



**Civil Procedure Review**  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

***Civil Procedure Review* - ISSN 2191-1339**  
**Electronic Law Review in the field of Procedural Law**

**<http://www.civilprocedurereview.com>**

**Vol.6 – N°2 – may./aug. 2015**



## **Summary**

**Vol.6 – N°2 – may./aug. 2015**

**LA VIGENCIA DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO, EL DEBER DE CONGRUENCIA Y LOS LÍMITES EN LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE MEDIDAS DE REPARACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO DE TUTELA LABORAL (VALIDITY OF THE DISPOSITIVE PRINCIPLE, RESPONSIBILITY OF ACCORDANCE AND LIMITATIONS IN JUDICIAL DETERMINATION OF RELIEF IN LABOR GUARDIANSHIP PROCEEDINGS)**

DIEGO PALOMO AND JAIME CRUCES ..... p.3

**L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE EN PROCÉDURE CIVILE CAMEROUNAISE : VERS LA CONSÉCRATION D'UNE FIN DE NON-RECEVOIR D'ORDRE PUBLIC? (THE AUTHORITY OF RES JUDICATA IN CAMEROONIAN CIVIL PROCEDURE: TO THE CONSECRATION OF A PLEA OF INADMISSIBILITY OF PUBLIC POLICY?)**

LÉON HOUNBARA KAOSIRI ..... p.65

**SERVING GREEK PROCEEDINGS TO US DEFENDANTS: A CASE LAW SURVEY**

APOSTOLOS ANTHIMOS ..... p.99

**MEDIAÇÃO DE CONFLITOS, INCLUSÃO SOCIAL E LINGUAGEM JURÍDICA: POTENCIALIDADES E SUPERAÇÕES (MEDIATION OF CONFLICTS, SOCIAL INCLUSION AND LEGAL LANGUAGE: POTENTIAL AND OVERRUNS)**

FERNANDA TARTUCE AND LUÍS HENRIQUE BORTOLAI ..... p.107

**BRAZILIAN NEW CIVIL PROCEDURE CODE STRENGTHENS COOPERATION BETWEEN STATE COURTS AND ARBITRAL TRIBUNALS**

DEBORAH ALCICI SALOMÃO ..... p.130

**SPANISH MORTGAGE FORECLOSURE AND UNFAIR TERMS IN BANKING CONTRACTS**

YOLANDA DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA ..... p.140



Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

# **La vigencia del principio dispositivo, el deber de congruencia y los límites en la determinación judicial de medidas de reparación en el procedimiento de tutela laboral**

(Validity of the dispositive principle, responsibility of accordance and limitations in judicial determination of relief in labor guardianship proceedings)

***Diego Palomo***

Professor at the University of Talca, Chile.

Ph.D. at Universidad Complutense de Madrid

and

***Jaime Cruces***

Judge on Labour Matters in Chile

Master of Laws at the University of Talca, Chile

**Resumen:** En este artículo se demostrará que el proceso laboral y en particular el denominado procedimiento de tutela laboral, no está excluido de la vigencia del principio dispositivo, para lo que se abordará una descripción de dicho principio orientado fundamentalmente a explicar sus manifestaciones procesales y como aquel determina el contenido del proceso. A través del análisis del concepto de objeto del proceso y de los elementos que lo componen, se comprobará que, en el referido procedimiento, dicho objeto es determinado por las partes, limitando con ello la actuación del Juez, de manera que la resolución del asunto y la determinación de una eventual reparación debe ser congruente con dicho objeto, no pudiendo el tribunal disponer medidas de reparación en el proceso de tutela laboral, no pedidas ni distintas de las solicitadas por el denunciante.



**Abstract:** The aim of this paper is to prove that the labor process and in particular the labor guardianship proceeding are not excluded from the validity of the dispositive principle. In order to do this, a description of this principle will be addressed, providing insight of its procedural manifestations and how it determines the contents of the process. Through the analysis of the concept of object of the process as well as the elements within, it will be demonstrated that in the aforementioned procedure such an object is determined by the parties, thus limiting the intervention of the judge so that the outcome of the proceeding and the determination of possible relief is in accordance with this object, disabling the court house to lay down measures of relief in the labor guardianship proceeding, not asked for nor different from, the ones requested by the plaintiff.

**Palabras Claves:** Dispositivo - procedimiento de tutela laboral - congruencia

**Keywords:** Dispositive - labor guardianship proceeding - accordance

**La vigencia del principio dispositivo, el deber de congruencia y los límites en la determinación judicial de medidas de reparación en el procedimiento de tutela laboral.**

**1. A modo de introducción: necesidad de revisar el nuevo modelo procesal laboral chileno a la luz de las exigencias del derecho a un debido proceso.**

#### **a) Consideraciones preliminares**

La evolución de los procedimientos chilenos muestra, desde hace más de una década (con la reforma a la justicia penal)<sup>1</sup>, una clara tendencia hacia la recepción de modelos

---

<sup>1</sup> Hacemos referencia acá al proceso de reforma a la Justicia penal chilena, que sirvió de punto de partida a las demás. Sin perjuicio, por cierto, de las reformas parciales que se le han introducido al Código procesal penal en los años de vigencia que acumula, las normas relevantes que ligan con este proceso de reforma son: Ley 20.592 Ministerio del interior y seguridad pública; subsecretaría del interior derecho de defensa a los imputados; Ley 20.253 ministerio de justicia modifica el Código penal y el Código procesal penal en materia de seguridad ciudadana, y refuerza las atribuciones preventivas de las policías (conocida como la ley de agenda corta); Ley 20.074 Ministerio de justicia modifica los Códigos procesal penal y penal; Ley 19.942 Ministerio de justicia modifica los Códigos de procedimiento penal y procesal penal en materia de control de identidad; y la Ley 19.789 Ministerio de justicia introduce modificaciones al Código procesal penal



procesales a los cuales se les ha impuesto el desafío de modernizar un servicio judicial atrapado en los problemas de un sistema ineficiente en los tiempos y severamente cuestionado respecto a la calidad de la respuesta jurisdiccional.

De la tendencia resultan ser claros ejemplos no sólo el procedimiento penal antes señalado, el nuevo procedimiento en los tribunales de familia (a través de las leyes 19.968 y 20.286), y el proyectado nuevo Código procesal civil, actualmente en tramitación en el Congreso Nacional (Mensaje Num. 432-359)<sup>2</sup>, que recoge también los principios y reglas que desde hace más de un siglo se han venido postulando y aplicando en diversos países para mejorar la Justicia<sup>3</sup>, sino también el nuevo procedimiento del trabajo, reformado y rápidamente “vuelto a reformar” a través de un conjunto de leyes (Núm. 20.022, 20.023 y 20.087, por un lado, y 20.164, 20.174, 20.175, 20.252 y 20.260 en lo que se conoció como la reforma de la reforma), en la búsqueda de un salto de eficiencia en el funcionamiento de la Justicia del trabajo<sup>4</sup>.

Cabe señalar que todas las reformas procesales chilenas, incluida la reforma al proceso laboral, salvo la reforma a la Justicia tributaria (Ley Núm. 20.322), han asumido como idea central para la mejora del funcionamiento de la Justicia la conveniencia y hasta la necesidad de adoptar la oralidad como forma protagonista en el nuevo sistema judicial, la que se instaló entre nosotros, como la mejor herramienta para enfrentar los males que aquejan a la Justicia, principalmente su ineficiencia y lentitud en la respuesta jurisdiccional que se estima, con razón, un atentado a la tutela judicial efectiva.

---

<sup>2</sup> Proyecto de nuevo CPC que en gran parte de su articulado se encuentra ya aprobado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados de Chile.

