, en la sentencia del proceso 24-97/21-98, de fecha 26 de septiembre de 2000, refirió que “los tratados internacionales no son parámetro de control de constitucionalidad, pues no integran materialmente la Constitución ni forman con ella un bloque de constitucionalidad”, y agregó que: “si bien el tratado internacional y las leyes internas forman parte de la categoría “leyes secundarias de la República”, dicha categoría contiene una subescala jerárquica dentro de la cual el tratado internacional goza de un rango superior al de las leyes de derecho interno. Por otra parte, la segunda idea que se deduce (...) y que es consecuencia de la primera, consiste en señalar la prevalencia del tratado internacional sobre la ley interna, lo cual lleva al denominado principio o criterio de prevalencia”.
- 5 La Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos de El Salvador, desde hace varios años ha emitido diferentes pronunciamientos públicos, señalando la preocupación por la crítica situación de los bienes hídricos y el acceso al agua en el país, recomendando el reconocimiento constitucional y desarrollo normativo del derecho humano al agua, basado en los estándares internacionales, el establecimiento de una autoridad rectora y en la visión de cuenca (PDDH, 2015).
- 6 El 19 de junio de 2013, la Sala de lo Constitucional emitió la resolución de admisión de la demanda de amparo promovida por representantes de la Asociación de Desarrollo Comunal “Cristo Rey”, en la que también incluyó una medida cautelar que ordenó suspender “inmediata y provisionalmente los efectos de la normativa impugnada”, es decir que durante el trámite del amparo la municipalidad de Huizúcar debía abstenerse de exigir el pago de tributos y ejercer acciones administrativas o judiciales orientadas a ese cobro municipal, así como no generar intereses o multas por la falta de pago, ni se podría impedir el acceso al agua de la vertiente de la que se abastecían las comunidades afectadas.

- 7 Las disposiciones impugnadas se referían al artículo 1.9 letras M) y O) de la Ordenanza de Tasas por Servicios, Permisos, Matrículas y Licencias a cobrarse en el Municipio de Huizúcar, emitida mediante Decreto Municipal n° 2 de fecha 16 de julio de 1999, publicado en el Diario Oficial n° 235, tomo 385, del 15 de diciembre de 2009, reformada por el Decreto Municipal n° 3 de fecha 10 de abril de 2012, publicado en el Diario Oficial n° 83, tomo 395, del 8 de mayo de 2012.
- 8 El acuerdo de reforma constitucional, fue aprobado el 20 de abril de 2012 y publicado en el Diario Oficial número 75, tomo 395, del 25 de abril de 2012, y contempló lo siguiente:  
"Artículo 1.- Refórmase el epígrafe SALUD PÚBLICA Y ASISTENCIA SOCIAL, ubicado en la Sección Cuarta, Capítulo II, Derechos Sociales, del Título II, Derecho y Garantías Fundamentales de la Persona, de la siguiente manera:  
**"SECCIÓN CUARTA - SALUD PÚBLICA, ALIMENTACIÓN, AGUA Y ASISTENCIA SOCIAL"**  
**Artículo 2.-**Refórmase el artículo 69, de la siguiente manera:  
*"Artículo 69.- El Estado proveerá los recursos necesarios e indispensables para el control permanente de la calidad de los productos químicos, farmacéuticos y veterinarios, por medio de organismos de vigilancia. Asimismo, el Estado controlará la calidad de los productos alimenticios y las condiciones ambientales que puedan afectar la salud y el bienestar.  
Toda persona tiene derecho a una alimentación adecuada. Es obligación del Estado crear una política de seguridad alimentaria y nutricional para todos los habitantes. Una ley regulará esta materia.  
El agua es un recurso esencial para la vida, en consecuencia, es obligación del Estado aprovechar y preservar los recursos hídricos y procurar su acceso a los habitantes. El Estado creará las políticas públicas y la ley regulará esta materia."*
- 9 En 2006 se registra la primera propuesta de proyecto de Ley General de Aguas, consensuada y presentada por organizaciones sociales a la Asamblea Legislativa, con el acompañamiento de la Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos.

## **VI. BIBLIOGRAFÍA**

- Alvarado, T. (2016, 27 de julio). Denuncian capturas de líderes por el derecho humano al agua de Tacuba. Transparencia Activa, recuperado de: <http://www.transparenciaactiva.gob.sv/denuncian-capturas-de-lideres-por-el-derecho-humano-al-agua-de-tacuba>
- Asamblea General de Naciones Unidas (2010, 28 de julio). El derecho humano al agua y el saneamiento, Resolución A/RES/64/292, 64º periodo de sesiones.
- Becerra, A. (2006). Movimientos Sociales y Luchas por el Derecho Humano al Agua en América Latina. ILSA. Revista El Otro Derecho (nº34), POLIS, Revista Latinoamericana 5, recuperado de: <https://polis.revues.org/5282>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas –CESCR–. (2002). Observación General Nº 15: El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), E/C.12/2002/11, 29º período de sesiones.
- Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (2011, 28 de septiembre). El derecho humano al agua potable y el saneamiento, Resolución A/HRC/RES/81/1, 18º período de sesiones.
- Gozaíni, O.A. (1995). El Derecho Procesal Constitucional y los Derechos Humanos (vínculos y autonomías). México, D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Heller, L. (2016). Observaciones Preliminares del Relator Especial sobre el derecho humano al agua potable y al saneamiento al concluir su misión oficial a El Salvador del 11-18 de mayo de 2016, recuperado de: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=19974&LangID=E>

- Karunanathan, M. y Spronk, S. (2015). La defensa del agua: el corazón de la lucha contra el neoliberalismo en El Salvador. Ottawa: Proyecto Planeta Azul.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos–OACNUD–. (2005). Derechos Civiles y Políticos: El Comité de Derechos Humanos. Folleto Informativo n° 15 (Rev.1). Ginebra: Naciones Unidas.
- Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos –PDDH- (2016, 14 de abril). Procurador emite Medidas Cautelares de Protección a defensoras y defensores del Derecho Humano al Agua del Municipio del Puerto de La Libertad (Comunicado de Prensa), recuperado de: <http://www.pddh.gob.sv/menupress/747-comunicado-25-2016>.
- Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos –PDDH- (2015, 8 de abril). Resolución final del expediente SS-0060-2015.
- Procuraduría para la Defensa de los Derechos Humanos –PDDH- (2015, 15 de mayo). Resolución de medidas cautelares del expediente SS-0176-2015.
- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2013, 15 de diciembre). Resolución de admisión del amparo en el proceso 513-2012.
- Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia (2014, 15 de diciembre). Sentencia del amparo en el proceso 513-2012.
- Sala de lo Constitucional de la Cortes Suprema de Justicia (2000, 26 de septiembre). Sentencia de los procesos constitucionales acumulados 24-97/21-98.
- Sala de Prensa de la Asamblea Legislativa (2016, 22 de agosto). Dictamen favorable para reconocer en la Constitución el derecho humano al agua y a la alimentación adecuada, recuperado de: <http://www.asamblea.gob.sv/noticias/>

archivo-de-noticias/dictamen-favorable-para-reconocer-en-la-constitucion-el-derecho-humano-al-agua-y-la-alimentacion-adecuada-1

- Sandá Mera, A. y Ventura, J.S. (2016). Conflictividad territorial por el agua en El Salvador. Pueblos. Revista de Información y Debate, primer trimestre de 2016 (nº 68), pp.43-45.
- Solano Ramírez, M.A. (1998). Estado y Constitución. San Salvador: Sección de Publicaciones de la Corte Suprema de Justicia.



# **RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL DEFICIENTE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA: EL COMERCIALIZADOR RESPONDE FRENTE A LOS CONSUMIDORES SIN PERJUICIO DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN CONTRA EL DISTRIBUIDOR\***

*Liability for damages caused by deficient electricity supply:  
the supplier is liable to consumer without prejudice to the action  
under a right of recourse against the distributor*

Bárbara de la Vega Justribo<sup>\*\*</sup>

## **SUMARIO**

I.- Introducción. II.- Doctrina del Tribunal Supremo sobre responsabilidad contractual por los daños y perjuicios derivados del deficiente suministro de energía eléctrica: Sentencia de 24 de octubre de 2016. 1. Resumen de hechos y antecedentes. 2. Fallo. 3. Doctrina jurisprudencial. A) Normativa de Derecho privado. a) La responsabilidad del comercializador derivada del contrato de suministro de energía eléctrica. b) La obligación contractual del comercializador de responder como “vendedor” de energía. c) Doctrina jurisprudencial en torno a la obligación de responder por un suministro de calidad. B) Normativa de Derecho público. a) La relación existente entre el comercializador y el distribuidor de energía eléctrica. b) La responsabilidad derivada del suministro de energía eléctrica frente al consumidor no es exclusiva del comercializador, ni excluyente del distribuidor en vía de regreso. c) La responsabilidad del distribuidor por la calidad deficiente del suministro en vía administrativa. III.- Deber de información. IV.- Conclusión. V.- Índice de resoluciones citadas. VI.- Bibliografía.

---

\* Este trabajo es resultado del proyecto I+D+i intitulado “Reforma de la regulación vertical del sector eléctrico, cumplimiento normativo y abuso de posición dominante (Propuestas de reforma del sector eléctrico (Real Decreto 1955/2000) y Derecho de la Competencia)”, al amparo del artículo 83 LOU y art. 150 de los Estatutos de la Universidad Carlos III de Madrid, financiado por E.ON ESPAÑA, desarrollado en la citada Universidad, 2011-2012 (IP CANDELARIO MACÍAS, M<sup>a</sup>. I.). y del que es miembro la autora.

