

ACCIONES INHIBITORIA Y DE RESARCIMIENTO EN FORMA ESPECÍFICA EN EL “ANTEPROYECTO DE CÓDIGO MODELO DE PROCESOS COLECTIVOS PARA IBEROAMÉRICA” (ART. 7º) ¹

Luiz Guilherme Marinoni
Profesor Titular de Derecho Procesal Civil de la Universidad Federal
de Paraná – Brasil

Sumario: 1. Las características de los “nuevos derechos”; 2. La tutela inhibitoria; 3. Tutelas inhibitoria y de remoción del ilícito; 4. Presupuestos de las tutelas inhibitoria y de remoción del ilícito; 5. Continúa: los medios de ejecución idóneos para la prestación de las tutelas inhibitoria y de remoción del ilícito; 6. El resarcimiento en forma específica; 7. Continúa: los medios de ejecución idóneos para la prestación de la tutela resarcitoria en forma específica; 8. La acumulación del resarcimiento en forma específica con el resarcimiento por el equivalente pecuniario; 9. De la acción colectiva para el resarcimiento en forma específica de derechos individuales; 10. La acción colectiva y el adimplemento imperfecto de la obligación; 11. Bibliografía.

1. Las características de los “nuevos derechos”

Los “nuevos derechos”, incluyéndose aquí el derecho de un medio ambiente sano y el derecho del consumidor, son fundamentales para el desarrollo de la sociedad. Desde el momento en que se hizo evidente que el Estado no podría más apenas tratar de los derechos individuales, puesto que, para la justa y adecuada inserción del hombre en la vida social, se hizo imprescindible proteger los bienes concernientes a toda la comunidad, y para ello surgieron por lo tanto no solamente normas de derecho material que, con el propósito de darle contenido, asumieron la nítida función de prevención y concretización de estos bienes, como también la necesidad de nuevas formas de tutela jurisdiccional.

Los derechos transindividuales, obviamente, no se pueden tratar a través del proceso civil tradicional y de las anticuadas categorías de legitimación para la causa y de la cosa juzgada material. Sin embargo esto parece que ya ha sido suficientemente esclarecido por la doctrina. Sin duda alguna que la legitimación para la causa y la cosa juzgada material deben verse de forma particularizada con relación a estos derechos².

¹ Estudio realizado para la obra colectiva de comentarios sobre el “Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”, que se publicará en el Congreso Mundial de Derecho Procesal, en Ciudad de México, en septiembre de 2003

² Consultar Ada Pellegrini Grinover, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado por los autores Del anteproyecto* Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, p. 572 y ss.; Antonio Gidi, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1995.

Lo importante, en este momento, es hacer patente que derechos de este tipo, exigen también de un nuevo planteamiento en lo que respecta a las tutelas preventiva³ y resarcitoria. Hemos de observar, también, en primer lugar, que la concretización de los derechos transindividuales exige que el Estado edite normas impositivas de conductas o prohibitivas de acciones o de actividades. A través de las cuales, el Estado pretende no apenas la realización de determinados derechos, como también darles una efectiva protección. Desde esta perspectiva, tales normas adquieren un contenido nítidamente preventivo, y por lo tanto diverso del asumido por las tradicionales normas civiles. Delante de estas “nuevas” normas, la tutela jurisdiccional debe ser repensada, ya que si la norma goza de carácter preventivo, no sólo se debe tornar más potente la técnica procesal de prestación de la tutela inhibitoria (de la inhibición del ilícito), como también se le debe acrecentar la técnica de prestación de la tutela posterior al ilícito (de remoción del ilícito), haciendo la resalva de que esta última forma de tutela jurisdiccional, **aunque sea posterior a la violación** (y por eso represiva), **no se trata de tutela resarcitoria** (ni siquiera en forma específica), **y sí de una tutela represiva del ilícito y de prevención del daño**.

Por otra parte, cuando nos referimos a los derechos transindividuales y a los derechos individuales que pueden verse perjudicados en masa, no podemos dejar de lado el tema de la efectividad de la tutela resarcitoria. En este sentido, no sólo debe ser realizada **la prioridad del resarcimiento en forma específica con relación al resarcimiento por el equivalente pecuniario**, hay que demostrar también que los medios de ejecución de la tutela resarcitoria en forma específica no pueden tener más la configuración que antiguamente les había sido dada, una vez que el resarcimiento por el equivalente pecuniario se ha visto favorecido en razón de la evidente “monetización” de los derechos, así como por el hecho de que los mecanismos procesales, al no permitir la efectividad del resarcimiento en forma específica, acabaron estimulando la transformación del derecho a la reparación del daño en un derecho al cobro en dinero equivalente al valor de la lesión. Sin embargo, **resulta innecesario expresar que, para los derechos no patrimoniales, la antigua tutela resarcitoria por el equivalente pecuniario, así como los medios de ejecución tradicionales, son totalmente inadecuados**.

2. La tutela inhibitoria

Los derechos transindividuales obligan a que sean evitadas ciertas conductas que puedan perjudicarlos. En este sentido, se instituyen normas de derecho material que prohíben o imponen determinadas acciones. Como ya se había indicado anteriormente, estas normas poseen carácter preventivo. Por ende, si un derecho no patrimonial, para ser efectivo, depende de su inviolabilidad, las normas materiales de imposición o de prohibición de conductas aportan auténtica tutela preventiva a los derechos transindividuales.

³Sobre la importancia de la tutela preventiva con relación a los derechos difusos, consúltese Augusto M. Morello, *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino*, La plata, Platense, 1999, p. 59 y ss.

Además de las normas de derecho material, el proceso administrativo, encontrándose ante la violación de las normas de carácter preventivo, y conferirle tutela represiva con relación a la violación ocurrida, evidentemente presta tutela preventiva en lo que concierne al daño que la propia norma desea evitar.

La cuestión más interesante surge cuando se hace necesaria la actuación jurisdiccional. Hay que dejar claro que para que se haga efectivo el derecho no patrimonial no importa el que exista una norma material capaz de otorgarle la prevención. Es que la tutela inhibitoria ya es inherente a todo y a cualquier derecho no patrimonial.

Si el derecho a la tutela inhibitoria ⁴ es connatural al derecho no patrimonial y las modernas Constituciones garantizan el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, la legislación procesal tiene que instituir mecanismos procesales capaces realmente de prestarla. En este sentido, la afirmación del derecho a un medio ambiente sano, por ejemplo, solamente tendrá sentido si, al mismo tiempo, se predispusiesen las técnicas procesales (procedimiento, técnica de anticipación, sentencias y medios de ejecución) realmente idóneas para viabilizar la prestación de la tutela jurisdiccional inhibitoria.

Cuando ya existe una norma material de imposición o de prohibición de conducta – relacionada al derecho transindividual – que está siendo amenazada de violación, la tutela inhibitoria resulta también necesaria. En este caso se puede decir que la tutela jurisdiccional inhibitoria es esencial para la consecución del deseo preventivo pretendido por la propia norma de derecho material.