<sup>3</sup> Trátase, nuevamente, de un Proyecto de nueva regulación procesal civil que junto con tomar partido por la fórmula de la oralidad, apuesta por la búsqueda de la eficiencia y por una concepción de proceso en dónde además del interés privado que se asume lo integra, existe un interés público, comprometido en una resolución rápida, eficaz, justa y fundada en derecho del conflicto. Desde el modelo de proceso por audiencias, la oralidad y sus bien difundidas reglas conexas se persigue dar vuelta la página respecto de una de las características que más ha marcado el deficiente desempeño del sistema, la escrituración.

<sup>4</sup> Disponible en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=245804> [visitado el 5/11/2014].



**b) El eslogan de las reformas a la Justicia en general y de la reforma procesal laboral en particular: un modelo de Justicia eficiente, *rectius*, acelerada**

Es que tradicionalmente la cuestión de la búsqueda de la eficiencia en la Justicia ha sido ligada con la mejora en los tiempos de duración de los procesos que, con el sistema escriturado vigente casi monopolícamente hasta antes del proceso de reformas al que hemos hecho referencia, no cumplen con un estándar razonable, reflejándose claramente en la lentitud con la que los tribunales brindan respuesta a los justiciables, debiendo pasar varios años para una respuesta jurisdiccional eficaz. Por ello, el *eslogan* principal de reforma a la Justicia laboral<sup>5</sup> estuvo centrado muy fundamentalmente en enfrentar la búsqueda de una mayor eficiencia para la sobrecarga de causas, en general, y el factor tiempo en particular, para una Justicia secuestrada por un modelo escriturado que ponía serias dificultades a la posibilidad de acortar el horizonte temporal de una respuesta jurisdiccional eficaz. Tal cual ha sido la tendencia en el resto de los países de América Latina asociando estrechamente esta mayor celeridad en la respuesta con la meta de la modernización de la Justicia laboral.

El proceso laboral chileno, está dicho, fue reformado apostando por la regla de la oralidad en el nuevo modelo de enjuiciamiento, asumiendo que ello generaría una serie de cambios positivos en la imagen y el desempeño de este orden jurisdiccional permitiendo la tutela pronta y efectiva de los derechos.

Pues bien, no sin problemas iniciales de implementación y de recursos, hay que decirlo también, la reforma procesal laboral, recogió relevantes cambios, obligando a jueces y abogados a un cambio de arraigados hábitos consolidados al alero del sistema escriturado, debiendo destacar el efecto que se busca provocar con el deber de inmediación judicial que

---

<sup>5</sup> Así se ha destacado en algunos informes locales: “Las reformas procesales y orgánicas al sistema jurídico chileno en los últimos 15 años como las actuales en curso tuvieron (tienen) como *fin* una justicia más rápida, eficiente, cercana a la gente, y transparente. Ello se plasma en la tutela adecuada de los intereses y derechos de los involucrados en cada uno de los conflictos. Las radicales reformas a la justicia penal, de familia y laboral son una evidencia de aquello”. A.A.V.V. (2012), p. 8. Disponible en: <http://rpc.minjusticia.gob.cl/media/2013/04/Estudio-Diseno-de-un-Modelo-Oficial-de-Ejecucion.pdf> [visitado el 5/11/2013].



asume en esta clase de modelos orales un papel moralizador que ya ha sabido subrayar la mejor doctrina<sup>6</sup>. Se asumió que los problemas y deficiencias propias de la lógica “el papel aguanta todo”, naturalmente vinculada al sistema escriturado, debían dar paso a las ventajas asociadas a los positivos efectos facilitados por ese contacto directo y frontal del juez con las partes, sus abogados y las fuentes de prueba.

Con todo, la aplicación de la reforma procesal laboral ha puesto de relieve aspectos que pueden y deben ser cuestionados y sobre ellos es que centramos nuestra atención en este trabajo, especialmente desde las exigencias que impone el derecho al debido proceso que, según expondremos, parece expuesto a un retroceso de las garantías procesales, lo que requiere de una revisión crítica que ha sido escasísima o invisibilizada en la comunidad *ius* laboralista<sup>7</sup> (incluso entre los procesalistas que algo han escrito en esta materia)<sup>8</sup>, haciendo primar las favorables estadísticas de la reforma, y junto a esta crítica proponer una interpretación que nos parece más respetuosa y correcta. Asimismo, se aprecia la utilidad de este ejercicio crítico cuando se sostiene que las reformas en sede procesal laboral deben erigirse en inspiradoras de las reformas de otros órdenes jurisdiccionales, tal como acontece con la reforma a la Justicia civil.

La búsqueda de una Justicia laboral más eficaz, basada exclusiva y unidimensionalmente en la mayor velocidad en la tramitación de la respuesta jurisdiccional debe ser revisada cuando se aprecia que bajo la excusa de la aceleración de los tiempos de la Justicia se termina pasando a llevar principios jurídicos superiores, de anclaje constitucional<sup>9</sup>, que sirven de sustento a la idea misma de proceso<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> MONTERO (1996), pp. 269 y ss.

<sup>7</sup> Salvo muy raras excepciones en nuestro medio jurídico laboral. Véase especialmente: PALAVECINO (2011). En la doctrina laboralista española estos planteamientos críticos también han resultado excepcionales: GARCÍA (2001), pp. 204-210.

<sup>8</sup> “Los resultados hasta ahora han demostrado al menos en indicadores de eficiencia y eficacia el éxito del modelo adoptado”. ORELLANA Y PÉREZ-RAGONE (2013), p. 19.

<sup>9</sup> Véase, entre otros: GARBERÍ (2009).

<sup>10</sup> Ya se ha debido advertir, también a propósito de otras legislaciones, la plena vigencia de estos postulados o principios elementales, como lo son la contradicción y la igualdad. “De hecho, aquel expediente formal en el que



Es nuestro parecer que la búsqueda de una mayor eficiencia en la Justicia no debe agotarse en mejorar los índices o las estadísticas del factor tiempo, pues muchas veces la prisa puede esconder un deficitario desempeño en cuanto a otro de los aspectos que no debemos perder de vista jamás cuando se está haciendo referencia a un proceso<sup>11</sup>. No podemos permanecer indiferentes cuando en estudios empíricos realizados a la aplicación y funcionamiento de la reforma procesal laboral chilena en curso el aspecto peor considerado y evaluado por los entrevistados (abogados, usuarios y jueces) es la imparcialidad judicial<sup>12</sup>, que es una garantía tan esencial de la función jurisdiccional que condiciona su existencia misma<sup>13</sup>, la del concepto mismo de juez según una famosa sentencia del Tribunal Constitucional Chileno (de 5 de abril de 1988, autos Rol N°53), y es uno de los postulados elementales sobre los cuales se construye y configura todo proceso<sup>14</sup>.

### **c) El abuso del concepto de principios como error de partida y el abuso del principio (tutelar) protector del Derecho del trabajo como excusa y corolario**

En el afán de instalar un nuevo lenguaje que identifique lo que la reforma busca y que además permita dejar atrás todo aquellos que pueda vincularse con el modelo procesal al cual

---

no se respeten los tales principios (es decir, aquel en que alguna de las partes pueda ver impedido su derecho de defensa, o no disponga de alguna posibilidad de ataque o defensa con la que sí cuente su rival” podrá constituir, justamente, un expediente, o un procedimiento incluso; pero nunca un verdadero proceso, y mucho menos el proceso debido, justo o equitativo que se consagra constitucionalmente...” GARBERÍ (2011), p. 52.