\*\* Profesora visitante lectora (acreditada titular) de derecho mercantil, Universidad Carlos III de Madrid.

**RESUMEN:** *El Tribunal Supremo confirma que los comercializadores de energía eléctrica responden frente a los consumidores por los daños y perjuicios derivados de la deficiente calidad del suministro, sin perjuicio de la acción de repetición contra el distribuidor de energía (STS, Sala de lo Civil, núm. 624/2016, de 24 de octubre del 2016 [RJ 2016\4970]). Sentada la relación contractual que vincula al consumidor y al comercializador, así como el defectuoso suministro de energía realizado y la determinación y cuantificación de los daños sufridos, se ha de aplicar el Código Civil con relación a la responsabilidad por el incumplimiento obligacional y la indemnización de los daños y perjuicios derivados, como en relación con la interpretación e integración del contrato a tenor del principio de la buena fe contractual, especialmente dispuesto en el art. 1258 CC y el principio la buena fe como fuente de integración del contrato. Este principio no sólo sanciona en la ejecución del contrato, los comportamientos contrarios a los deberes de lealtad y corrección debida conforme a lo acordado y la confianza que razonablemente deriva de ello, sino que además colma las lagunas de la reglamentación contractual de las partes con relación al cumplimiento y ejecución debidos del contrato. A mi entender, los distribuidores y comercializadores deben cumplir de manera efectiva la obligación de informar con claridad en sus relaciones de suministro de energía eléctrica acerca de las respectivas responsabilidades, ahora en los términos confirmados por el Tribunal Supremo.*

**VOCES:** *contrato de suministro de energía eléctrica, responsabilidad contractual, deficiente calidad, comercializador, distribuidor, consumidor, Código Civil, principio de buena fe.*

**ABSTRACT:** *The Spanish Supreme Court confirms that electricity supplier is liable for damages caused by deficient electricity supply: the supplier is liable to consumer without prejudice to the action under a right of recourse against the distributor (STS, Sala de lo Civil, núm. 624/2016, de 24 de octubre del 2016 [RJ 2016\4970]). The Civil Code applies (the rules pertaining to the non-performance of contracts) as well as the principle of good faith (art. 1258 Civil Code and art. 6:102 Principles of European of Contractual Law - PECL). In my view, distributors and suppliers must meet the obligation to inform the consumer about their respective responsibility under a contract on electricity supply in the sense confirmed by the Spanish Supreme Court.*

**KEYWORDS:** *Contract on electricity supply, contractual liability, deficient quality, trading company, distributor and supplier, consumer, Civil Code, principle of good faith, information obligation.*

## **I.- INTRODUCCIÓN**

Los consumidores de energía eléctrica de baja tensión concluyen habitualmente un único contrato de suministro con los comercializadores, que a su vez suscriben otro contrato de Acceso de Terceros a la Red (en adelante ATR) con el distribuidor. En principio y conforme a la normativa eléctrica, este último garantizaría la calidad del suministro. Sin embargo, en la práctica la cuestión presenta más matices, en especial cuando se trata de atribuir responsabilidades a los operadores del sector eléctrico.

Existiendo abundantes sentencias de las Audiencias Provinciales sobre la responsabilidad civil frente al consumidor de energía, el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, se ha pronunciado recientemente acogiendo lo que ya venía siendo doctrina mayoritaria en la jurisprudencia "menor". La Sentencia núm. 624/2016, de 24 de octubre del 2016, objeto de comentario, decide acerca del sujeto frente al que cabe plantear la acción de exigencia de responsabilidad civil por el incumplimiento del contrato de suministro de energía eléctrica: si la misma ha de dirigirse exclusivamente contra la entidad distribuidora de la energía o, si también contra la entidad o entidades comercializadoras de dicha energía. En la sentencia, el Tribunal Supremo casa poniendo fin a una de las cuestiones que en la jurisprudencia menor ha sido objeto de discrepancia con posterioridad a la liberalización del mercado eléctrico y la consiguiente libertad de contratación por parte de los consumidores en dicho mercado: el régimen de responsabilidad civil de los comercializadores de energía derivado del contrato de suministro eléctrico.

## **II.- DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL DEFICIENTE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA: SENTENCIA DE 24 DE OCTUBRE DE 2016.**

### **1. Resumen de hechos y antecedentes**

Una sobretensión de la corriente eléctrica ocasionó daños en la maquinaria utilizada en una explotación dedicada a cortar, pulir y vender piedra. La empresa usuaria de la energía tenía contratado un seguro que cubría las averías en equipos eléctricos, electrónicos e informáticos de dicha explotación derivadas de daños de origen eléctrico. Valorados los daños en dichas instalaciones, la aseguradora indemniza al consumidor y ejerce la acción subrogatoria del

artículo 43 de la Ley del Contrato de Seguro.

La empresa usuaria de la energía tenía contratado el suministro con distintas comercializadoras. Acreditados pericialmente los daños ocasionados por la sobretensión en las instalaciones suministradas por cada una de las empresas, la aseguradora reclama la correspondiente cantidad a cada una de ellas, más los intereses legales. Las comercializadoras se oponen por falta de legitimación pasiva al entender que corresponde a la empresa distribuidora y no a las comercializadoras resarcir los daños ocasionados por la mala calidad del suministro.

La demanda fue estimada en primera instancia por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 1 de O Porriño de 2 de mayo del 2013, que fue recurrida por una de las comercializadoras ante la Audiencia Provincial de Pontevedra. Ésta confirmó la sentencia del juzgado en su Sentencia de la Sección Tercera, de 20 de mayo del 2014.

Se interpuso recurso de casación por interés casacional por doctrina contradictoria de las audiencias provinciales.

### **Fallo**

El Tribunal Supremo, siendo ponente el magistrado Francisco Javier Orduña Moreno, en el recurso de casación falla: *"La recurrente, al amparo del ordinal tercero del artículo 477.2 LEC, por interés casacional por doctrina contradictoria de audiencias provinciales, interpone recurso de casación que articula en un único motivo. En dicho motivo, la recurrente denuncia la infracción de los artículos 45.1 y 41.1 (K) de la Ley 54/1997, en relación con lo dispuesto en los artículos 9, 11.4 y 34.1 del mismo texto legal. En síntesis, frente al criterio seguido por la sentencia recurrida favorable a considerar que la legitimación activa alcanza también a las empresas comercializadoras de la energía, dado que la normativa actual permite que se pueda contratar directamente con éstas el suministro de energía, criterio seguido por las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid Sección 12.ª, de 27 de abril de 2010, y Sección 21.ª de 30 de marzo de 2010, sustenta que resulta más fundado y correcto el criterio contrario según el cual, de conformidad con la normativa aplicable, la responsabilidad contractual por daños derivados u ocasionados por el suministro de energía eléctrica (falta del suministro o deficiencias en el mismo) sólo puede exigirse a la empresa distribuidora. Criterio seguido por la Audiencia Provincial*

*de Madrid Sección 25.ª, en las sentencias de 3 de abril de 2009 y 22 de noviembre de 2010.*

*Por la fundamentación que a continuación se expone, el motivo debe ser desestimado. En primer lugar, debe señalarse que a tenor de la propia exposición de motivos de la Ley 57/1997, de 27 de noviembre, en particular del propósito liberalizador que la informa, la regulación del sector eléctrico, centrada en el ámbito legal que garantice el correcto funcionamiento del suministro de energía en un marco ya liberalizado, no tiene como función la regulación de las relaciones jurídicas privadas que se deriven de la actividad de la comercialización de la energía. Comercialización de dicha energía que, en los términos de la exposición de motivos citada, adquiere carta de naturaleza y queda materializada en el principio de libertad de contratación. Es por ello, como bien resalta la sentencia de la Audiencia, que la norma, en su artículo 9.- h-, atribuye a los comercializadores la función de la «venta de energía eléctrica» a los consumidores o usuarios, sin ambages y de un modo directo.*

*En segundo lugar, al hilo de lo expuesto, sentada la relación contractual que vincula a las partes, así como el defectuoso suministro de energía realizado y la determinación y cuantificación de los daños y perjuicios ocasionados, interesa destacar la aplicación de nuestro Código Civil tanto con relación a la responsabilidad por el incumplimiento obligacional y la consecuente indemnización de los daños y perjuicios derivados (artículos 1101 y sgts. del Código Civil), como en relación con la interpretación e integración del contrato a tenor del principio de la buena fe contractual, especialmente con relación a lo dispuesto por el artículo 1258 y la proyección de la buena fe como fuente de integración del contrato, de forma que dicho principio no sólo sanciona, entre otros extremos, todos aquellos comportamientos que en la ejecución del contrato resulten contrarios a los deberes de lealtad y corrección debida respecto de lo acordado y la confianza que razonablemente derivó de dicho acuerdo, sino que también colma aquellas lagunas que pueda presentar la reglamentación contractual de las partes con relación a la debida ejecución y cumplimiento del contrato celebrado (entre otras, SSTS núms. 419/2015, de 20 de julio y 254/2016, de 19 de abril).*

*En el presente caso, no cabe duda de que la comercializadora, como suministradora, se vinculó contractualmente a una obligación de suministro de energía de acuerdo a unos estándares de calidad y continuidad del suministro (cláusula 1.1 del contrato). Del mismo*