Si la tutela inhibitoria aspira evitar el ilícito, evidentemente que ella se destina a impedir **la práctica, la repetición o la continuación del ilícito⁵**. Considerando la noción sobre las

⁴Acerca de la tutela inhibitoria, dentro del derecho brasileño, ver Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Inibitória*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2003, 3^a. ed.; Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela Específica*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2003, 3^a. ed.; Sérgio Arenhart, *Tutela inibitória do direito à vida privada*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000; Luiz Fux, *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2001; Clayton Maranhão, Tutela jurisdiccional específica del derecho a la salud en las relaciones de consumo: un capítulo del derecho procesal del consumidor, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 24; Joaquim Felipe Spadoni, *Ação inibitória*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002; Paulo Ricardo Pozzolo, *Ação inibitória no processo do trabalho*, São Paulo, Ed. LTr, 2001. En el derecho argentino, consultar entre otros, Jorge Mosset Iturraspe, El daño ambiental en el derecho privado, *in Daño ambiental*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, t. 1, p. 157 y ss; Osvaldo Alfredo Gozaíni,³

Amparo, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, pp. 448-473; Noemi Lidia Nicolau, La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional. *La Ley*, 1996-A, p. 1.246 y ss; Ricardo Luis Lorenzetti, La tutela civil inhibitoria. *La Ley*, 1995-C, p. 1.217 y ss.

⁵Es obvio que la acción inhibitoria no se confunde con la acción cautelar. La acción inhibitoria, **aunque sea de naturaleza preventiva, es una acción de conocimiento.**

consecuencias de la violación del derecho, el acto contrario al derecho puede, en ciertos casos, **adquirir eficacia inmediata**. A partir de esta hipótesis puede existir la amenaza de repetición del acto contrario al derecho, pero el ilícito siempre tendrá eficacia inmediata. Por lo tanto esto quiere decir que, en tal hipótesis, el mecanismo procesal tendrá que proporcionar la concesión de la tutela inhibitoria antes de la violación.

La situación se complica si pensamos **en una única violación (acción) de eficacia continua y en acción ilícita continua**. En el caso de una acción ilícita continua, al demandante puede interesarle evitar que la actuación ilícita prosiga. Evitar la continuación de la actuación ilícita es lo mismo que impedir la continuación de la práctica del ilícito. Esto solamente se hace posible cuando el ilícito temido depende de una actividad del demandado, o sea, **cuando se le puede impedir al demandado que prosiga con su actuación ilícita**. Nos referimos, por ejemplo, al caso de la tutela inhibitoria orientada contra la continuación de la contaminación del medio ambiente.

3. Tutelas inhibitoria y de remoción del ilícito

Cuando una norma prohibitiva – que tiene por objeto proteger determinado derecho transindividual – es infringida, el ilícito puede tener eficacia continua, aunque la acción que lo produjo haya sido una sola. Como, por ejemplo, lo que ocurre cuando se ponen a la venta productos perjudiciales a la salud del consumidor.

En este caso **hay una única acción ilícita**, y por lo tanto no se puede pensar en la **inhibición de la repetición o continuación del ilícito**. En este caso no existe la posibilidad que **el demandado prosiga con la actividad ilícita**, puesto que **el ilícito ya ha sido practicado** y es apenas su **eficacia la que continua**.

Por lo tanto, la tutela **se constituye posterior al ilícito** y por lo menos con relación a él, es **represiva**. Pero es **preventiva en lo que concierne a los daños que pueden derivarse de la acción ilícita**. La tutela de **remoción del ilícito**, de esta manera, a pesar de ser represiva del ilícito, es también fundamental para evitar que se ocasionen daños al derecho al que se quiere proteger a través de la norma transgredida.

Si un comerciante pone a la venta un producto perjudicial a la salud del consumidor, el ilícito – que se determina al ponerlo a la venta – se produjo con anterioridad, de esta manera, la tutela **es represiva del ilícito y preventiva en lo que concierne al eventual daño que se deseó evitar con la prohibición de su venta**.

4. Presupuestos de la tutela inhibitoria y de remoción del ilícito

Cuando se hace una identificación entre ilícito y daño, admitimos que el elemento psicológico (dolo o culpa), dejando de lado los casos de responsabilidad objetiva, es necesario para la configuración del propio ilícito. En realidad, si el ilícito se plantea desde la perspectiva de la responsabilidad civil, es natural que se confundan ilícito y daño, y de ahí la suposición de que el elemento subjetivo es, por regla general, un componente del ilícito.

Como ya se sabe, dejando de lado la responsabilidad objetiva, el acto del hombre sólo puede constituirse en una obligación de indemnización cuando es culposo o doloso; tales elementos, en principio, se relacionan con la responsabilidad por el daño. **Sin embargo, desde el momento en que la noción de ilícito se aleja de la idea de daño, no existe razón alguna para cogitar sobre culpa o dolo. En el caso de que la acción esté orientada a impedir que se cometa la práctica de acto contrario al derecho, o incluso a retirarlo, no hay manera de pensar en daño, visto que lo importante es la probabilidad de que se cometa un acto contrario al derecho o la necesidad de su remoción.**

El daño es apenas una eventual consecuencia del ilícito. El daño y el elemento subjetivo solamente tienen importancia en caso de resarcimiento, pero no en las hipótesis de inhibición y de remoción del ilícito. **En caso de remoción del ilícito basta la trasgresión de la norma, importando muy poco lo que motivó al infractor a proceder de esta manera.**

5. Continúa: los medios de ejecución idóneos para la prestación de la tutela inhibitoria y de remoción del ilícito.

La tutela inhibitoria, por regla general, para ser efectivamente prestada exige la posibilidad de que el juez ordene el cumplimiento de un no hacer bajo pena de coerción patrimonial (multa).

Esta posibilidad está formulada en el “Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”, que no sólo establece, en su art. 7º, que “en la acción que tenga por objeto el cumplimiento de la obligación **de hacer o no hacer, el juez concederá la tutela específica de la obligación o determinará providencias que aseguren el resultado práctico equivalente al del cumplimiento**”, como también explicita, en el § 3º de este artículo, que “el juez podrá, en la hipótesis de **anticipación de tutela o en la sentencia, imponer multa diaria al demandado**, independientemente del pedido del actor, si fuera suficiente o compatible con la obligación, fijando plazo razonable para el cumplimiento de la resolución”.

Queda claro que el referido art. 7º **permite al juez que ordene un no hacer bajo pena**

de multa⁶ bien en la sentencia bien en la tutela anticipada⁷. De esta manera, se les confiere a los legitimados a la acción colectiva la posibilidad de requerimiento de decisión (tutela anticipada) o sentencia (tutela final) que ordene bajo pena de multa, lo que resulta primordial cuando se piensa en la necesidad de prevención, **y por consiguiente en la indispensabilidad no sólo de la imposición de un no hacer bajo pena de multa, sino también de la técnica que torne viable la tutela anticipada.**

No obstante, cuando nos referimos a la tutela inhibitoria, la **“multa diaria”** solamente resultará eficaz cuando se trate de **la tutela cuyo objetivo sea hacer parar el ilícito, o sea, en aquellas hipótesis de ilícito continuo.** La multa, en tales casos, si impondrá por día de atraso en la interrupción del ilícito. Sin embargo, cuando se desea **impedir la práctica o la repetición de un ilícito**, no existe otra salida sino la de imponer una multa con **“valor fijo”**. De manera que la previsión de “multa diaria”, incluida en el § 3º del art. 7º (antes mencionado), no merece prevalecer. Basta decir que el juez podrá imponerle una multa al demandado, dejándose de lado la expresión “multa diaria”⁸.