<sup>11</sup> Lo advierte hasta Taruffo: “Un proceso sencillo y rápido en el que sin embargo se vulneran derechos de las partes no es ciertamente un <buen proceso>”, agregando que “la pretendida <economía procesal> (ahora muy de moda) no puede ser aplicada afectando garantías de las partes”. Véase: TARUFFO (2010), p. 331.

<sup>12</sup> Véase: LILLO Y ALCAÍNO (2013), p. 50.

<sup>13</sup> “De ahí que se haya afirmado que <es el presupuesto sobre el que descansan el resto de las garantías que definen el debido proceso>... y que <sin juez imparcial no hay, propiamente, proceso jurisdiccional>”. SIGUENZA (2011), p. 27.

<sup>14</sup> Así se ha advertido, apelando a la paciencia y habilidad de los jueces: “Un juicio basado esencialmente en la oralidad, en la concentración de los trámites y en la intermediación de la práctica de la prueba, favorece y sirve a la celeridad y, por lo tanto, combate esa lacra de lentitud en la justicia. Pero al mismo tiempo, incurre en el riesgo de disminuir las garantías de defensa del justiciable. Por ello, es necesario una gran dosis de paciencia y de habilidad por parte del juez de instancia a fin de mantener el debido equilibrio entre celeridad y garantías”. A.A.V.V. (2000), p. 97.





se asocian tantos problemas, ha sido un error común, no sólo en Chile, sino también en la región en general, abusar del concepto de principios.

Se hace referencia al principio de oralidad o al principio de celeridad<sup>15</sup>, como sellos identificadores de los esfuerzos presentes en las reformas procesales. Hemos advertido de los riesgos de confundir cuestiones que claramente no tienen ni pueden tener el mismo peso ni valoración a la hora de definir un nuevo modelo de Justicia, al menos no un mejor modelo de Justicia en el orden jurisdiccional que sea<sup>16</sup>.

Esta necesidad de no confundir las cosas – elemental para nosotros – parte por comprender que los procesos son realidades artificiales, que por lo tanto no preexisten a su regulación por el legislador, sino que nacen con ella<sup>17</sup>. De este modo, todo proceso es una creación del legislador, quien tiene a su cargo la misión de disponer de las piezas a su alcance de modo que el producto final de su trabajo sea un instrumento que se acerque lo máximo posible a la justicia y a la eficacia en la solución jurisdiccional de los conflictos jurídicos.

Con todo, en esta labor de creación el legislador no es absolutamente libre, dado que se encuentra limitado por el deber de respeto de varios principios sin los cuales no puede siquiera hablarse verdaderamente de proceso. Nos referimos – huelga decirlo – a lo que entre nosotros se denominan los principios del debido proceso, o garantías procesales (que otros autores conocen bajo el nombre de principios jurídico naturales): principio de audiencia, de igualdad y del contradictorio, sobre la plataforma común del derecho de defensa y de la imparcialidad del tribunal. El proceso se deberá configurar por el legislador de modo que siempre sean efectivos y respetados determinados postulados elementales de justicia, garantías para las partes,

---

<sup>15</sup> En este sentido: MARFIL (2011), pp. 589 y ss. También: VITANTONIO (2011), pp. 376-377.

<sup>16</sup> En sentido crítico, también: CALVINHO (2012), pp. 135 y ss.

<sup>17</sup> CARRERAS (1962), pp. 53-62.



transformados en derechos contra la posibilidad de arbitrariedades judiciales. De allí su carácter necesario<sup>18</sup>.

En segundo término, el legislador también está limitado por otra clase de principios, cuyo objetivo es ajustar el instrumento procesal a la finalidad de tutelar eficazmente. Velando por esta necesidad, bien se ha dicho que los procesos se deben construir según criterios diferentes, matices incluidos, los que se consideran más adecuados a la realidad jurídica en función de la cual aquéllos tienen sentido; se trata, en definitiva, de principios procesales que no configuran siempre los procesos, sino que inspiran ciertos procesos unos y otros procesos, otros. Surgen en este plano los principios dispositivo y de aportación de parte, en oposición de los principios inquisitivo y de investigación de oficio. La mejor doctrina les denomina principios jurídicos técnicos<sup>19</sup>. Y acá conviene dejar establecido, de entrada, que el principio dispositivo no aparece derogado del proceso laboral chileno<sup>20</sup>, habiéndose introducido reformas en el plano del principio de aportación de partes, de la mano con el reforzamiento del rol del juez en materia probatoria.

Finalmente, en el terreno de las formas (acá ya no hablamos de principios)<sup>21</sup>, esto es, en la configuración externa del proceso y del procedimiento no existen imperativos, sino que existen opciones. Por cierto que la opción principal estará dada por la dupla oralidad/escritura, y constituye función del legislador apostar por el predominio de una o de otra.

---

<sup>18</sup> Así se precisa magistralmente en: DE LA OLIVA et al. (2004), pp. 53 y ss.

<sup>19</sup> DE LA OLIVA et al. (2004), p. 65.

<sup>20</sup> En efecto, la incoación del proceso laboral es una opción que ejercita o no libremente (en función de sus intereses) la parte involucrada; una vez iniciado el proceso laboral, las partes procesales son dueñas de mantener su pretensión hasta el final de la tramitación del mismo por sentencia o, por el contrario, provocar alguna forma de terminación anormal o anticipada del proceso; y, como corolario, el conocimiento del tribunal está condicionado por el contenido de las pretensiones de las partes, rigiendo en el proceso laboral el derecho a una sentencia congruente con las pretensiones ejercitadas. GARBERÍ (2011), p. 53.

<sup>21</sup> Seguimos lo que señala Andrés de la Oliva: “No es acertado ni conveniente, desde ningún punto de vista, denominar principios a todos los criterios generales en virtud de los cuales se opta por regular de un modo o de otro el proceso o ciertos aspectos o actuaciones de éste. Para esos criterios resulta preferible utilizar los conceptos y términos de reglas o máximas. Como he dicho en otros lugares y ocasiones, cuando todo son principios, nada es principio. Y lo mismo sucede cuando a cualquier posibilidad de actuación humana se le denomina derecho: cuando todo son derechos, nada es derecho. Semejante amplitud conceptual no conduce a nada positivo”. DE LA OLIVA et al. (2004), p. 56.



A partir de esta distinción, que esperamos haber despejado, otra vez, es necesario detenerse, aunque sea un momento, en la incidencia que ha tenido el rol del principio tutelar o protector propio del Derecho del trabajo en la configuración de las particularidades o peculiaridades que a juicio de un sector deben ser las marcas de un proceso laboral. Esta cuestión está en estrecha relación con la apuesta por la oralidad y el particular tratamiento que entre nosotros se le ha dado, como se aprecia en el documento sobre “Propuestas de bases para la reforma procesal laboral y previsional”, dónde a propósito de los “principios” que gobernarán el nuevo modelo, se decía que la oralidad “corresponde a la tendencia predominante en las experiencias comparadas, por la cercanía que naturalmente se produce entre el tribunal y las partes, lo que hace que las actuaciones de la Justicia y, en especial, sus resoluciones sean entendibles para los justiciables y redundan en la legitimación del sistema judicial, permitiendo además la consecución de los demás principios informadores del proceso laboral”<sup>22</sup> y la Justicia del trabajo, surgida justamente para hacer frente a una Justicia civil calificada como complicada, lenta y costosa<sup>23</sup>.