*modo que se reservó, como condición suspensiva del contrato, una facultad de control acerca de la adecuación de las instalaciones del cliente para que dicha energía pudiera ser suministrada (cláusula 1.4 del contrato). Por su parte, el cliente accedió a dicha contratación confiando en que del contrato suscrito podría razonablemente esperar, a cambio del precio estipulado, que la comercializadora respondiera de su obligación, no como una mera intermediaria sin vinculación directa, sino que cumpliera con las expectativas de «todo aquello que cabía esperar» de un modo razonable y de buena fe, con arreglo a la naturaleza y características del contrato celebrado. Integración contractual, con base al principio de buena fe, que también viene contemplada en el artículo 6102 de los PECL (principios de derecho europeo de los contratos). Como tampoco puede concebirse como caso fortuito exonerador de responsabilidad (artículo 1105 del Código Civil) un suceso que cae dentro de la esfera de control de riesgo a cargo del deudor, y al que es ajeno el cliente o consumidor.*

*Lo contrario, por lo demás, supondría una clara desprotección e indefensión en el ejercicio de los derechos del cliente que estaría abocado, en cada momento, a averiguar que empresa era la suministradora de la energía sin tener con ella vínculo contractual alguno. Todo ello, sin merma del derecho a la acción de repetición que en su caso pueda ejercitar la comercializadora contra la empresa de distribución de energía eléctrica. Sin que la decisión de este recurso, limitada a la legitimación pasiva de las comercializadoras, deba interpretarse como una exoneración de las empresas distribuidoras frente a las posibles reclamaciones de los consumidores”.*

## **2. Doctrina jurisprudencial**

La doctrina del Tribunal Supremo, y algunas sentencias de las audiencias provinciales citadas por el mismo que se han pronunciado en términos similares, clarifica el régimen de la responsabilidad civil por la calidad del suministro eléctrico. En consecuencia y con posterioridad a la sentencia comentada, las empresas comercializadoras de energía eléctrica tendrán que responder frente a los consumidores conforme al régimen de responsabilidad contractual por los daños y perjuicios derivados del deficiente suministro de energía<sup>1</sup>, sin perjuicio de la acción de repetición contra el distribuidor.

En los fundamentos jurídicos de la sentencia comentada, se

enumeran diversos preceptos legales aplicables a la responsabilidad por suministro deficiente de energía eléctrica recogidos en las dos normativas aplicables: la sectorial de Derecho público y el Derecho privado. Esta dualidad requiere aclarar qué aspectos son objeto de cada regulación con el fin de evitar la confusión que se ha producido, en ocasiones y en particular, en la atribución de la responsabilidad nacida del contrato de suministro de energía eléctrica como resuelve con acierto la sentencia objeto de comentario.

La complejidad de la regulación del sector de la energía eléctrica ha precisado una sistematización<sup>2</sup>, y se corresponde con un entramado de sujetos y funciones que ha sido calificado de "arquitectura"<sup>3</sup>.

De un lado, la legislación del sector eléctrico que establece las funciones de cada uno de los operadores que intervienen en el sistema eléctrico (productores, transportistas, distribuidores y comercializadores) es una normativa de Derecho público que regula la prestación de un servicio de interés general, pretende liberalizar la prestación de este servicio y garantizar el suministro a una calidad establecida. La Exposición de Motivos de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, de 27 de noviembre (en adelante Ley 54/1997), lo denomina "esencial" para el funcionamiento de la sociedad por lo que, en consecuencia, su precio es un factor decisivo de la competitividad de buena parte de nuestra economía. Conviene aclarar, sin embargo, que esta normativa no regula el régimen de responsabilidad derivado del contrato de suministro entre el comercializador y el consumidor (final, industrial o profesional).

En cuanto al Derecho privado, de otro lado, la propia Ley 54/1997 dispone que las responsabilidades previstas en ella y en las normas complementarias se han de entender "sin perjuicio de las [...] civiles y penales o de otro orden en que puedan incurrir las empresas titulares de actividades eléctricas o sus usuarios" (art. 59.2 Ley 54/1997, equivalente al art. 71.1 de la vigente Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector eléctrico, en adelante Ley 24/2013, *BOE*, núm. 310, de 27 de diciembre de 2013). En consecuencia, los supuestos relativos a incumplimiento del suministro de la energía eléctrica podrán dar lugar a las sanciones administrativas que correspondan y a la consiguiente responsabilidad contractual (Código Civil) allí donde proceda. Además, sin perjuicio de estas responsabilidades, puede resultar aplicable la responsabilidad civil por producto defectuoso<sup>4</sup> que es compatible con aquéllas (arts. 128 a 146 del Texto refundido de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes

complementarias de 2007, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, en adelante TRLGDCU).

En el ámbito del Derecho privado, la determinación de la norma aplicable, Código Civil o TRLGDCU, viene dada por su ámbito subjetivo<sup>5</sup> por lo que nos referimos al mismo brevemente. En efecto, la condición del consumidor determina la regulación aplicable a la responsabilidad derivada del deficiente cumplimiento del contrato de suministro de energía eléctrica: consumidor final y consumidor empresario. Del TRLGDCU se afirma que se trata de un régimen de cobertura universal, pensado para dar protección y reparación a todo tipo de sujetos perjudicados por la puesta en el mercado de productos defectuosos dañinos<sup>6</sup>. Así se ha deducido del art. 128.I del TRLGDCU, que habla expresamente de que: *[T]odo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios*". También implícitamente del artículo primero de la Directiva, 85/374/CEE, de 25 de julio, del Consejo, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (en adelante Directiva 85/374)<sup>7</sup>, donde se establece que *"[E]l productor será responsable de los daños causados por los defectos de sus productos"*. No obstante la regulación establece una clara distinción entre daños personales y daños materiales con una diferente cobertura personal (art. 129 TRLGDCU y art. 9 de la Directiva).

En el caso de los daños personales el ámbito tutelar efectivamente es universal, de modo que comprende a todo tipo de sujetos perjudicados, ya sean profesionales o consumidores. Así se deduce tanto del art. 9 de la Directiva 85/374/CEE, como del art. 129 TRLGDCU.

Respecto a los daños materiales, sin embargo, no sucede lo mismo pues la tutela reparadora está referida implícitamente sólo a los consumidores<sup>8</sup>, además de establecerse otro tipo de restricciones. Los mismos preceptos antes citados establecen por un lado, que los daños materiales cubiertos tendrán que afectar a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y que con esa finalidad hayan sido utilizados principalmente. Si se dan estos requisitos parece claro que la norma está excluyendo de su ámbito de protección a los empresarios o profesionales. A pesar de ello, y en relación al producto de la electricidad, se han dictado

numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales en las que se resuelve a favor de dichos profesionales.

En el caso de las personas jurídicas como posibles sujetos protegidos por los daños materiales, serán aplicables los mismos argumentos por lo que están excluidas del ámbito subjetivo. El perjudicado parece que debe ser siempre una persona física, porque difícilmente cabe hablar en sentido estricto de una utilización de un bien para uso o consumo privado por parte de una persona jurídica titular de una empresa, porque las empresas por definición no consumen sino que producen y transforman en sus procesos productivos los diferentes bienes o materias primas que adquieren. No obstante, las Audiencias Provinciales reinciden en este tipo de aseveraciones a favor de las personas jurídicas, que pudieran ser a veces bien intencionadas a pesar de estar guiadas por un excesivo paternalismo tutelar, pero que no parecen justificadas en ningún caso por razones normativas. Con toda claridad la norma habla de uso o consumo privado, esto es, consumo doméstico o familiar, lo que significa la exclusión del uso empresarial o profesional<sup>9</sup>.

Precisamente, el interés en enfatizar que dicha normativa no es aplicada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 24 de octubre de 2016 estriba en las numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales que han admitido a los profesionales como sujetos protegidos<sup>10</sup>.

Directamente relacionado con el ámbito subjetivo se encuentran la cobertura y reparación de los daños materiales. Como se ha señalado anteriormente, el art. 129 TRLGDCU, al igual que el art. 9 de la Directiva 85/374/CEE, establece dos requisitos para aplicar dicha cobertura. Por un lado un requisito objetivo, que exige que se trate de daños producidos en bienes objetivamente destinados al uso o consumo privados. Y por otro, un requisito subjetivo, que hayan sido utilizados principalmente en tal sentido, esto es, en el ámbito doméstico o familiar. De este modo nos encontramos que con esta norma se producen dos tipos de exclusiones. Por un lado los daños producidos a los bienes que podemos catalogar como bienes industriales o empresariales, esto es, bienes que objetivamente o normalmente no están destinados al uso o consumo privado. Caso, por ejemplo, dentro de los daños derivados por la electricidad. Por otro, según el requisito de carácter subjetivo, en el caso de bienes que podemos calificar de doble uso, empresarial o profesional y doméstico, no serán objeto de reparación los daños producidos en

aquellos bienes que sean utilizados principalmente con una finalidad empresarial o profesional.

La razón que se aduce para estos dos tipos de exclusiones bien por su naturaleza o bien por su uso no doméstico es la delimitación de los diferentes ámbitos normativos. Se quiere reservar el régimen de la responsabilidad por daños de productos defectuosos para los sujetos más débiles que son por lo general los consumidores<sup>11</sup>. En los casos de bienes destinados por su naturaleza a la actividad empresarial o profesional, los posibles daños obedecen a muy diferentes variables que parece que deben ser asumidos y controlados por el propio empresario o profesional que es el mejor situado para tal cometido. De ahí que la solución quede remitida al correspondiente Derecho de contratos, como acontece en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2016.