Asimismo, hay que tener en cuenta que **el ilícito se puede concretar a través de una conducta o mediante la omisión⁹**, y por lo tanto la tutela inhibitoria dependerá, conforme sea el caso concreto, no sólo de la posibilidad de la imposición de un no hacer, sino también la de hacer¹⁰. Esto se hace factible de acuerdo con lo mencionado en el art. 7º del “Anteproyecto de Código Modelo”.

⁶ Lo deja claro el art. 7º, § 2º, y no existe manera alguna de confundir esta multa con la de indemnización por daños y perjuicios: “Art. 7º, §2º - **La indemnización** por daños y perjuicios se hará **sin perjuicio de la multa**”.

⁷ Cuando se trata de la tutela anticipada, el art. 5º del “Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica establece lo siguiente: “Art. 5º - El juez podrá, a requerimiento de la parte, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en el pedido inicial, desde que, con base en prueba consistente, se convenza de la verosimilitud de la alegación y haya fundado temor de ineficacia del proveimiento final.

Par. 1º. No se concederá la anticipación de la tutela si hubiere peligro de irreversibilidad del proveimiento anticipado, a menos que, en un juicio de ponderación de los valores en juego, la denegación de la medida signifique sacrificio irrazonable de bien jurídico relevante.

Par. 2º. En la decisión que anticipa la tutela, el juez indicará, de modo claro y preciso, las razones de su convencimiento.

Par. 3º. La tutela anticipada podrá ser revocada o modificada en cualquier tiempo, en decisión fundada.

Par. 4º. Si no hubiera 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, prosiguiendo el proceso, si fuera el caso, para juzgamiento de los demás puntos o cuestiones puestos en la demanda”.

⁸ Según el art. 1.385^{ter} del *Code Judiciaire* Belga, “le juge peut fixer l’astreinte soit à une somme unique, soit à une somme déterminée par unité de temps ou par contravention. Dans ces deux

derniers cas, le juge peut aussi déterminer un montant au-delà duquel la condamnation aux astreintes cessera ses effets”.

⁹Gozáini, en el derecho argentino, admite que el “ilícito se puede concretar a través de una conducta o mediante la omisión; en el primer supuesto, **la orden** impide la continuidad del daño; en el segundo evita su aparición” (Osvaldo Alfredo Gozáini, *Amparo*, cit., p. 463).

¹⁰En el derecho anglo-estadounidense se reconocen las denominadas *prohibitory injunction* e *mandatory injunction*, la primera que consiste en una orden que obliga a un no hacer y la segunda en una orden que obliga a un hacer.

Podría plantearse el argumento de que la multa no puede utilizarse en el caso de la obligación a un hacer fungible, puesto que en dicha situación se hace viable el uso de la ejecución por subrogación. Sin embargo, no existe razón lógica para afirmarse que la previsión de medios típicos de ejecución por subrogación implique en que no pueda ser pasible de ejecución indirecta. Como expone Chiarloni, existiría, por lo menos, un fundamento histórico, que podría obtenerse del hecho de que ciertas medidas ejecutivas indirectas, en determinados ordenamientos – como el alemán -, son admitidas apenas cuando la ejecución por subrogación no resulta adecuada; sin embargo, incluso esta clase de argumentación cae por tierra cuando se observa que desde hace mucho tiempo, en el ordenamiento francés, que sirve de modelo, inclusive en términos históricos, a las investigaciones teóricas sobre la incidencia de la multa o de las *astreintes*, tales formas de ejecución pueden ser acumuladas y coexisten pacíficamente¹¹. Subráyese, por el contrario, que no es verdad que la jurisprudencia francesa se haya encaminado en el sentido de excluir el uso de las *astreintes* para aquellas hipótesis consideradas de ejecución por subrogación. La práctica en la jurisprudencia de las *astreintes* también se mantuvo con respecto a las obligaciones sobre las que la ejecución por subrogación está prevista, revelándose por lo tanto equivocada, en el caso de entenderla en sentido absoluto, la afirmación según la cual las *astreintes* apenas tienen cabimiento cuando resulta imposible obtener el resultado del adimplemento mediante la ejecución por subrogación.¹²

La multa, al actuar sobre la voluntad del obligado, **elimina el retraso y las complicaciones que caracterizan a la ejecución por subrogación.**¹³ No es justo exigirle al autor el adelantamiento de los gastos necesarios a la obligación de un hacer cuando es el reo el que debe; **obligar al autor a pagar para evitar el ilícito, reservándosele el derecho al resarcimiento de la cantidad adelantada, implica una completa desconsideración al principio de que el proceso no puede perjudicar al autor que tiene razón.**

Cuando se dice que la obligación infungible tiene que tutelarse a través de la multa, no quiere decirse que sea **apenas** la obligación infungible la que puede ser tutelada de esta forma, y sí que la obligación infungible **solamente** se puede tutelar mediante la imposición de una multa.¹⁴

Como explican Baker y Langan, “an injuntion restraining the doing or continuance of some wrongful act is called prohibitory or restrictive. **An injuntion to restrain the continuance of**”

some wrongful omission is called mandatory” (P. V. Baker e P. St. J. Langan, *Snell's principles of equity*. London, Sweet & Maxwell Ltd., 1982, p. 625).

¹¹ Sergio Chiarloni, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 15-16.

¹² Sergio Chiarloni, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, p. 16.

¹³ Silvestri y Taruffo tienen la misma opinión: “L’impiego di misure coercitive anche quando sia possibile l’esecuzione in forma specifica è d’altronde opportuno in quanto, operando nel senso di indurre l’obbligato all’adempimento, consente di evitare il ricorso ai procedimenti di esecuzione diretta, con le relative complicazioni e perdite di tempo” (Elisabetta Silvestri e Michele Taruffo, *Esecuzione forzata. Enciclopedia Giuridica Treccani*, v. 13, p. 11).

¹⁴ “Di conseguenza, non si può dire che in astratto esecuzione diretta ed esecuzione indiretta siano necessariamente

Si todos tiene derecho a que se haga efectiva la tutela jurisdiccional – efectividad que podría quedar comprometida si la ejecución tuviera que hacerse necesariamente a través de la ejecución por subrogación -, y si el proceso no puede perjudicar al autor que tiene razón, se tiene que admitir que la tutela inhibitoria que obliga a un hacer fungible pueda ejecutarse a través de la multa. Al mismo tiempo, la nueva redacción del art. 287 del Código de Proceso Civil brasileño contiene una disposición expresa y así establece: “Si el autor pide que le sea impuesto al reo abstenerse de practicar algún acto, de tolerar alguna actividad, **prestar acto** o entregar cosa, podrá requerir conminación pecuniaria en caso de incumplimiento de la sentencia o de decisión anticipada de tutela (arts. 461, § 4º, y 461-A)”. Esta nueva redacción modificó la antigua norma, que aludía a “prestar acto **que no pueda realizarse por tercero**”, citando apenas a “prestar acto”.