En este sentido se impone, con protagonismo, el antes señalado principio tutelar o protector inspirador del Derecho laboral sustantivo, pero que para los laboristas también debe orientar las definiciones del modelo procesal. Así se ha dicho: “Ambos tipos de reglas – las sustantivas y las de procedimiento – obedecen a un mismo fin político social: la protección del trabajador asalariado”<sup>24</sup>, repitiéndose la estrecha vinculación que tendrían las normas de procesales y las normas sustantivas, debiendo ser las primeras un instrumento de singular importancia para el cumplimiento de los fines pretendidos por las segundas. En el mismo sentido, se ha destacado que se trata de un principio que busca compensar la desigualdad existente en la realidad con una desigualdad de sentido opuesto, agregándose que “deriva de la propia razón de ser del Derecho laboral. Esta disciplina se creó para compensar la desigualdad

---

<sup>22</sup> FORO PARA LA REFORMA PROCESAL LABORAL CHILENA, p. 22.

<sup>23</sup> PLÁ (1992), p. 238.

<sup>24</sup> Alfredo Montoya lo afirma así, en: A.A.VV (2000), p. 239.



real generada por la desigualdad social entre partes del contrato de trabajo. Y bien, ese principio que nadie discute en la parte sustantiva, también debe aplicarse en el aspecto procesal<sup>25</sup>. Se extiende la referencia a un proceso social, dónde el principio tutelar entronca con el principio de igualdad por compensación<sup>26</sup>, y en dónde el relajamiento en los controles ha abierto la puerta, no pocas veces, a serios problemas al objetivo de al menos intentar “conservar una imagen apariencial de imparcialidad en el juzgador”<sup>27</sup>.

Pues bien, en este trabajo no se trata de desconocer la existencia de este principio rector del Derecho del trabajo, pero sí de dar una relectura a la aplicación que del mismo se ha venido haciendo por parte de un sector de la dogmática laboralista en una dirección que no deja de plantear evidentes problemas de cara a la generación de tensiones con los postulados esenciales de todo proceso, de lo cual se ha hecho eco un sector de la dogmática procesal, planteando un (falso) dilema entre el respeto a este núcleo de postulados procesales inviolables y la prevalencia del derecho sustancial<sup>28</sup>.

## **2. Planteamiento del problema. El contenido de la sentencia en el Procedimiento de tutela laboral y su relación con la causal de nulidad del artículo 478 letra e) del Código del Trabajo chileno.**

Lo dicho, con fecha 3 de enero de 2006 se publica la ley N° 20.087, cuyo artículo único N° 15, reemplaza el Capítulo II del Título I del Libro V relativo a la Jurisdicción Laboral (con acertada vigencia gradual en las distintas Regiones del país), imponiendo relevantes modificaciones al proceso laboral y, en lo que interesa, instaura en el Párrafo 6° el Procedimiento de tutela laboral confiriendo a los trabajadores acción para resolver las controversias que se planteen respecto de las *cuestiones suscitadas en la relación laboral por aplicación de las normas laborales, que afecten derechos fundamentales de los trabajadores*, de

<sup>25</sup> A.A.V.V. (2000), p. 244. En similar sentido, entre otros: RUSSOMANO (1971), p. 56.

<sup>26</sup> SANTOS (2001), pp. 567-588.

<sup>27</sup> Véase: NIEVA (2011), p. 25.

<sup>28</sup> Véase: RAMÍREZ (2007), pp. 129 y ss.



aquellos enumerados en el inciso 1° del artículo 485 del referido Código, incluyendo las represalias por el ejercicio de acciones judiciales o reclamos administrativos, cuestiones que se susciten tanto durante la vigencia del contrato de trabajo, como con ocasión del despido, conforme lo indica el artículo 489 del referido cuerpo normativo.

Puede leerse del artículo 491 del Código Laboral que no se trata de un procedimiento distinto o especial, desde que admitida a tramitación la denuncia (que debe cumplir, entre otros, los mismos requisitos de una demanda ordinaria y por ello debe tener peticiones concretas), su substanciación se registrará por el procedimiento de aplicación general contenido en el párrafo 3°, de manera que su particularidad se encuentra en la especial tutela que se instaure y algunas reglas especiales en materia de legitimación activa, preferencia para su tramitación, indemnizaciones procedentes, potestad cautelar, reglas probatorias y, para nuestra materia, la indicación de un contenido especial para la sentencia definitiva que se dicte.

Así, el artículo 495 N° 3 del Código del Trabajo prescribe que la sentencia deberá contener en su parte resolutive, en el entendido evidente que la sentencia acoja la acción de tutela laboral, *la indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, bajo el apercibimiento señalado en el inciso primero del artículo 492, incluidas las indemnizaciones que procedan.*

Si la denuncia (o demanda) formulada en este procedimiento no contiene la petición concreta o bien pide una determinada medida de reparación, surge el problema, sobre el que se sustenta este trabajo, de si la naturaleza de la acción en un juicio de tutela laboral permite al juez en su sentencia, determinar medidas de reparación no pedidas o distintas a las solicitadas.



En el mensaje del ejecutivo al enviar el proyecto de ley respectivo se indica<sup>29</sup> que adicionalmente la sentencia deberá señalar concretamente las medidas tendientes a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración constatada, incluyendo la posibilidad que se imponga el pago de una indemnización, quedando el numeral respectivo con idéntica redacción a la que figuró en el proyecto original, la que fue aprobada sin modificaciones por la Comisión del trabajo y de Constitución, legislación y justicia de la Cámara de Diputados.

Por su parte, el procedimiento laboral contempla en el artículo 478 e) del Código del Trabajo, como causal de nulidad de la sentencia dictada en un proceso laboral, el otorgar más allá de lo pedido por las partes o la extensión del fallo a puntos no sometidos a la consideración del tribunal, sin perjuicio de las facultades para fallar de oficio que la ley expresamente le otorgue, recogiendo hipótesis de decisión incongruente.

Cabe determinar así si resulta jurídicamente admisible que la sentencia, en caso que estime la existencia de una vulneración a derechos fundamentales, establezca medidas de reparación no solicitadas o bien distintas a la pedidas por el demandante, en el entendido que la naturaleza de los derechos invocados faculta una actuación del tribunal en razón a una eficaz tutela de aquellos, pudiendo incurrir en la causal de nulidad de la sentencia ya antes enunciada. No se trata simplemente de un exceso en el quantum de una reparación económica sino más bien en un eventual vicio de carácter cualitativo “y de exceso de poder, en el sentido que supone un pronunciamiento sobre una cuestión o materia que no fue postulada ni pedida por las partes”<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Examinada la historia de la tramitación de la ley N° 20.087 en la página web de Biblioteca del Congreso Nacional iniciada por Mensaje N° 4-350 de 22 de septiembre de 2003, se pudo constatar que, salvo modificaciones en su numeración, la parte relativa a la reparación que debe contener la sentencia no fue alterada del proyecto original y no presentó relevantes discusiones al respecto.

<sup>30</sup> ASTUDILLO (2012), p. 179.



Resulta indispensable determinar la vigencia del dispositivo como principio en el proceso laboral, precisar el alcance del objeto del proceso, y dejar asentado si, en los procesos laborales, rige el señalado principio y como ello determina la limitación del juez frente al conflicto que las partes le presentan para su resolución, o si, por el contrario la vigencia de aquel se afecta por la naturaleza del derecho subjetivo cuya protección se pide en dicho procedimiento o si el procedimiento de tutela laboral presenta un rasgo que lo excluya o atenúe la aplicación de los institutos procesales señalados. De ello dependerá si, la solicitud de medidas reparatorias en una denuncia por vulneración de Derechos Fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, forma parte del objeto del proceso y, de esa forma dependerá, si dicho objeto del proceso vincula al Juez en su decisión final, en el evento que declare la existencia de dicha vulneración. La vigencia del dispositivo en el proceso laboral ha sido relativizada por alguna doctrina laboral que pretende vincular el proceso con el Derecho material cuya efectividad se persigue a través de las acciones de naturaleza laboral, o bien podría sostenerse que el procedimiento de tutela laboral presenta particularidades especiales, por lo que resulta indispensable despejar la vigencia de aquel mencionado principio. De aquella forma, se podrá determinar si la congruencia procesal es una exigencia en la sentencia definitiva que se dicte al resolver aquella acción de tutela laboral, pero más importante es el análisis del alcance que dicha congruencia puede tener.