En cuanto al ámbito objetivo de aplicación, la electricidad como producto y su posible defecto, requiere una especial atención más adelante al revisar, en la sentencia comentada, la doctrina jurisprudencial en torno a la obligación de responder por un suministro de calidad.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2016 (FJ 1.º.2.), la condición de empresario del sujeto que contrata y sufre el suministro defectuoso de energía eléctrica ha supuesto que la controversia se resuelva en el estricto ámbito civil y contractual del mismo modo que sucede en las sentencias de las Audiencias Provinciales de Vizcaya, Sección Tercera, núm. 323/2015, de 21 octubre del 2015, JUR 2015\301066; de Granada núm. 296/2009, Sección Quinta, de 26 junio del 2009, AC 2009\1469, y de 22 de septiembre del 2006, JUR 2007\129286), sin considerar la aplicación del régimen de la responsabilidad por producto defectuoso.

Una vez expuestos los argumentos por los cuales no ha de aplicarse la protección prevista en el TRLGDCU a supuestos en los que el consumidor de energía es un empresario o profesional, es preciso centrarse la distinción entre las normas de Derecho público y de Derecho privado aplicadas en la STS 24 de octubre de 2016 pues, estando ambas conectadas, regulan diferentes esferas del suministro eléctrico.

Como punto de partida, los principios de libertad de elección del suministrador y libertad de contratación de energía eléctrica, imperan tras la liberalización de la actividad de la comercialización

de dicha energía. Como consecuencia de ello, las relaciones entre los consumidores y las comercializadoras se rigen conforme a la autonomía privada de contratación, no en vano se trata de contratos no regulados que son sometidos a condiciones generales de la contratación.

Sumado a lo anterior, y como límites de la voluntad privada, se ha de destacar de un lado, el carácter imperativo de la regulación especial del sector eléctrico que incide en todas y cada una de las fases del contrato y, de otro, la normativa general de protección a los consumidores. En ambas regulaciones, se consagra el derecho de información del consumidor, adquiriendo este derecho una función especial como instrumento orientado a la consecución de la liberalización del sector eléctrico lo que implica, desde la perspectiva de los consumidores de energía, libertad de elección de suministrador y libertad de contratación.

### **A) Normativa de Derecho privado**

a) La responsabilidad del comercializador derivada del contrato de suministro de energía eléctrica.

En su sentencia el Tribunal Supremo aclara que la relación que vincula al comercializador y al consumidor es la propia del contrato de suministro, por lo que la responsabilidad derivada del mismo es de naturaleza contractual y, por ello, se rige por el Código Civil. Conforme a la misma, se impone al deudor comercializador la obligación de responder del incumplimiento o cumplimiento "*defectuoso de la prestación*" (arts. 1088, 1091, 1100, 1101, 1103, 1104, 1106, 1108, 1254 y 1258 CC).

El nuevo marco jurídico de la distribución y comercialización de energía eléctrica adopta como principio la libertad de contratación y de elección del suministrador. En efecto, la liberalización del segmento minorista supone el desarrollo de la actividad de la comercialización como diferenciada de la distribución. En concordancia con lo anterior, se establece la separación jurídica de las actividades reguladas y no reguladas y, en particular, entre la distribución y la comercialización (art. 14 Ley 54/1997). Las sociedades que lleven a cabo la actividad de distribución (o cualquier otra actividad regulada) deben tener como objeto social exclusivo el desarrollo de la misma, sin perjuicio de la posibilidad de venta a consumidores.

No obstante, la separación por la ley de las funciones de distribución de energía eléctrica y su comercialización, no implica que la comercializadora carezca de toda responsabilidad frente a la otra parte contratante en lo atinente a las obligaciones contraídas en el contrato. En consecuencia, se ha de distinguir de un lado, las relaciones que puedan existir entre el distribuidor y el comercializador y, de otro, las relaciones entre el comercializador y el consumidor. En este sentido, las primeras no deben afectar a las segundas como se ha declarado en numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales<sup>12</sup>, pues al consumidor contratante de energía "no deben importarle las relaciones de la comercializadora con la distribuidora" desde el momento en que tiene contratado un servicio con la entidad a la que demanda por deficiencias de ese servicio.

b) La obligación contractual del comercializador de responder como "vendedor" de energía.

Recuerda el Tribunal Supremo que el art.9 de la Ley 54/1997 atribuye a la comercializadora la función de la "venta de energía eléctrica a los consumidores o usuarios, sin ambages y de un modo directo", como bien resalta la sentencia de la Audiencia. En consecuencia, la obligación contractual asumida implica la de entrega de la energía al usuario en estado adecuado para su uso. Como hemos indicado, en el cumplimiento de esta obligación no ha de influir las relaciones establecidas entre el comercializador y el distribuidor. En otras palabras, frente al usuario ha de ser irrelevante el modo en que el comercializador accede a la electricidad y las relaciones internas entre comercializador y distribuidor porque el consumidor no es parte en las mismas.

En suma, el comercializador ha de responder como vendedor de energía frente al consumidor contratante del suministro, y ello con independencia de quien sea el proveedor de la energía en el mercado mayorista y de quien sea el titular de las redes de transporte y distribución por las que circula esta energía. En torno al contrato de suministro y aplicación al mismo de las normas sobre el contrato de compraventa se ha pronunciado la jurisprudencia<sup>13</sup> al declarar que sobre el vendedor (en nuestro caso, comercializador de energía eléctrica) pesa la obligación de responder de la cosa vendida (energía).

c) Doctrina jurisprudencial en torno a la obligación de responder por un suministro de calidad.

El Tribunal Supremo en la sentencia comentada destaca la necesidad de proteger la “expectativa razonable del consumidor” a recibir un suministro eléctrico de calidad conforme a las exigencias de la buena fe. Para ello, el Tribunal declara que la responsabilidad contractual del comercializador deriva también del principio de buena fe que integra la relación contractual (arts. 1258 CC y 6102 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, en adelante, PECL).

En concreto, el Tribunal declara que junto a la aplicación de nuestro Código Civil tanto con relación a la responsabilidad por el incumplimiento obligacional y la consecuente indemnización de los daños y perjuicios derivados, ha de aplicarse en la interpretación e integración del contrato a tenor del principio de la buena fe contractual, especialmente con relación a lo dispuesto por el artículo 1258 CC y la proyección de la buena fe como fuente de integración del contrato. Dicho principio no sólo sanciona, entre otros extremos, todos aquellos comportamientos que en la ejecución del contrato resulten contrarios a los deberes de lealtad y corrección debida respecto de lo acordado y la confianza que razonablemente derivó de dicho acuerdo, sino que también colma aquellas lagunas que pueda presentar la reglamentación contractual de las partes con relación a la debida ejecución y cumplimiento del contrato celebrado (entre otras, SSTs núms. 419/2015, de 20 de julio y 254/2016, de 19 de abril).

Para el Tribunal, no cabe duda de que la comercializadora, como suministradora, se vinculó contractualmente a una obligación de suministro de energía conforme a unos estándares de calidad y continuidad del suministro (cláusula 1.1 del contrato). Del mismo modo que se reservó, como condición suspensiva del contrato, una facultad de control acerca de la adecuación de las instalaciones del cliente para que dicha energía pudiera ser suministrada (cláusula 1.4 del contrato). Por su parte, el cliente accedió a dicha contratación confiado en que del contrato suscrito podría razonablemente esperar, a cambio del precio estipulado, que la comercializadora respondiera de su obligación, no como una mera intermediaria sin vinculación directa, sino que cumpliera con las expectativas de «todo aquello que cabía esperar» de un modo razonable y de buena fe, con arreglo a la naturaleza y características del contrato cele-

brado. Integración contractual, con base al principio de buena fe, que también viene contemplada en el artículo 6:102 de los PECL. Asimismo, el Tribunal señala que tampoco puede concebirse como caso fortuito exonerador de responsabilidad (art. 1105 CC) un suceso que cae dentro de la esfera de control de riesgo a cargo del deudor, y al que es ajeno el cliente o consumidor.

En suma, la buena fe actúa como principio general que configura la relación contractual y que obliga a proteger la confianza que el consumidor ha depositado en el comercializador con quien ha contratado en un mercado en competencia, en el que podría haber elegido a otro suministrador y del que, razonablemente, cabe esperar que ofrezca el suministro en las condiciones de calidad y continuidad estipuladas.

Claramente, las interrupciones de suministro eléctrico constituyen un cumplimiento defectuoso y causa de los daños sufridos por el consumidor que son imputables al distribuidor. En este caso, de daños no imputables al comercializador sino a terceros por los que debe responder o que están en la esfera de riesgo que debe soportar, sucede que el comercializador debe asumir la responsabilidad frente al consumidor (doméstico, profesional o industrial) en su condición de deudor de la obligación.

Las interrupciones de suministro eléctrico constituyen un supuesto de deficiente calidad de suministro que ha sido abordado desde la perspectiva de "la electricidad como producto defectuoso"<sup>14</sup> en el ámbito de la responsabilidad civil del fabricante. Se nos dice, sin perjuicio de la necesaria distinción entre generación y distribución de la electricidad, la calidad de la electricidad, y por tanto también su posible defectuosidad generadora de daños hay que buscarla en la distribución de la misma, porque al no ser la electricidad un producto tangible, analizable, almacenable ni comparable, no cabe verificarla sobre el producto mismo. Y dicha calidad o defectuosidad se controla mediante la normalización del suministro, con el establecimiento de reglas que fijan los niveles, parámetros básicos, forma de onda, interrupciones, etc. La Ley 54/1997 estableció los umbrales mínimos de calidad, que a su vez se concretan reglamentariamente. El incumplimiento de estos umbrales mínimos dará lugar a las sanciones administrativas que correspondan y a la responsabilidad contractual allí donde proceda, y en los casos en que resulte de aplicación, la responsabilidad civil por producto defectuoso. Cualquiera que sea el régimen de responsabilidad aplica-

ble, estamos ante un producto eléctrico desde el mismo momento en que es puesto a disposición del usuario o consumidor el suministro de dicho producto. Y parece que debe ser así por razones teleológicas, porque dada la intangibilidad del producto, es lo que mejor satisface la finalidad de la norma, como es proteger y facilitar la reparación de los daños a los perjudicados por el suministro eléctrico.