Si es cierto que la idea comprendida en esta alteración ya había sido aceptada por la doctrina y por la jurisprudencia brasileña, **no se puede negar que resulta en una toma de posición por parte del Código Procesal Civil, pero cuyo significado es bastante amplio, y por esto hay que esclarecerlo**. Es importante analizar la razón por la cual había cierta resistencia al uso de la multa con relación a las obligaciones fungibles. Se entendía simplemente, no tener fundamento constreñir a alguien a hacer algo que puede hacerlo un tercero, ya que tal manera de proceder, al no resultar necesaria y asimismo – desde esta perspectiva – no tener legitimidad, atentaría contra la libertad de los ciudadanos. **Acontece que esta conclusión es propia de una época en la que se le daba excesivo valor a la idea de impedir la interferencia del Estado en la esfera jurídica de lo particular**.

Además, en esta época no se sentía la necesidad de que el proceso jurisdiccional fuese célere y barato para darle efectividad al derecho que dependía de la imposición de un hacer, hasta porque siquiera se concebía que la jurisdicción pudiese actuar antes de la violación de un derecho. Se suponía que la ley ya contenía en sí fuerza suficiente para evitar su violación, y así la agresión a los derechos. **En este sentido, como no se admitía ni a la tutela inhibitoria ni a la de remoción del ilícito, no se podía pensar en un proceso que, atendiendo a las necesidades de estos tipos de tutelas jurisdiccionales, tornase viable la imposición de un hacer fungible**.

Sucede que la realidad de la sociedad contemporánea es otra. Es en este sentido que se dice que el derecho procesal no puede escapar a la idea de lo histórico, ya que los valores se expresan, como es evidente, a través de formas que se insieren dentro de la conciencia de las épocas.¹⁵

Bien, la sociedad actual demuestra claramente la necesidad de tutela de los derechos difusos y colectivos que dependen de la implementación de acciones positivas. Imaginar que

alternative l'una rispetto all'altra: le misure coercitive sono necessarie quando la sentenza non sia eseguibile in forma

specifica, ma sono possibili e utili anche in presenza di forme di esecuzione diretta, proprio perché possono evitare, inducendo il debitore ad adempiere, la necessità del ricorso all'esecuzione in forma specifica" (Elisabetta Silvestri e Michele Taruffo, Esecuzione forzata, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, v. 13, p. 2). Consultar, también, Michele Taruffo, Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione. *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1986, p.635 e ss.

¹⁵ V. Nelson Saldanha. *O Estado moderno e a separação de poderes*, São Paulo, Saraiva, 1987, p. 73.

el proceso sólo puede garantizar esta necesidad por medio de la ejecución por subrogación, es simplemente negar la posibilidad de hacer efectivas las tutelas inhibitoria y de remoción del ilícito.

Es evidente, la propia tutela de remoción del ilícito, aunque admitiendo, en principio, la ejecución por subrogación, puede ser ejercida, siguiendo este raciocinio, mediante una orden bajo pena de multa. No obstante, el art. 7º, § 4º, del "Anteproyecto de Código Modelo", afirma que "para la tutela específica o para la obtención del resultado práctico equivalente, podrá el juez determinar **las medidas necesarias, tales como búsqueda y aprehensión, remoción de cosas y personas, demolición de obra, impedimento de actividad nociva, además de requisición de fuerza policial**". Esto significa que se admite que el juez pueda, al hallarse ante la exigencia de un hacer fungible, proferir decisión o sentencia que desde ya autorice la práctica de actos ejecutivos, "**tales como**" aquellos enumerados en el § 4º del art. 7º anteriormente citado.

Queda claro que es posible, en los casos de acción inhibitoria o de acción de remoción del ilícito, el uso de la ejecución indirecta o de la ejecución directa. De este modo, es apenas el **caso concreto** que determinará cuando una u otra podrán utilizarse. El **caso concreto** será el que determinará qué **medida resultará más efectiva** al autor, sin olvidar que el medio ejecutivo debe de ser el "**más idóneo**" para la tutela del derecho, y por lo tanto causarle la "**menor restricción posible**" al demandado¹⁶. Hay que recordar que la necesidad de usar el **medio más idóneo** se relaciona íntimamente con la idea de **justicia, tanto para el ejercicio de los derechos como para la imposición de los deberes**.¹⁷

Con respecto al asunto sobre la responsabilidad civil, siempre se mantuvo, dentro del derecho brasileño, el principio de la doble forma de resarcimiento: o el resarcimiento en forma específica o la indemnización en dinero¹⁸. Pero, además el derecho brasileño siempre le dio prioridad al resarcimiento en forma específica en vez de al resarcimiento pecuniario. En este sentido, basta prestar atención a la norma que aparecía en el art. 1.537 del Código Civil de 1916 – ahora reproducida en el art. 947 del Código Civil de 2002 –, que dice así: “Si el deudor no puede cumplir la prestación en la especie determinada, **se substituirá por su valor, en moneda corriente**”. **Esta norma establece la centralidad al resarcimiento en forma**

¹⁶ Ver Luiz Guilherme Marinoni, Tutela Inibitória, cit., p. 131 y s.

¹⁷Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 514.

¹⁸ Como explica Aguiar Dias, “ existen dos formas de procesar el resarcimiento de daño: *la reparación natural o específica y la indemnización pecuniaria*. El sistema de reparación específica es más adecuado a la restauración, pero la indemnización de dinero se legitima, *subsidiariamente* ... ” José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1979, v. 2, p. 407). **específica, dejando en segundo lugar a la indemnización en dinero, y que por ello es meramente subsidiaria**. Quiere decir que, en la acción en la que se quiere reparar el acto ilícito, “el pedido puede dirigirse a la reparación natural, y sólo cuando exista la dificultad extrema o imposibilidad de la reparación natural es que, en su lugar, se habrá de exigir la indemnización en dinero”.¹⁹ Por lo tanto, resulta erróneo imaginarse que en el ordenamiento jurídico brasileño no se permite el resarcimiento en forma específica.