### **3. La postura de la doctrina laboral chilena respecto del alcance de este procedimiento. Análisis de la doctrina española referida al proceso de tutela de derechos fundamentales.**

Ya en el Mensaje del proyecto de reforma al proceso laboral (que concluye con la dictación de la ley N° 20.087) se indica, en relación a nuestra materia, que las particularidades propias del derecho del trabajo generan la necesidad de contar un sistema procesal diferenciado claramente del sistema procesal civil, cuyos objetivos son no sólo diversos, sino en muchas ocasiones antagónicos, estimando de vital importancia diseñar un modelo concreto de tutela de derechos fundamentales dentro de la empresa, que de cuenta de garantías procesales conducentes a una adecuada y eficaz protección, es decir, hay claridad que detrás de las



normas procesales instauradas y de la creación de este procedimiento de tutela laboral, está la necesidad de proteger de manera eficaz y adecuada los derechos fundamentales del trabajador.

Está la concepción de que “el origen y contenido de las normas procesales de la Ley N° 20.087 se encuentra una definición fundamental, cual es que las normas de procedimiento se encuentran vinculadas esencialmente a las correspondientes al derecho sustantivo, de modo que debe antes atenderse a esa definición que a la similitud que pueda encontrarse con normas de distinta aplicación sustantiva”<sup>31</sup>. Es por ello que la doctrina laboral nacional resalta como rasgos distintivos y definitorios de un modelo procesal orientado a los fines anteriores y en función de los bienes jurídicos protegidos una serie de *garantías procesales*, como son, entre otras la consagración de un “efecto restitutorio de la sentencia”<sup>32</sup>. Para otros, como el profesor J.L. Ugarte se abandona, en este proceso de tutela, el rol de mero espectador del juez laboral ante las conductas lesivas de derechos fundamentales, “que se reemplaza por el rol de un articulador de soluciones compuestas”<sup>33</sup> desde que en la parte resolutive de una sentencia en procedimiento de tutela se deben contener “diversos pronunciamientos de manera simultánea, porque la acción ejercida, precisamente persigue obtener varias pretensiones relacionadas entre sí”<sup>34</sup>, debiendo contemplar esta reparación “medidas de doble orden: de carácter material o económico y de carácter inmaterial o jurídico propiamente tal”<sup>35</sup>. Asimismo, se sostiene que la protección debe ser proporcional y completa, abarcando una protección inhibitoria, una tutela restitutoria y una “tutela resarcitoria”<sup>36</sup> por la que el juez indicará en forma concreta las medidas a que se encuentra obligado el infractor para obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración.

---

<sup>31</sup> ACADEMIA JUDICIAL DE CHILE (2008), p. 16.

<sup>32</sup> MELIS (2009), p. 74.

<sup>33</sup> UGARTE (2010), p. 87.

<sup>34</sup> UGARTE (2010), p. 87.

<sup>35</sup> UGARTE (2010), p. 89.

<sup>36</sup> GAMONAL (2008), p. 34.





No obstante esta necesidad expresada de dotar a los trabajadores de una acción concreta para resolver conflictos en los que aparezcan vulnerados sus derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones laborales, no se estableció en el Código del Trabajo un procedimiento especial propiamente tal, sino que el procedimiento de tutela de derechos fundamentales se reenvía a aquel de aplicación general previsto en el párrafo tercero, previendo el legislador en el párrafo respectivo algunas normas especiales que no alcanzan a darle una fisonomía propia, teniendo presente, además, que subsiste la aplicación supletoria del procedimiento civil conforme lo señala el artículo 432 del Código del Trabajo siempre que dicha aplicación no se oponga a los principios que informan el proceso laboral descritos en el artículo 425 del mismo Código.

Por ello es que este contenido especial de la sentencia en el procedimiento de tutela laboral debe ser entendido con los límites que las instituciones generales que tiene el proceso, como mecanismo de resolución de conflictos y en un adecuado equilibrio con aquella finalidad de eficacia en la protección.

Es útil consignar la similitud en la redacción de las normas que regulan nuestro procedimiento de tutela laboral con aquellas que en España regulan el proceso de tutela de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas. En lo que interesa a este tema, el contenido de la sentencia dentro de este proceso está recogido en el artículo 182 de la ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social en España, estableciendo que la sentencia, *en caso de estimación de la demanda, según las pretensiones concretamente ejercitadas: d) dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de su situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera en los términos señalados en el artículo 183*. Su redacción desde ya debe llamar la atención en cuanto limita el contenido de la sentencia a “las pretensiones concretamente ejercitadas”, lo que constituye un antecedente relevante para vislumbrar el límite de la actividad judicial en la sentencia. La anterior normativa vigente hasta



el 10 de octubre de 2011 –el Real Decreto Legislativo 2/1995, que aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral- contemplaba en sus artículos 175 y siguiente un procedimiento de tutela de Derechos Fundamentales, en términos mas similares aún a nuestra regulación de este procedimiento y, respecto del contenido de la sentencia, su artículo 180 establecía en su apartado 1, la “reparación de las consecuencias derivadas del acto”. El profesor Montero Aroca, al referirse al contenido de la sentencia en la formulación normativa anterior, señala que la reparación de las consecuencias derivadas del acto, incluyen la indemnización, lo que suele implicar una obligación de hacer pero, a veces, una cantidad de dinero y “la reparación de las consecuencias y, sobre todo, la indemnización, precisará de petición expresa con determinación de cantidad”<sup>37</sup>. En referencia al mismo procedimiento y en relación a la reparación de las consecuencias del acto vulneratorio, Gárate Castro junto con consignar que uno de los principales problemas en esta parte dice relación con la determinación de las indemnizaciones pertinentes, señala que “tal pronunciamiento requiere una previa actividad por parte del demandante, sin la cual deviene inviable”<sup>38</sup>. Blasco Pellicer reitera que la problemática más abundante de la determinación de reparación en caso de vulneración de derechos fundamentales está en la procedencia de las indemnizaciones, describe que el Tribunal Supremo español había unificado doctrina en orden a que “no es necesario probar que se ha producido un perjuicio para que nazca el derecho al resarcimiento sino que, por el contrario, una vez acreditada la vulneración del derecho fundamental se presume la existencia del daño y debe decretarse la indemnización correspondiente (STS de 9 de junio de 1993, Ar. 4553). Sin embargo, la línea jurisprudencial recién transcrita que, según lo expuesto, parecía ya consolidada ha sido puesta en tela de juicio, o al menos matizada, por recientes pronunciamientos del propio Tribunal Supremo el que, al interpretar la expresión <<la reparación de las consecuencias del acto, incluida la indemnización que procediera>>, ha afirmado que la misma <<no significa, en absoluto, que basta con quede acreditada la vulneración a la libertad sindical, para que el juzgador tenga que condenar automáticamente a

---

<sup>37</sup> MONTERO (2000), p. 275.

<sup>38</sup> GÁRATE (1999), p. 138.



*la persona o entidad conculcadora al pago de una indemnización*<sup>39</sup>, exigiendo como un primer requisito que el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, última doctrina que el autor entiende ya consolidada, al citar otros fallos en el mismo sentido<sup>40</sup>.

Aparece entonces que en la doctrina española, donde se contempla una regulación similar en cuanto al contenido de la sentencia en el procedimiento de tutela laboral, se consagra la necesidad de invocar la pretensión reparatoria que se pide al tribunal en este procedimiento.