## **B) Normativa de Derecho público**

Entre las cuestiones reguladas por la normativa sectorial de Derecho Público relacionadas con la responsabilidad por incumplimiento de la calidad del suministro, y sobre las que la STS de 24 de octubre de 2016 tiene ocasión de pronunciarse, se encuentran tres: a) la relación existente entre el comercializador y el distribuidor de energía eléctrica; b) la responsabilidad derivada del suministro de energía eléctrica frente al consumidor que no es exclusiva del comercializador, ni excluyente del distribuidor en la vía de regreso; y c) la responsabilidad del distribuidor por la calidad del suministro en vía administrativa.

### a) La relación existente entre el comercializador y el distribuidor de energía eléctrica

Con motivo de la reforma proyectada del sector eléctrico, se planteó la discusión entorno a la existencia de la relación entre el comercializador y el distribuidor de energía eléctrica y su naturaleza. En el proyecto de reforma, el art. 98, regulador de las reclamaciones, se presentaba como el precepto que más consecuencias tendría en su aplicación práctica y que resolvería muchos interrogantes que surgen en las relaciones entre los operadores del mercado eléctrico y entre estos y el consumidor,<sup>15</sup> tras la liberalización del sector. El citado precepto dispone que todas las reclamaciones de los consumidores deben ser presentadas, cualquiera que sea su objeto, ante la empresa comercializadora. De esta forma, se contempla un régimen de responsabilidad directa y exclusiva de la comercializadora frente al consumidor, que viene a reforzar el criterio que los jueces y tribunales estaban aplicando. De la letra del citado precepto se deduce, por tanto, que el consumidor eléctrico únicamente tiene vínculo contractual con el comercializador; ante quien siempre debe reclamar, obviándose así la relación contractual existente entre la empresa distribuidora y el consumidor, a pesar de

que tanto en el nacimiento de ésta como en su desenvolvimiento, actúe la empresa comercializadora como mandatario del consumidor.

En suma, las dos conclusiones importantes para el funcionamiento del mercado eléctrico y, en particular, para el consumidor son, primera, que la responsabilidad directa frente al consumidor la tiene siempre la empresa comercializadora; y segunda, la empresa comercializadora podrá repercutir a la distribuidora el importe de los daños con el que indemnice al consumidor, siempre que el objeto de la reclamación guarde relación, entre otras cosas, con la calidad del suministro de energía eléctrica. Este precepto ha normativizado el criterio que, al tiempo de la reforma, se imponía entre los jueces de proteger al consumidor, haciendo siempre responsable frente a éste a la empresa comercializadora, con independencia de que tenga o no relación con los hechos. Sin duda, se trata de un precepto clarificador de la posición del consumidor en el mercado eléctrico.

Como consecuencia de todo ello, y a la luz de la reforma ya operada, en la sentencia aquí comentada se desestima el argumento de la aseguradora subrogada en la posición del consumidor de negar la existencia de relación contractual entre el consumidor y el distribuidor porque la relación existe necesariamente. Es el distribuidor quien facilita al consumidor el acceso a la red eléctrica, remunerado mediante los peajes de acceso abonados, bien directamente al distribuidor, bien al comercializador, que los reintegrará al distribuidor. Cuestión distinta es que, además, exista una relación comercial.

En la actualidad y gracias a la liberalización, el consumidor de energía eléctrica puede optar entre contratar el acceso a la red directamente con el distribuidor y el suministro con el comercializador o contratarlo todo (acceso y suministro) con el comercializador (art. 40.2*i, j* de la Ley 24/2013; art. 44.2*a* de la Ley 54/1997, y art. 3.2 del RD 1435/2002, de 27 de diciembre, que regula las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión, en adelante RD 1435/2002). En cuanto a la formalización de contratos de tarifas de acceso, reza el art. 3 del RD 1435/2002 que *"El consumidor puede optar por contratar directamente el acceso a las redes con el distribuidor y la energía con un comercializador o por contratar la energía y el acceso a las redes a través de un comercializador"*.

A la vista de esa previsión normativa, se plantea una cuestión que ninguna de las normas aplicables en el sector eléctrico español

es capaz de resolver en el panorama legislativo actual: ¿Quién celebra el contrato de acceso a las redes o contrato ATR con la empresa distribuidora, necesario para suscribir el correspondiente contrato de suministro eléctrico, cuando el consumidor opta por que la gestión la efectúa la empresa comercializadora? ¿Contrata el acceso a la red de distribución el consumidor a través de su empresa comercializadora o contrata directamente la empresa comercializadora con la distribuidora, sin que de esa relación jurídica surjan derechos ni obligaciones para el consumidor final?

De la respuesta a ese interrogante surgen, sin duda alguna, múltiples cuestiones prácticas problemáticas, que suponen una gran inseguridad jurídica desde la perspectiva del consumidor eléctrico, al carecer este último de certeza sobre los sujetos del mercado eléctrico a los que debe dirigir sus consultas, quejas, reclamaciones o demandas judiciales.

Del mismo modo, no es posible esclarecer, a la luz de la normativa vigente, los respectivos ámbitos de responsabilidad de las empresas comercializadoras y distribuidoras de energía frente al consumidor final, siendo así que las diferentes instancias administrativas y judiciales vienen considerando que siempre responde ante el consumidor eléctrico la empresa comercializadora, por la relación jurídica directa existente entre ambas partes. Sin embargo, esas instancias no parece que tomen en consideración el hecho cierto de que el mismo consumidor habrá encargado a su empresa comercializadora, como requisito previo e imprescindible de la relación directa con esta última, la celebración de un contrato de acceso, en su nombre y para su punto de suministro en concreto, con la empresa propietaria de la red de distribución en el concreto ámbito territorial de que se trate.

Por ello, en la situación actual, resulta complicada la repercusión de responsabilidades de la empresa comercializadora a la distribuidora, quedando obligada la primera a responder siempre ante el consumidor final. Y de ahí la importancia de la STS 24 de octubre de 2016 que comentamos.

La naturaleza de la relación que vincula al comercializador con el consumidor ha de situarse en el ámbito de la representación bien directa, bien indirecta, y ha sido calificada como mandato o como sustitución<sup>16</sup>, ocupando en ambos supuestos el comercializador la posición del consumidor respecto del distribuidor. El artículo 3 del RD 1435/2002 prevé que los consumidores cuando opten por con-

tratar la energía y el acceso a las redes a través de un comercializador, deben contar con dos posibilidades a su elección; la primera, que confieran un mandato al citado comercializador para que éste contrate con el distribuidor el acceso a las redes en cuanto mandatario de los consumidores, opción que en la práctica ofrece dificultades como hemos indicado<sup>17</sup> (el art. 3.2 del RD 1435/2002 establece una relación de mandato entre consumidor y comercializador, a través de la representación directa, en la que el comercializador hace constar su condición de representante); y la segunda, que contraten el suministro de energía con los comercializadores como un todo esto es, incluyendo el tránsito por las redes que los comercializadores pueden, a su vez, contratar con los distribuidores en nombre propio. El art. 3.3 del RD 1435/2002 configura al comercializador como "sustituto" del consumidor en el contrato de acceso suscrito con el distribuidor ocupando, en consecuencia, la posición del consumidor. Se trata de una representación indirecta toda vez que el comercializador actúa en su propio nombre con efectos para otro que es el comercializador.

Sobre la figura del "sustituto" del consumidor, atribuida al comercializador, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de junio del 2004 (RJ 2004/6502), donde afirma que ésta es una noción de contornos no demasiado precisos que "puede contemplarse o bien desde la perspectiva fiscal (a efectos del pago y ulterior repercusión del IVA correspondiente a la factura del peaje de acceso, por ejemplo) o bien desde la perspectiva meramente civil o mercantil, bajo cuyo prisma realmente la "sustitución" poco añade al "mandato", en el que el mandante es sustituido por el mandatario".

En cualquiera de los casos, ya sea por vía de mandato o de sustitución, el comercializador ocupa respecto al distribuidor la posición del consumidor, lo que significa que el comercializador se subroga en la posición del consumidor, pudiendo exigir al distribuidor responsabilidad por las deficiencias de calidad del suministro, tanto en vía de regreso, si ha respondido frente al consumidor, como de modo directo y por daños propios<sup>18</sup>.

En fin, el propio artículo 3.3.II del Real Decreto 1435/2002 confirma la necesaria existencia de una suerte de relación entre el consumidor y el distribuidor al disponer que, en el caso de contratar el consumidor el acceso directamente con el distribuidor, o de contratarlo a través del comercializador, el distribuidor mantendrá con el

consumidor todas las obligaciones relativas al contrato de acceso y, en caso de rescisión del contrato entre el comercializador y el consumidor, éste será el titular del depósito de garantía, así como de cualquier otro derecho asociado a la instalación, sin que pueda ser exigible, por parte del distribuidor, actualización alguna con motivo de la renovación contractual.

b) La responsabilidad derivada del suministro de energía eléctrica frente al consumidor no es exclusiva del comercializador, ni excluyente del distribuidor en la vía de regreso

Acreditada la relación existente entre distribuidor y comercializador es preciso aclarar la responsabilidad respectiva y, a tal fin, dos son argumentos que fundamentan la responsabilidad del comercializador por el suministro frente al consumidor que encuentran acomodo el art. 48 LSE 54/1997: La normativa sectorial de energía eléctrica primero, no libera al comercializador de su obligación de responder de la calidad del suministro y, segundo, obliga al comercializador a compensar por medio de la factura del suministro las deficiencias de calidad .