El Código Civil argentino es específico en el sentido de darle prioridad al resarcimiento en forma específica. Cita el art. 1083: “El resarcimiento de daños consistirá en la reposición de las cosas a su estado anterior, **excepto si fuera imposible**, en cuyo caso la indemnización se fijará en dinero. También podrá el damnificado **optar por la indemnización en dinero**.” Como explica Jorge Bustamante Alsina, “**esta reparación natural es la más apropiada**, sobre todo si se trata del daño ambiental, pues el ambiente sano es un derecho humano que determina la calidad de vida del hombre garantizada por la Constitución Nacional. Por otra parte, el derecho al ambiente constituye uno de esos intereses supraindividuales por su incidencia colectiva. **Su significación ecológica solamente recupera su valor mediante su recomposición**, y no satisface colectivamente a todos los damnificados que padecen el impacto ambiental, que alguno o algunos de ellos reciban una indemnización pecuniaria como compensación por el daño particular de cada uno de ellos”.²⁰

El problema, por lo tanto, nunca ha sido en el plano del derecho material, pero sí en el plano de los valores y del derecho procesal. A partir de la premisa de que los derechos siempre han sido de naturaleza patrimonial, **y que su eventual lesión podría medirse en pecunia, la doctrina indebidamente no sólo relacionó las categorías de ilicitud y de responsabilidad civil, como además supuso que la tutela resarcitoria podría ser prestada** 11

adecuadamente por medio de dinero. Quiere decir que, desde el plano de los valores, se imaginó que la obligación de repararse un daño podría convertirse en la obligación de pagarlo en dinero.

Si embargo, fue el Código Procesal Civil que transformó al derecho de resarcimiento en forma específica en derecho a su indemnización en dinero. Esto por el simple hecho de haberle conferido al demandante, sin raciocinar adecuadamente sobre el derecho al resarcimiento en forma específica, un proceso civil incapaz totalmente de protegerlo.

El derecho al resarcimiento en forma específica implica una obligación de reparar el daño, o sea, en la obligación de un hacer fungible. Sin embargo, el Código Procesal Civil brasileño de 1973 predispuso, para el derecho al resarcimiento en forma específica, el proceso de

¹⁹Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1973, v. 26, p. 28.

²⁰Jorge Bustamante Alsina, *Derecho Ambiental*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995, p. 93. Sobre el mismo asunto, Tomás Hutchinson, Responsabilidad pública ambiental, *in Daño ambiental*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, t. 2, pp. 144-150.

conocimiento (condenatorio) seguido del proceso de ejecución. Éste último solamente se podría desenvolver a través de la ejecución por subrogación, ya que, si la sentencia no fuese cumplida, el autor tendría que solicitar que la obligación de reparar, debida por el reo, fuese cumplida por un tercero.

La opción por la nominación de un tercero para hacer aquello que tendría que hacerlo el reo no sólo acarrea **mayor demora, como también gastos al autor**, que le obligaba, según la disposición del art. 634, § 7º, del Código Procesal Civil brasileño, **a adelantar las costas necesarias al hacer.**

Bien, si el autor, incluso **después de dos o tres años de proceso de conocimiento**, debe pagar para que un tercero haga lo que debería haber sido hecho por el reo, **le resultaría mucho mejor asumir inmediatamente las costas para la reparación del daño (sin necesidad de proceso judicial) y después postular la condenación del infractor a pagar la indemnización equivalente a su valor.**

Por lo tanto, fue el Código Procesal Civil que transformó el derecho a la reparación del daño en derecho a la obtención de una suma en dinero. **Esto por el motivo de que este modelo estructurado para el resarcimiento es completamente inadecuado para la prestación de la tutela resarcitoria en forma específica, y asimismo para atender a los derechos que mejor se adaptan a esta forma de resarcimiento.**

7. Continúa: los medios de ejecución idóneos para la prestación de la tutela resarcitoria en forma específica

Sin embargo, el art. 7º, §1º, del “Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”, fue precavido al subrayar que la conversión de la tutela específica en indemnización pecuniaria “solamente será admisible **si por ella optara el autor o si fuese imposible la tutela específica o la obtención del resultado práctico correspondiente**”.

Bien, si el art. 7º en su §1º, deja clara su preferencia a la tutela específica sobre la tutela por el equivalente, y, en su §3º, admite el uso de la multa (coerción indirecta) en la sentencia o en la decisión concesiva de tutela anticipada, **está autorizando a la tutela resarcitoria en forma específica mediante la imposición de multa.**

Recuérdese que la obligación de reparar es, ante todo, una obligación de hacer y no una obligación de pagar cierta suma en dinero. El argumento que podría alegarse en contra del uso de la multa para compeler a la reparación, es el de que el demandado puede ser incapaz técnicamente para proceder a la reparación del daño. En este caso, si embargo, si hay necesidad de la intervención de un tercero – que deberá ser designado (tras indicación del autor y manifestación del reo) por el juez -, éste deberá obligarlo bajo pena de multa a costear los gastos de la reparación.

No procede el argumento de que no es posible usarse la multa para compeler al pago de la suma en dinero, cuando se está ante la necesidad de realización de un derecho que fue objeto de daño. Inclusive, si la obligación de pagar, **sirve solamente para viabilizar el cumplimiento de la obligación de reparar – sin la cual el derecho no podría ser efectivamente tutelado – la primera obligación es meramente accesoria a la segunda.** Claro está, esta obligación es tan accesoria como la de informar el local en que se encuentra la cosa móvil – en el caso en que se desee que se entregue.

Si nadie niega que sea posible obtener forzosamente, a través de expropiación de bienes, las costas del resarcimiento, ¿por qué razón resultaría imposible utilizar la multa para presionar al infractor a costear la reparación? Bien, solamente así el perjudicado no será penalizado por el infractor y por el proceso, y de esta forma el ordenamiento jurídico será efectivamente realizado.

Recuérdese que la inexistencia de una efectiva tutela resarcitoria implica en aceptar la transformación de los bienes en pecunia, y por consiguiente pagar lo equivalente al daño en dinero después de varios años (por medio del binomio sentencia condenatoria – ejecución forzosa). Para mayor exactitud: **al negarse la efectividad del resarcimiento en forma específica, de cara a las nuevas relaciones del derecho sustancial, equivale a la propia negación del derecho material, o a la transformación de las normas relativas a los derechos ambientales y del consumidor (por ejemplo) en mera proclamación retórica.**

Obviamente, **un proceso que sólo permite el cobro en dinero no constituye una respuesta adecuada a los derechos. Un proceso de este tipo es, en realidad, un incentivo a la práctica de daños o, peor, una puerta abierta a la desconsideración del derecho material, ya que el infractor, en este caso, solamente tendrá que pagar el valor equivalente al daño**

después de cierto tiempo, lo que puede llegar a ser, en términos meramente económicos y de mercado, una excelente opción.

8. La acumulación del resarcimiento en forma específica con el resarcimiento por el equivalente pecuniario

Hay que dejar claro que, con la afirmación de la preferencia de la tutela resarcitoria en forma específica sobre la indemnización en dinero, **no se está diciendo que para la efectiva tutela de los derechos no sea posible la acumulación del resarcimiento en forma específica y el resarcimiento en dinero.**

Hay quien suponga que el daño no patrimonial **no puede ser materializado**, y que solamente puede ser compensado en dinero. Se piensa, en este sentido, en el llamado “dolor moral”. Los que piensan así **se engañan, una vez que no puede ser confundida la naturaleza del daño con la forma de su reparación.** Hay daños no patrimoniales que, por razón de su naturaleza, pueden ser reparados en forma específica (como hemos visto anteriormente), mientras

que otros solamente pueden ser compensados en dinero²¹. El daño no patrimonial puede abrir la oportunidad al resarcimiento en forma específica acumulado con el resarcimiento en dinero o, cuando la primera forma de reparación sea imposible, apenas a la indemnización en dinero.