#### **4. El principio dispositivo en el proceso laboral.**

Dada cierta confusión en la que se incurre a veces tanto en la doctrina procesal nacional y más en la laboral, resulta necesario precisar que tipo de instituto es el denominado principio dispositivo y si su fundamento, concepto y alcances resultan aplicables al proceso laboral consagrado en nuestro Código del Trabajo y específicamente en el procedimiento de tutela laboral, o si, por el contrario, en razón de la naturaleza del derecho del trabajo o las particularidades del segundo, deja de gobernar el principio dispositivo, o si éste puede ser objeto de atenuaciones que no alcanzan para eliminarlo.

El artículo 425 del Código del Trabajo enumera una serie de “principios” bajo la denominación de “principios formativos del proceso”, entre los que consigna a la *inmediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad de la audiencia y gratuidad*, señalando además, que *Los procedimientos del trabajo serán orales, públicos y concentrados*. De lo consignado en la norma no aparece mencionado el principio dispositivo, lo que incluso ha

---

<sup>39</sup> BLASCO (2005), p. 152.

<sup>40</sup> BLASCO (2005), p. 153.



llevado a algunos a sostener que al consignar el impulso procesal de oficio y las facultades probatorias del tribunal se daría cuenta de la consagración del principio inquisitivo en materia laboral<sup>41</sup>, idea que puede tener su origen en una errada concepción o un abuso en la noción de los principios procesales.

Retomando lo adelantado al inicio, resulta relevante, para el desarrollo de este trabajo, definir que debemos entender por verdaderos principios procesales y así ubicar adecuadamente al dispositivo dentro de los institutos que se estudian. Al respecto, hemos sostenido en otro lugar fundados en la noción de necesidad como clave identificadora, la existencia de principios procesales jurídico naturales (audiencia, defensa e igualdad) principios procesales comunes al proceso civil (como el dispositivo y su manifestación a través del principio de aportación de parte) y las reglas técnicas del procedimiento<sup>42</sup>. Por su parte el profesor De la Oliva distingue entre principios procesales “jurídico-naturales” y principios jurídico técnicos. Del primer grupo se identifican el de audiencia y el de igualdad de partes y del segundo están el dispositivo y el principio de oficialidad y que son los que influyen realmente en el papel del juez en el proceso civil<sup>43</sup>. Otras denominaciones las refieren a “*principios esenciales*” como aquellos que transitan por el reconocimiento de la existencia de un tercero dirimente extra partes; la bilateralidad o contradicción; el libre acceso e igualdad y el finiquito del proceso<sup>44</sup>, pero “para que los anteriores postulados esenciales se desarrollen en armonía es necesario que el proceso cumpla con las directrices que denominan “*principios procesales reguladores*”, que desarrollan en sus pormenores a los esenciales... Son *reguladores* (constructivos, formativos, rectores) *del proceso en general, de cada proceso en particular y de algunos sectores adjetivos o instituciones procesales en especial*”<sup>45</sup>, dentro de los que está el principio dispositivo (inquisitivo) con sus “subprincipios o manifestaciones de : a) Impulso de

<sup>41</sup> WALTER Y LANATA (2009), p. 106.

<sup>42</sup> PALOMO (2008), pp. 23-36.

<sup>43</sup> DE LA OLIVA (2012), pp. 246-247.

<sup>44</sup> BARBEIRO Y GARCÍA (2011 a), p. 50.

<sup>45</sup> BARBEIRO Y GARCÍA (2011 a), p. 51.



partes/oficio, b) congruencia, c) autoridad, d) *iura novit curiae*<sup>46</sup>. Gozáini<sup>47</sup> distingue entre principios que establecen las formas como se desarrolla un procedimiento judicial; las reglas que imponen normas de conducta para el juez, las partes y sus abogados; y las garantías que se convierten en los fundamentos objetivos y subjetivos que salvaguardan los derechos inalienables de toda persona que esté en juicio.

Se debe afirmar, de esta manera, que el principio dispositivo es uno de aquellos propios del proceso que dirime disputa entre privados, que le da características propias al proceso civil, quedando por determinar si resulta aplicable al proceso laboral dada su falta de consagración expresa en el citado artículo 425.

Si bien no es el objeto del presente trabajo un estudio específico del principio dispositivo, nos interesa desde ya resaltar, independientemente de las características propias de legislación laboral sustantiva, que este principio deriva, en general, “de la naturaleza eminentemente particular de los derechos e intereses en juego, en virtud del cual el proceso se construye asignando o reconociendo a las partes un papel de gran relieve”<sup>48</sup>, de modo que de aquellas depende tanto la existencia real del proceso y su objeto concreto y, asimismo, el resultado del proceso depende en gran medida del ejercicio por las partes de las oportunidades de actuación procesal (alegaciones y prueba) abstractamente previstas en la norma jurídica. Se afirma con razón que este principio “viene a establecer la libertad absoluta de las partes para disponer de sus intereses privados y reclamarlos o no, judicialmente, en la medida de que estimen oportuno, vinculando de esta forma la actividad jurisdiccional”<sup>49</sup>. Cuando nos enfrentamos a un proceso laboral, independiente del interés general en la pronta solución del conflicto, estamos frente a una controversia de carácter privada y no puede ser de otra forma en la manera como se ha instalado el proceso del trabajo en Chile, aún cuando se trate de un proceso de tutela laboral, resultando casi inimaginable que se pudiere iniciar de oficio por un

<sup>46</sup> BARBEIRO Y GARCÍA (2011 a), p. 52.

<sup>47</sup> GOZÁINI (2008), p. 101.

<sup>48</sup> DE LA OLIVA (2012), p. 250

<sup>49</sup> PICÓ I JUNOY (2011), p. 168.



juez un proceso laboral, por ello es que, aún en la especial naturaleza de la legislación laboral sustantiva, el carácter de la controversia laboral no escapa, en este aspecto, a la del conflicto privado en general. Incluso más e independientemente de la técnica de consagrar la ley laboral, como norma mínima irrenunciable, una vez iniciado el proceso surge naturalmente su naturaleza de derecho subjetivo disponible. Por ello es que resulta aplicable al juicio laboral la idea expresada en otra oportunidad en cuanto el principio dispositivo es “consecuencia lógica de la naturaleza privada y disponible de los derechos involucrados en los procesos civiles y se traduce en una serie de máximas que ligan el poder de disposición de las partes con el origen, contenido y desenlace del proceso. Es enteramente comprensible que el instrumento procesal pensado para hacer valer derechos e intereses netamente individuales esté informado por unos principios diversos a los propios de aquel contemplado para la tutela de bienes jurídicos de interés general o común”<sup>50</sup>.

Parece adecuado, además, para comprender la vigencia del dispositivo en el proceso laboral, sostener que en el fundamento de aquel no hay sólo la idea de simple disposición de intereses privados, sino que, como plantea Hunter Ampuero, el principio dispositivo, arranca su fundamento, desde la Constitución Política y, en especial, de los derechos fundamentales sustantivos que consagra y, de esa manera el Estado no tiene ningún tipo de poder para intervenir en esos actos dado que únicamente hay un interés privado que puede ser libremente dispuesto por su titular, “lo que se proyecta en el campo jurisdiccional, donde el ciudadano puede disponer jurisdiccionalmente de sus derechos, recurriendo o renunciando a la tutela judicial, y decidiendo ponerle término en cualquier instante”<sup>51</sup>.

Uno de los aspectos que se observa y que origina cierta confusión es la afirmación de que la consagración en materia laboral de facultades probatorias en el juez o de facultades de dirección del proceso, alteran la naturaleza privada del proceso laboral, suprimiendo o

---

<sup>50</sup> PALOMO (2008), p. 28.