La Ley impone a los comercializadores la obligación de llevar a cabo el suministro de energía eléctrica “con las características y continuidad que reglamentariamente se determinen” (art. 48 de la Ley 54/1997, equivalente al vigente art. 51 de la Ley 24/2013). Dicho precepto de manera clara añade “las empresas eléctricas y, en particular, las distribuidoras y comercializadoras promoverán la incorporación de tecnologías avanzadas en la medición y para el control de la calidad del suministro eléctrico”, lo que permite deducir la existencia de una responsabilidad que han de compartir el distribuidor y el comercializador<sup>19</sup>.

En segundo lugar, el art. 48.4 Ley 54/1997 facilita otro argumento aplicado por la jurisprudencia menor y al que recurre la doctrina<sup>20</sup> conforme al cual, el comercializador está obligado por la legislación sectorial a compensar por medio de la factura del suministro las deficiencias de calidad (arts. 48.4 de la Ley 54/1997 y 51.5 de la Ley 24/2013). El derecho imperativo del sector eléctrico ha querido que fuese el comercializador quien responda ante el consumidor, independientemente de la acción de regreso frente al distribuidor, pues en caso de interrupción del suministro o de deficiencias de calidad, la regulación prevé compensaciones en la factura. Poco importa que el responsable de la interrupción sea el

distribuidor, el regulador hace recaer en el comercializador la responsabilidad frente al consumidor porque es él quien mantiene la relación contractual con el comercializador, pues el distribuidor no factura al cliente en general. En caso de interrupción o carencias de calidad, el comercializador realizará las oportunas compensaciones en la factura y repetirá en vía de regreso contra el distribuidor.

Agregado a lo anterior, en la sentencia comentada el Tribunal Supremo declara que la decisión en el recurso (limitada a la legitimación pasiva de las comercializadoras) no debe interpretarse como una exoneración de las empresas distribuidoras frente a las posibles reclamaciones de los consumidores. De este modo, el Tribunal Supremo aclara que la responsabilidad por la calidad del suministro no es exclusiva del comercializador, no en vano responde en las relaciones internas con el comercializador, es decir, en vía de regreso. Él es el principal obligado a preservar la calidad del suministro y él quien ostenta el control sobre las redes de distribución que permiten mejorar la calidad (arts. 48 de la Ley 54/1997 y 51 de la Ley 24/2013). El comercializador que responde frente al consumidor por la mala calidad del suministro puede exigir responsabilidad al distribuidor si le es imputable a él la interrupción del suministro o su mala calidad por los denominados "picos de tensión". En el mismo sentido se han pronunciado numerosas sentencias de las audiencias provinciales acerca de la responsabilidad del distribuidor<sup>21</sup>.

c) La responsabilidad del distribuidor por la calidad deficiente del suministro en vía administrativa

Agregado a la responsabilidad contractual (y a la responsabilidad del fabricante por producto defectuoso cuando resulte aplicable), la ley consagra la responsabilidad del distribuidor en vía administrativa por la deficiente calidad del suministro. En este sentido, la normativa sectorial impone la obligación de garantizar la calidad del suministro y, conforme a la misma, el distribuidor podrá ser sancionado por la Administración competente si el suministro se interrumpe injustificadamente o si éste no es de la calidad exigida (arts. 59 y ss. de la Ley 54/1997 en relación con el artículo 45 de la misma norma), como tiene declarado la jurisprudencia menor.<sup>22</sup>

### **III.- DEBER DE INFORMACIÓN**

En todos los sectores implicados, se ha señalado la preocupación en torno al cumplimiento de los requisitos exigidos por la normativa

comunitaria en defensa de los intereses de los consumidores, a la hora de ofrecer la información necesaria previa a la formalización del contrato de energía eléctrica, y de manera particular por las comercializadoras.

Desde la perspectiva del derecho de información del consumidor del sector eléctrico, éste consiste en poner a disposición de los consumidores toda la información necesaria relativa a sus derechos, a la legislación en vigor y a las vías de solución de conflictos de que disponen en caso de litigio<sup>23</sup>. A modo de ejemplo, destaca el art. 45.1 de La Ley 54/1997 que impone una serie de obligaciones de información a las comercializadoras.

Las relaciones entre los consumidores y las comercializadoras de energía eléctrica han de regirse por la autonomía privada de la contratación, no en vano se trata de contratos no regulados y sometidos a condiciones generales de la contratación. Como límites de dicha autonomía, se ha de destacar, de un lado, el carácter imperativo de la regulación sectorial de energía eléctrica que incide en todas y cada una de las fases del contrato y, de otro, la normativa general de protección a los consumidores. En ambas regulaciones, se consagra el derecho de información del consumidor, adquiriendo una función especial como instrumento orientado a la consecución de la liberalización del sector eléctrico<sup>24</sup>.

Precisamente por su función, entiendo que el derecho de información, consagrado en las normas imperativas de Derecho público reguladoras del sector eléctrico, debería orientar el comportamiento de los distribuidores y comercializadores de energía eléctrica frente al consumidor sea éste empresario –protegido por el Derecho de contratos previsto en el Código Civil y el principio de buena fe-, sea “consumidor final” –tutelado por las normas de responsabilidad civil del fabricante-. A mi entender, distribuidores y comercializadores deben cumplir de manera efectiva la obligación de informar con claridad en sus relaciones de suministro de energía eléctrica acerca de las respectivas responsabilidades, ahora en los términos confirmados por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de octubre de 2016.

#### **IV.- CONCLUSIÓN**

Con posterioridad a la armonización positiva llevada a cabo por el legislador comunitario y la liberalización del sector eléctrico en España, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de

2016 resuelve, por primera vez, la falta de seguridad jurídica de los operadores del sector eléctrico en general y de los consumidores en particular.

Resulta claro que no es posible declarar la exclusiva responsabilidad del distribuidor por suministro deficiente de energía eléctrica sino que, conforme al régimen de responsabilidad contractual por los daños y perjuicios, el comercializador responde frente a los consumidores sin perjuicio de la acción de repetición contra el distribuidor. Frente al consumidor en su acepción amplia -doméstico, profesional o industrial-, responde el comercializador. En cualquier caso, el distribuidor también responderá directamente frente al consumidor si ha contratado el acceso expresamente con él, así como frente al comercializador, por los daños que le haya ocasionado, independientemente de los causados al consumidor.

La Sentencia del Tribunal Supremo permite poner fin a las discrepancias en la jurisprudencia menor que deben quedar superadas y, en adelante, no habrán de prosperar los pronunciamientos que exoneren a las comercializadoras de la responsabilidad por la deficiente calidad del suministro eléctrico, haciéndola recaer sobre las empresas distribuidoras en exclusiva.

Sumado a lo anterior, el derecho de información, consagrado en las normas imperativas de Derecho público reguladoras del sector eléctrico, ha de orientar el comportamiento de los distribuidores y comercializadores de energía eléctrica frente al consumidor sea éste empresario -protegido por el Derecho de contratos previsto en el Código Civil y el principio de buena fe-, sea "consumidor final" -tutelado por las normas de responsabilidad civil del fabricante-. A mi entender, distribuidores y comercializadores deben cumplir de manera efectiva la obligación de informar con claridad en sus relaciones de suministro de energía eléctrica acerca de las respectivas responsabilidades, ahora en los términos confirmados por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de octubre de 2016.