Es importante subrayar que el resarcimiento en forma específica no significa mero restablecimiento de la situación anterior al del ilícito, y si el establecimiento de la situación que debería existir en el caso de que el daño no hubiera ocurrido.²² Hay casos en que es imposible el establecimiento de una situación equivalente a la que existiría en caso de que el daño no hubiera ocurrido, **pero es viable el establecimiento de la situación anterior al daño, o de una situación satisfactoria, en parte, a la necesidad de su reparación.**

Así, por ejemplo, si solamente es posible, en el caso de la contaminación de un río, el establecimiento de una situación **parcialmente** equivalente a la que existía antes de la contaminación, apenas **una parcela del daño** será resarcida a través de la tutela resarcitoria **en forma específica**. La otra parcela del daño, **que no podrá quedarse sin sanción, será resarcida a través de la indemnización en dinero.**

En el caso de la tala de árboles, la resolución del plantío de pequeños árboles, evidentemente no equivalentes a los que existirían en el caso de que no hubieran sido talados, configura apenas **resarcimiento parcial del daño, resultando necesario, en este caso también, para que el daño sea adecuadamente sancionado, la acumulación de la tutela resarcitoria por el equivalente.**²³

En este sentido, se encuadra la regla del art. 6º del “Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”, que establece: “En la acción **condenatoria a la reparación de los daños provocados al bien indivisiblemente considerado**, la indemnización revertirá en un fondo administrado por un Consejo gubernamental, del que participarán necesariamente el Ministerio Público y representantes de la comunidad, siendo sus recursos destinados a la reconstitución de los bienes lesionados”. O sea, en caso “de los daños provocados

²¹ La doctrina alemana entiende que el resarcimiento en forma específica se aplica *a los daños de naturaleza patrimonial y no patrimonial*. Othmar Jauernig afirma: “im Armen der Naturalrestitution besteht keine Trennung zwischen Vermögensschaden und Nichtvermögensschaden (vgl Anm II vor § 249), § 253 gilt nur für den Geldersatz. Bsp: Widerruf einer beleidigenden Behauptung (BGB 37, 187); Abdruck einer Gegendarstellung bei einer Ehrverletzung (Köln NJW 62, 1348); Entfernung eines unrichtigen Zeugnisses aus der Personalakte (BAG NJW 72, 2016); Herausgabe von Abschriften eines widerrechtlich kopierten Briefes (RG 94, 4)”. (Tomar Jauernig, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, München, CH, Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1994, p. 225).

²² Como deja claro Helmut Rübmbann, el § 249 del Código Civil alemán *habla sobre la obligación de establecer la situación que existiría en el caso de que el daño no hubiera ocurrido*. “§249 Satz 1 gibt dem Gläubiger einen Anspruch auf Hersrellung in Natur“ (Helmut Rübmann, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Darmstadt, Luchtenh, 1980, p. 185).

²³ Ver Peter Erman, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Münster: Aschendorf, 1993, v.1, p. 22.

al bien **indivisiblemente** considerado”, y siendo imposible o inadecuado el resarcimiento en forma específica o necesaria su acumulación con el resarcimiento en dinero, se establece que **“la indemnización revertirá en un fondo administrado por un Consejo gubernamental, del que participarán necesariamente el Ministerio Público y representantes de la comunidad, siendo sus recursos destinados a la reconstitución de los bienes lesionados”**.

Con esta regla, no sólo se garantiza el resarcimiento del bien y la sanción del daño en el caso de imposibilidad de reparación natural, como además se concederá el monto de la indemnización a una entidad idónea – en la que participarán necesariamente el Ministerio Público y representantes de la comunidad -, subrayándose que estos recursos administrados por ella deben destinarse a la reparación de los bienes lesionados.

9. De la acción colectiva para el resarcimiento en forma específica de derechos individuales

Si resulta evidente la posibilidad de la tutela resarcitoria en forma específica de los derechos indivisibles, podría plantearse la duda acerca de la viabilidad de una acción colectiva que tenga por objeto la tutela resarcitoria en forma específica de derechos individuales.

El “Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”, tras afirmar, en su art. 18, que “los legitimados podrán proponer, en nombre propio y en el interés de las víctimas o sus sucesores, **acción civil colectiva de responsabilidad por los daños individualmente sufridos**”, establece, en su art. 20, que “en caso de procedencia del pedido, la condena será genérica, **fijando la responsabilidad del demandado por los daños causados y el deber de indemnizar**”. De acuerdo con el art. 22, párrafo único, del “Anteproyecto” ,“en la liquidación de la sentencia, que podrá ser promovida ante el juez del domicilio del liquidante, corresponderá a éste probar, tan sólo, **el daño personal, el nexo de causalidad y el monto de la indemnización**”.

Cuando el “Anteproyecto” admite una **“acción civil colectiva de responsabilidad por los daños individualmente sufridos”**, afirma que la sentencia de procedencia se liquidará, **fijándose el “monto de la indemnización”**. Sin embargo, en el caso de la acción colectiva para el resarcimiento en **forma específica** de derechos individuales, no se puede pensar en **“valor” del daño**. No es posible – en el caso de resarcimiento en **forma específica** – porque el objetivo no es el de darle a los perjudicados los **valores equivalentes** a los daños, pero sí el de permitir la reparación en forma **específica** de los daños que sufrieron cada uno de los perjudicados. Lo que significa que la **prueba del valor de la indemnización solamente se necesitará realizar cuando se disponga indemnización pecuniaria**.

De acuerdo con referido art. 20, la sentencia de la acción colectiva de resarcimiento de daños individuales deberá establecer **“la responsabilidad del demandado por los daños causados y el deber de indemnizar”**. Por lo tanto, **hasta el momento de la sentencia no se cuestiona acerca de la “forma de resarcimiento”, y sí apenas sobre el deber de reparar el daño. Será en la llamada “habilitación” que la víctima o sus sucesores podrán optar por el resarcimiento en forma específica o por el resarcimiento en dinero.** En el primer caso, se necesitará probar solamente el daño y el nexo de causalidad; en la segunda hipótesis, además del daño y del nexo de causalidad; **se deberá probar el “quantum” indemnizatorio.**

En el caso de resarcimiento en forma específica, la sentencia que define la “habilitación” debe ordenarle al reo, bajo pena de multa (art. 7º, par. 3º), el hacer necesario para que aparezcan situaciones equivalentes a las que existirían en el caso de que los daños no se hubiesen cometido, o incluso la obligación de entregar cosa que sea de la misma especie que se destruyó.