<sup>51</sup> HUNTER (2010), p. 154.



erosionando la vigencia del principio dispositivo, en el entendido que aportación de parte y principio dispositivo tienen similar alcance.

Al respecto cabe afirmar, siguiendo a Picó i Junoy, que el principio de aportación de parte establece la libertad absoluta de las partes para introducir y probar el material fáctico en el proceso, pero que dicho principio de aportación de parte tiene un carácter meramente técnico, que corresponde a un particular modo de concebir el desarrollo del proceso jurisdiccional, en el que la iniciativa de los jueces y tribunales se constriñe a la voluntad de las partes, por entender que ello será lo más eficiente<sup>52</sup>. Como consecuencia de las exigencias del Estado Constitucional de Derecho se ha distinguido entre objeto del proceso y proceso como instrumento normativo del Estado para que los ciudadanos alcancen justa tutela judicial de sus intereses, lo que lleva, sin discutir la vigencia del principio dispositivo, a poner en tela de juicio el de aportación de parte, al menos por lo que respecta al reparto de funciones entre el juez y los litigantes y al incremento de facultades probatorias del órgano jurisdiccional, puesto que si bien las partes disponen del objeto del proceso, no lo hacen respecto del desarrollo del proceso mismo pues se le concibe no solo como instrumento dirigido a la tutela jurisdiccional de derechos privados, sino además como función pública del Estado. Por lo señalado, la mayoría de las legislaciones procesales europeas modernas posteriores a la denominada socialización del proceso contienen importantes iniciativas probatorias para los jueces en lo civil<sup>53</sup>. Resaltando la distinción entre dispositivo y aportación de parte en el proceso entre privados, Bordalí Salamanca sostiene que la aportación de prueba queda fuera del dispositivo el cual garantiza que el proceso civil sólo puede incoarse cuando el ciudadano deduce una pretensión contra un tercero a fin de que sus derechos subjetivos sean tutelados por el Estado; que sólo las partes pueden aportar los hechos que delimitan el objeto litigioso a resolver por el juez y que las partes pueden renunciar a sus pretensiones y resistencias poniendo fin al proceso cuando lo estimen conveniente<sup>54</sup>. Suelen encontrarse afirmaciones en orden a que la consagración de

---

<sup>52</sup> PICÓ I JUNOY (2011), p. 173.

<sup>53</sup> PICÓ I JUNOY (2011), p. 175.

<sup>54</sup> BORDALÍ (2007), pp. 189 a 190.



ciertos poderes en el juez para dirigir formalmente el proceso o facultades en materia de proposición y producción de prueba, son abandonos o atenuaciones del dispositivo en materia civil, confusión que a veces explica la forma de entender estos poderes (los que deben ejercerse, por regla general, dentro de los límites que imponen las pretensiones y hechos que las partes presentan al tribunal)<sup>55</sup>.

Necesario resulta revisar si el proceso laboral tiene alguna característica que nos pueda llevar a sostener que no está regido por el principio dispositivo. En la relación que existe en el proceso y el derecho sustancial puede suceder que, aquel se aparte de los designios del derecho sustancial, pero “nada de malo o de muy significativo reside en eso, siempre que el propósito social de pacificación haya sido alcanzado; mejor aún, si fue hecha una pacificación con justicia. Pues incluso en los casos de más estrecha indisponibilidad del derecho sustancial en litigio, es inevitable confiar a las partes su propia defensa, así como el juicio de conveniencia de hacerlo con mayor o menor compromiso, tomando conciencia de lo que sucederá si éste fuera menor”<sup>56</sup>. Como sostiene Montero Aroca, si la función de la jurisdicción consiste en la actuación del derecho objetivo laboral en el caso concreto, ello se puede hacer de varias maneras, apareciendo así tres tipos de proceso: de declaración (con pretensiones puramente declarativas y otras de condena); de ejecución y cautelar. Respecto del primero aparecen dos principios contrapuestos que pueden conformar el proceso de declaración: por un lado el *de necesidad*, que supone un interés de la colectividad como preponderante en la existencia y en la conformación del proceso y por ello es determinante del proceso penal, y por otro lado, el de la *oportunidad*, en que el interés del individuo es el que predomina y por ello este principio

---

<sup>55</sup> BARBEIRO Y GARCÍA (2011 b), pp. 150-151. Sostienen que “Los límites al principio dispositivo, aquellos que podríamos denominar “clásicos”, van surgiendo así de modo natural, apuntalando la idea de necesaria autoridad del juez y de reconocimiento de una serie de “poderes-deberes” que le asisten, de significativo alcance sobre la dirección del proceso”, entre estos poderes están el ejercicio del iura novit curia, las medidas para mejor resolver, la aceptación de la sana crítica en la valoración probatoria, el ejercicio de facultades instructorias sin contenido probatorio, el control oficioso de presupuestos materiales y procesales, la declaración oficiosa de nulidades procesales, el impulso oficioso del trámite del juicio, la declaración oficiosa de inconstitucionalidad de las leyes, etc. Se trata en concepto de los autores de “límites clásicos del principio dispositivo”, y por sobre todo las que involucran “poderes procesales de dirección del proceso”.

<sup>56</sup> RANGEL (2009), p. 354.





sirve para conformar el proceso civil, principio de oportunidad que informa plenamente el proceso laboral, el cual no es desde luego un proceso necesario, sino un proceso oportuno, por lo menos mientras la libertad sea el elemento determinante del ejercicio jurisdiccional de los derechos subjetivos laborales. Tal como lo hace nuestro Código del Trabajo en su artículo 425, la ley procesal laboral española (artículo 74 Ley 36/2011) enumera “principios del proceso” laboral, frente a lo que Montero Aroca afirma que “es muy sintomático que aun pretendiendo el legislador establecer principios del proceso laboral, no haya podido encontrar ninguno que lo individualice frente al proceso común regido por la oportunidad, que es el civil, este no es más que una consecuencia inherente a la naturaleza de las cosas. Es cierto que, en ocasiones se ha pretendido configurar al proceso laboral como un tertius genus distinto del proceso civil y respondiendo a principios propios, pero cuando se ha pretendido encontrar esos principios no ha sido posible. Deriva de lo anterior que los principios consecuencia de la oportunidad son plenamente aplicables al proceso laboral”<sup>57</sup>.

Se ha sostenido, interpretando el artículo 425 del Código del trabajo chileno, que lo enumerado en aquel son reglas de procedimiento (lo que no disminuye su controversia a importancia en su aplicación práctica) y que “en el actual Proceso Laboral Chileno rige el Principio Dispositivo pues éste se inicia por la demanda de parte (art. 446), sin perjuicio de que en el procedimiento especial de cumplimiento de sentencia pudiese estimarse que opera el de oficialidad”<sup>58 59</sup>.

En España donde el artículo 74 de la ley N° 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social consagra como “principios del proceso” a la intermediación, la oralidad, la concentración y la celeridad, Sirvent Hernández, citando a Montero Aroca y otros, sostiene que la denominación que hace el art. 74 de la LPL (actual artículo 74 de la ley 36/2011 Reguladora de Jurisdicción

---

<sup>57</sup> MONTERO (2000), p. 62.

<sup>58</sup> SOCIEDAD CHILENA DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL (2008), p. 8.

<sup>59</sup> En concepto del autor, la iniciación de oficio del cumplimiento de la sentencia no puede estimarse como excepción al principio dispositivo desde que no constituye un nuevo juicio, sino sólo el cumplimiento. Por otra parte, la ley laboral contempla el proceso laboral ejecutivo, que sólo puede iniciarse a instancia de parte.