## NOTAS

- 1 *Vid.*, por todos, DÍEZ PICAZO, L., *Derecho de daños*, Madrid, 1999.
- 2 DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B., "La normativa aplicable en la liberalización del mercado interior de la energía eléctrica, Derecho de los consumidores y Derecho de la competencia. Referencia al derecho de información", en AAVV, (CANDELARIO MACÍAS, M<sup>a</sup>.I (Dir.), *Abuso de posición de dominio y mercado eléctrico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 105-147.
- 3 CANDELARIO MACÍAS, M<sup>a</sup> I., "La arquitectura y el despliegue del abuso de posición de dominio (el sector eléctrico)", en AAVV, (CANDELARIO MACÍAS, M<sup>a</sup>.I (Dir.), *Abuso de posición de dominio y mercado eléctrico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 45-103.
- 4 *Vid.*, SOLÉ FELIU, J., "Daños causados por alteraciones del fluido eléctrico y responsabilidad por productos defectuosos (arts. 128 a 146 TRLGDCU): la electricidad como producto defectuoso y la delimitación de los sujetos responsables", *Revista CESCO*, Núm. 14, 2015, pp. 78-108. Una panorámica en general de esta responsabilidad civil en RUIZ MUÑOZ, M., *Derecho europeo de responsabilidad civil del fabricante: (a propósito de la jurisprudencia del TJCE)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- 5 *Vid.*, CREMADES/PEINADO, "El consumidor de energía eléctrica", en AAVV, BECKER, CAZORLA, MARTÍNEZ-SIMANCAS, SALA (Dirs.), *Tratado de regulación del sector eléctrico*, T. I, Aspectos jurídicos, Cizur Menor, 2008, p. 581 y ss. En torno al concepto objetivo de consumidor, *vid.*, PAREDES PÉREZ, J.I., "La tutela jurídica de los consumidores en el ámbito del derecho comunitario. Especial referencia a la prestación de servicios en el sector eléctrico", en AAVV, (CANDELARIO MACÍAS, M<sup>a</sup>.I (Dir.), *Abuso de posición de dominio y mercado eléctrico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 297-349, p. 324-329.
- 6 Se trata del denominado *bystander*, la persona extraña o no vinculada a la adquisición del producto que se constituye en la víctima por antonomasia digna de protección por el Derecho de la responsabilidad del producto, *vid.* GÓMEZ POMAR, F., "Ámbito de protección de la responsabilidad de producto", en SALVADOR CORDECH/GÓMEZ POMAR (Editores), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Cizur Menor, 2008, p. 671.
- 7 Directiva, 85/374/CEE, de 25 de julio, del Consejo, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (DOCE L 210, 7.8.1985). Sobre los distintos fundamentos de responsabilidad de los prestadores de energía eléctrica, con mayor amplitud, *vid.*, BARCELÓ DOMÉNECH, J., *Responsabilidad civil por daños causados en el suministro eléctrico*, Dykinson, Madrid, 2008; TORAL LARA, E., "Daños causados por interrupción el suministro eléctrico (1)", *La Ley*, núm. 7635, 23.5.2011; TORAL LARA, E., "Daños causados por interrupción del suministro eléctrico", *Práctica Derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 90 2011, págs. 67-87.
- 8 RUIZ MUÑOZ, M., "La electricidad como producto defectuoso", en AAVV, (CANDELARIO MACÍAS, M<sup>a</sup>.I (Dir.), *Abuso de posición de dominio y mercado eléctrico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 19-43, p. 33.
- 9 *Ibi.*, p. 34; GÓMEZ POMAR, F., "Ámbito de protección de la responsabilidad de producto", *op. cit.*, p. 695-696 y 700-701.

- 10 *Vid.*, en este sentido, las sentencias de la Audiencias Provinciales citadas por RUIZ MUÑOZ, M., "La electricidad como producto defectuoso", *op. cit.*, y EIZMENDI AMAYUELAS, A., "El sector eléctrico desde el perspectiva del consumidor ante la reforma proyectada del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica", en AAVV, (CANDELARIO MACÍAS, M<sup>a</sup>.I (Dir.), *Abuso de posición de dominio y mercado eléctrico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 19-43 y pp. 279-295, respectivamente. Entre otras, SAP de Sevilla de 15 de mayo de 2006.
- 11 RUIZ MUÑOZ, M., "La electricidad como producto defectuoso", *op. cit.*, p. 39.
- 12 La separación de funciones entre el comercializador y el distribuidor, y las relaciones entre ellos, en ningún caso han de afectar al consumidor contratante de energía que contrata su adquisición con el comercializador y, en consecuencia, es a éste a quien demanda por deficiencias de ese servicio. Entre otras, así lo declaran numerosas SSAP: de Madrid, Sección Decimotercera, de fecha 16 de enero del 2007; núm. 149/2010, Sección Vigésimoprimera, de 30 de marzo del 2010 (JUR 2010\205155); núm. 529/2010, Sección Undécima, de 27 de mayo del 2010 (JUR 2010\305483); núm. 517/2012, Sección Décima, de 26 de septiembre del 2012 (JUR 2012\360210); núm. 456/2013, Sección Vigésimoquinta, de 8 de noviembre de 2013 (JUR 2014\69030); de Asturias, Sección Primera, de 29 de octubre del 2009; de Vizcaya, Sección Tercera, núm. 323/2015, de 21 octubre del 2015 (JUR 2015\301066); de Valencia, Sección Undécima, núm. 462/2005, de 14 de julio del 2005 (JUR 2005\276410); de Tenerife, Sección Tercera, núm. 403/2009, de 23 de octubre del 2009 (JUR 2010\79014); de A Coruña, Sección Cuarta, núm. 156/2010, de 31 de marzo del 2010 (JUR 2010\243691); de Alicante, Sección Novena, de 23 de diciembre del 2011 (JUR 2012/75137); de Murcia, Sección Cuarta, núm. 663/201, de 29 de diciembre del 2011 (JUR 2012/29327), y de Ciudad Real, Sección Segunda, núm. 53/2016, de 23 febrero del 2016 (JUR 2016\75380).
- 13 Entre la jurisprudencia menor que ha declarado que el contrato de suministro se rige por las normas de la compraventa y, conforme a éstas, el vendedor responde de la cosa vendida destacan: SSAP de Barcelona, Sección Primera, de 13 de septiembre del 2011, y núm. 287/2013, Sección Decimoséptima, de 27 junio del 2013, JUR 2013\338515; de Baleares, Sección Tercera, de 25 de noviembre del 2011; de Madrid, Sección Duodécima, de 27 de abril del 2010, y Sección Vigésimoprimera, de 30 de marzo del 2010; de León, Sección Primera, de 11 de marzo del 2010; de Granada, núm. 296/2009, Sección Quinta, de 26 junio del 2009, AC 2009\1469; de Valladolid, Sección Tercera, de 18 de febrero del 2010, y de Valencia, Sección Octava, de 27 de enero del 2009.
- 14 Por todos, RUIZ MUÑOZ, M., "La electricidad como producto defectuoso", *op. cit.*, pp. 19-43. En el ámbito de la responsabilidad del fabricante por productos defectuosos, la norma española no aclara en qué momento o en qué casos la electricidad debe ser considerada como un producto o como un servicio. Tampoco los tribunales de justicia han desarrollado un criterio claro al respecto, como lo prueba la disparidad de criterios judiciales. A título de ejemplo se encuentran las sentencias de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 15 de diciembre de 2008, y la Audiencia Provincial de Alicante de 14 de abril de 2009, donde un

- problema de interrupción de suministro eléctrico la primera lo califica de producto y la segunda de servicio. Con todo no cabe duda de que la electricidad a pesar de ser un intangible es un producto a los efectos de exigir la responsabilidad.
- 15 EIZMENDI AMAYUELAS, A., "El sector eléctrico desde la perspectiva del consumidor ante la reforma proyectada del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica", *op. cit.*, pp. 294 y 295.
- 16 En estos términos y referido a la reforma proyectada se refería EIZMENDI AMAYUELAS, A., *op. cit.*, p. 265. Refiriéndose a la norma vigente MENDOZA LOSANA, A.I., "¡No hay excusas! Los comercializadores de energía eléctrica deben indemnizar los daños ocasionados por la mala calidad del suministro", *CESCO, Publicaciones Jurídicas*, Noviembre, 2016, pp. 21, p. 19; con anterioridad, MENDOZA LOSANA, A.I., "Novedades en la regulación de los derechos de los consumidores y usuarios de energía eléctrica, gas, servicios de telecomunicaciones y servicios de la sociedad de la información", Nº 2, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2012, pp. 212 a 217.
- 17 *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio del 2004, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera (RJ 2004/6502), relativa a la solicitud de declaración de nulidad del precepto reglamentario por vulnerar diversos preceptos legales.
- 18 Entre los daños derivados de la deficiente calidad del suministro eléctrico destacan los relativos a la reputación o prestigio comercial ocasionados al comercializador.
- 19 En aplicación del artículo 48 de la Ley 54/1997, y la promoción de la incorporación de tecnologías avanzadas en la medición y para el control de la calidad del suministro eléctrico por las distribuidoras y comercializadoras destacan, entre otras, sentencias de las Audiencias Provinciales como las de Vizcaya, Sección Tercera, núm. 323/2015, de 21 de octubre del 2015, JUR 2015\301066, y de Granada, Sección Quinta, núm. 296/2009, de 26 de junio del 2009, AC 2009\1469.
- 20 Entre otros, MENDOZA LOSANA y EIZMENDI AMAYUELAS.
- 21 Entre las sentencias de las audiencias provinciales destacan la Audiencia Provincial de Murcia, Sección Cuarta, núm. 663/2011, de 29 de diciembre del 2011 (JUR 2012\29327) y núm. 245/2010, Sección Quinta, de 27 de julio del 2010 (JUR 2010\344541); de Lleida, Sección Segunda, núm. 551/2014, de 23 de diciembre (JUR 2015\56503) y otras citadas por ella; de Málaga, Sección Cuarta, núm. 480/2014, de 31 de octubre (JUR 2015\50318).
- 22 El carácter imperativo de la responsabilidad en vía administrativa del distribuidor por la deficiente calidad del suministro se pone de manifiesto en algunas sentencias de las audiencias provinciales como la de Vizcaya, Sección Tercera, núm. 323/2015, de 21 octubre del 2015 (JUR 2015\301066, FJ 2.º), que a su vez cita otras, como la de 22 de marzo del 2012, de la misma sección, y la de la Audiencia Provincial de Valladolid de 18 de febrero del 2010.
- 23 STIGLITZ, R.S., "La obligación precontractual y contractual de información. El deber de consejo", Nº 43, *Estudios sobre consumo*, 1997, pp. 39 a 50.
- 24 DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B., "La normativa aplicable en la liberalización del mercado interior de la energía eléctrica, Derecho de los consumidores y Derecho de la competencia. Referencia al derecho de información", *op. cit.*, p. 145.