La obligación de entregar cosa de la misma especie que se destruyó, como se sabe, **también implica un resarcimiento en forma específica.** En este caso, el consumidor podrá acogerse al art. 8º del “Anteproyecto”, que establece: “en la acción que tenga por objeto la obligación de entregar cosa, determinada o indeterminada, se aplican, en lo pertinente, las disposiciones del artículo anterior” (art. 7º).

Sin embargo, como el resarcimiento en forma específica tal vez no abarque la totalidad del daño, el legitimado colectivo debe solicitar el establecimiento de la responsabilidad del reo por el consiguiente daño. En esta hipótesis, la víctima o su sucesor podrán requerir además de la reparación en forma específica, la condena a pagar el valor equivalente del consiguiente daño. Es obvio que este valor también tendrá que ser probado en la “habilitación”.

Además, el “Anteproyecto” previene, en el art. 25²⁴, que “transcurrido el plazo de un año sin habilitación de interesados en número compatible con la gravedad del daño, podrán los legitimados del artículo 3º²⁵ promover la liquidación y ejecución colectiva de la indemnización debida por los daños causados”. De acuerdo con los párrafos 1º y 2º de este artículo “el valor del

²⁴ **Art. 25.** Transcurrido el plazo de un año sin habilitación de interesados en número compatible con la gravedad del daño, podrán los legitimados del artículo 3º promover la liquidación y ejecución colectiva de la indemnización debida por los daños causados.

Par. 1º. El valor del daño causado será fijado por peritaje arbitral.

Par. 2º. El producto de la indemnización revertirá para el fondo previsto en el artículo 6º.

²⁵ **Art. 3º.** Son legitimados concurrentemente a la acción colectiva:

I – el ciudadano, para la defensa de los intereses o derechos difusos;

II – el miembro del grupo, categoría o clase, para la defensa de los intereses o derechos colectivos e individuales homogéneos;

III – el Ministerio Público;

IV – las personas jurídicas de derecho público interno;

V – las entidades y órganos de la Administración Pública, directa o indirecta, aunque sin personalidad jurídica, específicamente destinados a la defensa de los intereses y derechos protegidos por este código;

VI – las asociaciones legalmente constituidas desde por lo menos un año y que incluyan entre sus fines institucionales la defensa de los intereses y derechos protegidos en este código, no siendo necesaria la autorización de la asamblea.

Par. 1°. El requisito de la pre-constitución puede ser dispensado por el juez, cuando haya manifiesto interés social evidenciado por la dimensión o característica del daño, o por la relevancia del bien jurídico a ser protegido.

Par. 2°. Será admitido el litisconsorcio facultativo entre los legitimados.

Par. 3°. El Ministerio Público, si no promoviera la acción o no interviniera en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley.

daño causado será fijado por peritaje arbitral” y “**el producto de la indemnización revertirá para el fondo**²⁶ previsto en el artículo 6°²⁷.

10. La acción colectiva y el adimplemento imperfecto de la obligación

El Código de Defensa del Consumidor brasileño trata, en los artículos 18 y siguientes, de la responsabilidad **por el vicio del producto y del servicio. Se trata de hipótesis por el adimplemento imperfecto de la obligación, y no de responsabilidad por daños.**

De acuerdo con el art. 18 del Código de Defensa del Consumidor brasileño, “os fornecedores de **produtos** de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas”. Neste caso, segundo o par. 1° deste artigo, “não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I – **a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso**; II – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III – o abatimento proporcional do preço”²⁸.

Par.4°. En caso de inexistencia del requisito de la representatividad adecuada, de desistimiento infundado o abandono de la acción por persona física o asociación legitimada, el juez notificará al Ministerio Público y, en la medida de lo posible, a otros legitimados adecuados para el caso a fin de que asuman, voluntariamente, la titularidad de la acción.

Par. 5°. El Ministerio Público y los órganos públicos legitimados podrán tomar de los interesados compromiso de ajuste de su conducta a las exigencias legales, mediante conminaciones, que tendrán eficacia de título ejecutivo extrajudicial”. En el derecho brasileño, sobre el asunto, consultar Kazuo Watanabe, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado por los autores del anteproyecto*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, p. 512 y ss.

²⁶Se trata de una especie de “fluid recovery”. V. Ada Pellegrini Grinover, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991, p. 545.

²⁷**Art. 6º.** En la acción condenatoria a la reparación de los daños provocados al bien indivisiblemente considerado, la indemnización revertirá en un fondo administrado por un Consejo gubernamental, del que participarán necesariamente el Ministerio Público y representantes de la comunidad, siendo sus recursos destinados a la reconstitución de los bienes lesionados.

²⁸ **Art. 18,** Código de Defensa del Consumidor Brasileño: “Los proveedores de **productos** de consumo perecederos o no perecederos son responsables, solidariamente, de los vicios de calidad o cantidad que los tornen impropios o inadecuados al consumo al que se destinan o presenten una diferencia de valor, además de aquellos derivados de diferencias en las instrucciones del envase, en el embalaje, etiqueta o divulgación publicitaria, respetándose las variaciones derivadas de su naturaleza, pudiendo el consumidor exigir la substitución de las partes viciadas”. En este caso, y según el par. 1º de este artículo, “no siendo el vicio subsanado en el plazo de treinta días, el consumidor podrá optar entre las siguientes alternativas: I - **la substitución del producto por otro igual, en perfectas condiciones de uso;** II – el dinero de vuelta, con corrección monetaria, sin perjuicio de posibles pérdidas o daños; III – descuento proporcional en el precio.

Existiendo vicios en la calidad del producto, el art. 20 del mismo Código de Defensa del Consumidor, afirma: “O fornecedor de **serviços** responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuem o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I- **a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;** II- a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízos de eventuais perdas e danos; III- o abatimento proporcional do preço. §1º **A reexecução dos serviços poderá ser confiada a terceiros devidamente capacitados, por conta e risco do fornecedor.** §2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade”.²⁹

Está claro que el adimplemento imperfecto de la obligación, le permite al consumidor la oportunidad de tutela específica **de la obligación contractual cumplida de manera imperfecta. No se trata de responsabilidad por daño, pero de verdadero incumplimiento contractual.** Según esta hipótesis, como aclara Zelmo Denari, “la responsabilidad está ‘in re ipsa’ y su fundamento es distinto del de la responsabilidad por daños”³⁰.

Si el adimplemento imperfecto afecta a varios consumidores, y por esto se trata de violación en masa de los derechos individuales – que podrían, en tesis, ser reivindicados mediante

acciones individuales o en litisconsorcio activo – existe lo que el mismo “Anteproyecto” llama, en el art. 1º, III, de “**intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos los provenientes de origen común**”.

²⁹ **Art. 20 , Código de Defensa del Consumidor brasileño:** “los proveedores de **servicios** son responsables por los vicios de calidad que los tornen impropios al consumo o que presenten una diferencia de valor, además por aquellos derivados de diferencias, en la presentación de la oferta, o divulgación publicitaria, pudiendo el consumidor exigir entre las siguientes alternativas: I – **el servicio ser ejecutado nuevamente, sin cualquier costo adicional, cuando sea posible;** II – devolución inmediata del monto pago, con corrección monetaria, sin cualquier perjuicio por pérdidas y daños; III – descuento proporcional en el precio; §1º **Los servicios podrán ser ejecutados nuevamente por terceros, debidamente capacitados, por cuenta y riesgo del proveedor.** §2º Son impropios los servicios que sean inadecuados a los fines para los que se destinan, como los que no sigan las normas reglamentarias para el cumplimiento de la prestación”.

³⁰ *Zelmo Denari, Código Brasileiro de Defesa do Consumido - Comentado por los autores del anteproyecto, Rio de Janeiro, Forense, Universitária, 1991, p. 97.*

Entre los vicios de calidad de los productos, podemos rememorar, por ejemplo, el defecto en el sistema de frenos de los automóviles de determinada serie. La alegación de este defecto, como es evidente, no es la afirmación de un daño, pero sí del adimplemento imperfecto de la obligación de entrega de los vehículos. Si varios consumidores fueran lesionados en razón de un defecto procedente de un defecto de la industria de automóviles, existen “derechos individuales homogéneos” en los términos que se expresa el art. 1º del “Anteproyecto”, antes mencionado. Si en esta hipótesis es necesario subsanar el defecto en el sistema de frenos, o incluso sustituirlo, podrá proponerse una acción colectiva para la tutela de los derechos individuales que hayan sido lesionados.

Podemos recordar, sin embargo, que en caso de vicio de calidad del producto, el consumidor podrá requerir, de acuerdo con el art. 18 del Código de Defensa del Consumidor brasileño, no sólo la “substitución del producto por otro de la misma especie, en perfectas condiciones de uso”, sino también “la devolución inmediata del monto pago, con corrección monetaria, sin perjuicio de eventuales pérdidas y daños; o “el descuento proporcional en el precio”. Por lo tanto, saber si es mejor la devolución integral del producto, subsanar el defecto, la devolución del monto pago o el descuento en el precio, dependerá de cada caso y del deseo de cada uno de los consumidores.

La sentencia de procedencia, cuando se alega adimplemento imperfecto que violó los derechos individuales homogéneos, **debe declarar apenas que el reo cumplió defectuosamente su obligación, entregándoles a los consumidores un producto con vicio de calidad.**

Exactamente por esto, los consumidores se deberán habilitar, tras la sentencia. En esta ocasión, deberán demostrar **el vínculo obligatorio que los une al demandado, que les garantiza el derecho al adecuado y perfecto adimplemento del contrato.**³¹ En este momento optarán por la sustitución integral del producto, por su mera reparación, por la devolución inmediata del monto pagado, o por el descuento en el precio. Si el lesionado opta por la sustitución integral del producto o por la reparación, podrá pleitear multa en las condiciones estipuladas por el art. 7º, par. 3º. Hipótesis en que, **no existirá otra manera de obtenerse tutela específica, puesto que solicitar (en el caso de obligación de un hacer) que tercero haga lo que debería hacer el demandado, obliga al pago de importe. Además, el uso de la multa, obligando al reo a un hacer o a entregar cosa, propiciará una tutela más barata, tempestiva y efectiva a los lesionados, responderá, así, no sólo a las ansias de la acción colectiva sino que también estará de acuerdo con los valores que la inspiran.**

³¹Como explica Denari, este modelo de responsabilidad es “**consecario del incumplimiento contractual: el proveedor tiene la obligación de garantizar la completa ejecución del contrato, colocando el bien o servicio en el mercado de consumo en perfectas condiciones de**

uso o usufructo”(Zelmo Denari, *Código Brasileiro de Defesa al Consumidor – Comentado por los autores del anteproyecto* , cit., p. 98).

Por otro lado, si se desea el descuento en el precio o devolución del monto pago, deberá realizarse cálculo aritmético, para que después, si fuera el caso, se modificase el contrato (en el caso de descuento en el precio) o, mediante la imposición de sanción ejecutiva, sea permitido que el consumidor, por medio del uso de la ejecución forzosa, realice su derecho a la devolución del monto pago.

Queda claro que no se puede confundir **el valor correspondiente al cumplimiento de la prestación con la indemnización debida en virtud del daño eventualmente producido por el adimplemento imperfecto**. En el supuesto de daño ocasionado en razón de adimplemento defectuoso, la responsabilidad deberá ser fijada en la sentencia de la acción colectiva, siendo que el consumidor, en forma individual, deberá demostrar el daño sufrido, así como el nexo de causalidad. Esto significa que el consumidor no puede pleitear – en la fase de “habilitación”- indemnización por el daño derivado de adimplemento defectuoso si la responsabilidad por este daño no haya sido fijada en la sentencia de la acción colectiva. En otras palabras, es el legitimado colectivo que debe pedir la fijación de responsabilidad por el adimplemento imperfecto y por el daño ocasionado.

11. Bibliografía

ALSINA, Jorge Bustamante, *Derecho Ambiental*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

ARENHART, Sérgio. *Tutela inibitória do direito à vida privada*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

BAKER, P. V.. LANGAN, P. St. J.. *Snell’s principles of equity*. London, Sweet & Maxwell Ltd., 1982.

CHIARLONI, Sergio. *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Milano, Giuffrè, 1980.

DENARI, Zelmo, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1979, v. 2.

ERMAN, Peter, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Münster, Aschendorf, 1993, v.1.

FUX, Luiz. *Curso de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2001.

GIDI, Antonio, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1995.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Amparo*. Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991.

HUTCHINSON, Tomás. Responsabilidad pública ambiental, in *Daño ambiental*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, t. 2.

ITURRASPE, Jorge Mosset. El daño ambiental en el derecho privado, in *Daño ambiental*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2002, t. 1.

JAUERNIG, Othmar. *Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, München, CH, Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1994.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luis. La tutela civil inhibitoria. *La Ley*, 1995-C.

MARANHÃO, Clayton. Tutela jurisdicional específica do direito à saúde nas relações de consumo: um capítulo do direito processual do consumidor, *Revista de Direito Processual Civil*, v. 24.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Específica*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2003, 3ª ed.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2003, 3ª ed.

MORELLO, Augusto M., *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino*, La Plata, Platense, 1999.

NICOLAU, Noemi Lidia. La tutela inhibitoria y el nuevo artículo 43 de la Constitución Nacional. *La Ley*, 1996-A.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1973, v. 26.

POZZOLO, Paulo Ricardo. *Ação inibitória no processo do trabalho*, São Paulo, Ed. LTr, 2001.

RÜBMANN, Helmut. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Darmstadt, Luchtenhand, 1980.

SALDANHA, Nelson. *O Estado moderno e a separação de poderes*, São Paulo, Saraiva, 1987.

SILVESTRI, Elisabetta. TARUFFO, Michele. Esecuzione forzata, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, v. 13.

SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

TARUFFO, Michele. Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione. *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1986.

TARUFFO, Michele. SILVESTRI, Elisabetta. Esecuzione forzata, *Enciclopedia Giuridica Treccani*, v. 13.

WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991.