## BIBLIOGRAFÍA

- BARCELÓ DOMÉNECH, J., *Responsabilidad civil por daños causados en el suministro eléctrico*, Dykinson, Madrid, 2008.
- CANDELARIO MACÍAS, M<sup>a</sup> I., "La arquitectura y el despliegue del abuso de posición de dominio (el sector eléctrico)", en AAVV, (CANDELARIO MACÍAS, M<sup>a</sup>.I (Dir.), *Abuso de posición de dominio y mercado eléctrico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 45-103.
- IDEM, "El consumidor del mercado eléctrico: ¿estamos ante una "nueva" categoría de consumidor?", *Derecho de los Negocios*, 2013.
- CREMADES/PEINADO, "El consumidor de energía eléctrica", en AAVV., BECKER, CAZORLA, MARTÍNEZ-SIMANCAS, SALA (Dirs.), *Tratado de regulación del sector eléctrico, T. I, Aspectos jurídicos*, Cizur Menor, 2008, p. 581 y ss.
- DE LA VEGA JUSTRIBÓ, B., "La normativa aplicable en la liberalización del mercado interior de la energía eléctrica, Derecho de los consumidores y Derecho de la competencia. Referencia al derecho de información", en AAVV, (CANDELARIO MACÍAS, M<sup>a</sup>.I (Dir.), *Abuso de posición de dominio y mercado eléctrico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 105-147.
- DÍEZ PICAZO, L., *Derecho de daños*, Madrid, 1999.
- EIZMENDI AMAYUELAS, A., "El sector eléctrico desde el perspectiva del consumidor ante la reforma proyectada del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica", en AAVV, (CANDELARIO MACÍAS, M<sup>a</sup>.I (Dir.), *Abuso de posición de dominio y mercado eléctrico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 279-295.

- GÓMEZ POMAR, F., "Ámbito de protección de la responsabilidad de producto", en SALVADOR CORDECH/GÓMEZ POMAR (Editores), *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, Cizur Menor, 2008.
- MENDOZA LOSANA, A.I., "Novedades en la regulación de los derechos de los consumidores y usuarios de energía eléctrica, gas, servicios de telecomunicaciones y servicios de la sociedad de la información", Nº 2, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2012, pp. 212 a 217.
- ÍDEM, "¡No hay excusas! Los comercializadores de energía eléctrica deben indemnizar los daños ocasionados por la mala calidad del suministro", *CESCO, Publicaciones Jurídicas*, Noviembre 2016, pp. 21.
- PAREDES PÉREZ, J.I., "La tutela jurídica de los consumidores en el ámbito del derecho comunitarios. Especial referencia a la prestación de servicios en el sector eléctrico", en AAVV, (CANDELARIO MACÍAS, M<sup>a</sup>.I (Dir.), *Abuso de posición de dominio y mercado eléctrico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 297-349.
- RUIZ MUÑOZ, M., *Derecho europeo de responsabilidad civil del fabricante: (a propósito de la jurisprudencia del TJCE)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- IDEM, "La electricidad como producto defectuoso", en AAVV, (CANDELARIO MACÍAS, M<sup>a</sup>.I (Dir.), *Abuso de posición de dominio y mercado eléctrico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 19-43.
- SOLÉ FELIU, J., "Daños causados por alteraciones del fluido eléctrico y responsabilidad por productos defectuosos (arts. 128 a 146 TRLGDCU): la electricidad como producto defectuoso y la delimitación de los sujetos responsables", *Revista CESCO*, Núm. 14, 2015, pp. 78-108.
- STIGLITZ, R.S., "La obligación precontractual y contractual de información. El deber de consejo", Nº 43, *Estudios sobre consumo*, 1997, pp. 39 a 50.

- TORAL LARA, E., "Daños causados por interrupción el suministro eléctrico (1)", *La Ley*, núm. 7635, 23.5.2011.
- IDEM, "Daños causados por interrupción del suministro eléctrico", *Práctica Derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 90, 2011, págs. 67-87.



## **ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS**

- STS de 29 de junio del 2004.
- STS de 20 de julio de 2015.
- STS de 19 de abril de 2016.
- STS de 24 octubre de 2016.
- SAP de Pontevedra de 11 de octubre de 2002.
- SAP de Salamanca de 3 de octubre de 2003.
- SAP de Valencia, Sección Undécima, núm. 462/2005, de 14 de julio del 2005 (JUR 2005\276410).
- SAP de Sevilla de 15 de mayo de 2006.
- SAP de Granada de 22 de septiembre del 2006, JUR 2007\129286.
- SAP de Barcelona de 15 de enero de 2007.
- SAP de Madrid, Sección Decimotercera, de fecha 16 de enero del 2007.
- SAP de Baleares de 16 de junio de 2007.
- SAP de Madrid de 19 de junio de 2007.
- SAP de Cádiz de 28 de noviembre de 2008.
- SAP de Cádiz, de 15 de diciembre de 2008.
- SAP de Valencia, Sección Octava, de 27 de enero del 2009.
- SAP de Granada, núm. 296/2009, Sección Quinta, de 26 junio del 2009, AC 2009\1469.
- SAP de Madrid, Sección 25.<sup>a</sup>, de 3 de abril de 2009.
- SAP de Alicante de 14 de abril de 2009.
- SAP de Tenerife, Sección Tercera, núm. 403/2009, de 23 de octubre del 2009 (JUR 2010\79014).
- SAP de Asturias, Sección Primera, de 29 de octubre del 2009.
- SAP de Valladolid, Sección Tercera, de 18 de febrero del 2010.SAP de León, Sección Primera, de 11 de marzo del 2010.
- SAP de Madrid, núm. 149/2010, Sección Vigésimoprimera, de 30 de marzo del 2010 (JUR 2010\205155).
- SAP de A Coruña, Sección Cuarta, núm. 156/2010, de 31 de marzo del 2010 (JUR 2010\243691).
- SAP de Madrid, Sección 12.<sup>a</sup>, de 27 de abril de 2010.
- SAP de Madrid, núm. 529/2010, Sección Undécima, de 27 de mayo del 2010 (JUR 2010\305483).

- SAP de Murcia, núm. 245/2010, Sección Quinta, de 27 de julio del 2010 (JUR 2010\344541).
- SAP de Madrid, Sección 25, de 22 de noviembre de 2010.
- SAP de Barcelona, Sección Primera, de 13 de septiembre del 2011.
- SAP de Baleares, Sección Tercera, de 25 de noviembre del 2011.
- SAP de Alicante, Sección Novena, de 23 de diciembre del 2011 (JUR 2012/75137).
- SAP de Murcia, Sección Cuarta, núm. 663/201, de 29 de diciembre del 2011 (JUR 2012/29327).
- SAP de Vizcaya de 22 de marzo del 2012.
- SAP de Madrid, núm. 517/2012, Sección Décima, de 26 de septiembre del 2012 (JUR 2012\360210).
- SAP de Barcelona, núm. 287/2013, Sección Decimoséptima, de 27 junio del 2013, JUR 2013\338515.
- SAP de Madrid, núm. 456/2013, Sección Vigésimoquinta, de 8 de noviembre de 2013 (JUR 2014\69030).
- SAP de Málaga, núm. 480/2014, Sección Cuarta, de 31 de octubre (JUR 2015\50318).
- SAP de Lleida, Sección Segunda, núm. 551/2014, de 23 de diciembre (JUR 2015\56503).
- SAP de Vizcaya, Sección Tercera, núm. 323/2015, de 21 octubre del 2015 (JUR 2015\301066).
- SAP de Ciudad Real, Sección Segunda, núm. 53/2016, de 23 febrero del 2016 (JUR 2016\75380).

## ÍNDICE

Orden de producción de los medios de prueba en el proceso civil y mercantil Lic. Carlos Humberto Valdivieso Marín .....	1
La naturaleza creativa de la sentencia en el nuevo proceso común como fundamento para el precedente jurisprudencial Luis Alonso Rivera Ayala .....	41
Los deberes precontractuales de información David Alejandro García Hellebuyck .....	67
Técnica para configurar la infracción impugnabile en casación René Alfonso Padilla y Velasco .....	75
Los procesos colectivos / class actions en América Santiago Pereira Campos con la colaboración de Virginia Barreiro y Santiago Labat .....	87
El proceso monitorio en Uruguay Santiago Pereira Campos y Clarisa Rodríguez .....	155
Los procesos colectivos en Uruguay Santiago Pereira Campos .....	169
Daños y perjuicios en la responsabilidad contractual Ivonne Lizzette Flores González .....	273
La protección del tercero en ocasión de la declaratoria de nulidad de una compraventa de inmueble. Comentario a la sentencia de la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia con la que resolvió la indignidad de un heredero y sus efectos en la nulidad de ese contrato. Caso marcado con REF: 9-CAC-2017 Dr. Javier Antonio Tobar Rodríguez .....	293
Aproximación a las marcas notoriamente conocidas desde la perspectiva de los precedentes administrativos y la jurisprudencia salvadoreña Salvador Funes Lizama .....	319

Responsabilidad civil: la culpa contractual Wendy González .....	359
Incidencia de la variable "género" en las cifras de siniestralidad laboral: análisis de datos María Acale Sánchez .....	367
Aproximaciones al concepto jurídico indeterminado "justicia social" Ricardo Francisco Seco .....	407
La necesidad de incorporación constitucional expresa y de desarrollo del derecho humano al agua en el ordenamiento jurídico salvadoreño Verónica Raquel Torrez Brizuela .....	489
Responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del deficiente suministro de energía eléctrica: el comercializador responde frente a los consumidores sin perjuicio de la acción de repetición contra el distribuidor Bárbara de la Vega Justribó .....	509