Social) enumera una serie de principios que no pueden ser considerados como principios del proceso sino más bien como principios del procedimiento desde que el uso de procedimiento hace referencia a forma, a sucesión de actos resultando, además, aplicable a todas las actuaciones del Estado, en tanto que el proceso es lo característico de la jurisdicción, es el instrumento que ésta utiliza para cumplir su función<sup>60</sup> y que dentro de los principios del proceso cabe hacer mención a los principios dispositivo, audiencia, contradicción, aportación de parte e igualdad, los que no obstante la omisión de estos últimos principios en el artículo 74 LPL, no cabe interpretar la misma como su inaplicabilidad en el ámbito del proceso laboral, tanto porque algunos de ellos vienen exigidos por la carta Fundamental y otros cuerpos normativos, como por “la naturaleza estructural que resulta predicable de todos estos principios y, por ende, su aplicabilidad común y general a todo tipo de proceso, inclusive el proceso laboral”<sup>61</sup>. No se observa en la doctrina española alguna opinión divergente acerca de la existencia del dispositivo como principio jurídico técnico del proceso laboral y así se sostiene que son principios inspiradores del Derecho Procesal del Trabajo, “aquellas ideas básicas que constituyen la razón o causa del mismo, que configuran su propia idiosincrasia o determina su finalidad, siendo unos comunes al proceso, sin adjetivar, como factores o elementos consustanciales a la propia institución y sin los cuales ésta no es posible, y otros, más técnicos y específicos, de la rama o variedad a la que el proceso se refiere, de modo que marcan la diferencia respecto de otras especialidades, en función de su presencia o ausencia o de la intensidad con que hacen patente la primera”<sup>62</sup>, debiendo estar presente el dispositivo en todos los procesos en “donde se discuten relaciones jurídico-privadas (proceso civil y laboral) e incluso en aquellos de Derecho público en los que puedan estar comprometidos derechos e intereses de la titularidad de los particulares (proceso contencioso-administrativo)”<sup>63 64</sup>.

---

<sup>60</sup> SIRVENT (2005), p. 134.

<sup>61</sup> SIRVENT (2005), p. 134.

<sup>62</sup> LUELMO Y RABANAL (1999), p. 5.

<sup>63</sup> LUELMO Y RABANAL (1999), p. 39.

<sup>64</sup> Sobre la vigencia del dispositivo en el proceso laboral español, ver además, MONEREO (2010), p. 79 y ALBIOL et al. (2010), p. 95



Se ha afirmado por Fernández Toledo que en Chile el principio dispositivo está atenuado en el proceso de tutela laboral pues, “si bien el trabajador puede ejercer la acción, las organizaciones sindicales también pueden iniciar dicho procedimiento, en representación de sus afiliados”<sup>65</sup>, sin embargo, dicha afirmación no parece ser acertada desde que no se trata de un proceso iniciado de oficio o por un sujeto distinto de aquel cuyo derecho se vulnera. En efecto, no es un tribunal quien de manera oficiosa inicia el proceso y, por otra parte, si el proceso lo inicia una organización sindical como parte principal, ella lo hace en razón de la finalidad que el Derecho le concede para representar el colectivo de sus trabajadores. La ley procesal laboral claramente señala que la organización sindical puede requerir tutela cuando considere lesionados derechos fundamentales, siempre que invoque un interés legítimo, que, por cierto, lo tiene en razón de las finalidades que dichas organizaciones tienen conforme lo establece el artículo 220 del Código del Trabajo, en cuyo caso actúa como parte principal, pudiendo hacerse parte como tercero coadyuvante, cuando el proceso lo inicie el trabajador, lo que demuestra que la ley procesal claramente diferencia los intereses del trabajador y de su organización sindical. De esta manera, no hay en esta particularidad una atenuación al dispositivo en esta especial norma del proceso de tutela laboral.

Conviene aquí analizar otras particularidades del procedimiento de tutela laboral y su relación con el dispositivo. Se reafirma la idea que este procedimiento no es uno propiamente especial, sino que se trata del mismo procedimiento de aplicación general con algunas reglas particulares, ya que el artículo 432 inciso del Código del Trabajo hace aplicables supletoriamente las normas del referido procedimiento de aplicación general, cuestión relevante si queremos distinguir este procedimiento como uno particular. Sin perjuicio de lo dicho respecto de la legitimación para su inicio por parte de las organizaciones sindicales, la Inspección del Trabajo puede no sólo hacerse parte en un proceso distinto, sino que puede formular denuncia que servirá de suficiente requerimiento, según lo señala el artículo 486 inciso 5 del Código del Trabajo, denuncia que se funda en un imperativo legal desde y en el

---

<sup>65</sup> FERNÁNDEZ (2011), p 21.



interés de una de la funciones que ella tiene, conforme al artículo 1 del DFL N° 2 de 1967, Ley Orgánica de la Dirección del Trabajo, según la que le corresponde la fiscalización de la aplicación de la legislación laboral. En todos los casos de legitimación activa no se contempla la posibilidad de que se inicie oficiosamente por el tribunal un procedimiento de tutela laboral y los casos de legitimación activa dicen relación con la finalidad propia de la inspección del Trabajo y de las organizaciones sindicales. Por otra parte y aún cuando la ley llame al acto procesal de inicio del mencionado proceso como “denuncia”, lo cierto es que el artículo 490 del citado Código establece que esa denuncia debe tener los mismos requisitos que una demanda, siendo más exigente la ley con su admisibilidad pues debe acompañar todos los antecedentes en los que se fundamente. Estas normas especiales y la aplicación supletoria del procedimiento de aplicación general laboral e incluso del Código de Procedimiento Civil, permiten afirmar que, sin perjuicio del importante avance que este procedimiento significa en cuanto instaura una acción especial para reclamar tutela de derechos fundamentales en las relaciones laborales, no lo aparta del dispositivo como principio vigente.

Por supuesto que la afirmación acerca de la aplicación del dispositivo en el proceso laboral es negada por alguna doctrina (muchas veces fundada en la misma legislación propia de cada país). De partida, ya en el plano del proceso civil se ha sostenido la total superación de la función del Juez como derivación del principio dispositivo, afirmando que se produce en el plano ideológico-político el abandono del tradicional concepto de neutralidad del juez, que se justifica como medio para asegurar la exigencia de igualdad en concreto –no meramente formal- de las partes. Pero se sostiene, al mismo tiempo, que una flexibilidad en cuanto el juez se pueda apartar del marco de lo pedido por las partes, exige una respuesta prudente pues “puede afectar otras garantías, como la defensa en juicio (tercero alcanzado por la sentencia); la irrazonabilidad (pronunciamiento que falla cuestiones no propuestas); la cosa juzgada (con sus límites precisos)”<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> GOZAÍNI (2008), p. 117.



Todo esto ha significado en el proceso común la admisión de un sensible incremento de las potestades instructorias del juez, en paralelo con la progresiva declinación del régimen de pruebas legales.

En cuanto a los denominados “procesos sociales –del trabajo, de la seguridad social, rurales, familiares, de pequeñas disputas, etc- la necesidad de acentuar la tutela de los derechos conduce al auge de una verdadera función de auxiliatoria procesal que tiene su epicentro en la actividad probatoria y remata en la libre valoración, sin perjuicio de otras notas características (tutela anticipada, cosa juzgada). He ahí definido el perfil del juez “activista” en este tramo tan crucial del proceso”<sup>67</sup>. En el proceso laboral se hace descansar la atenuación del dispositivo y en la función colaboradora del juez para compensar las desigualdades propias de la relación obrero patronal, afirmando que “Los mayores recaudos previstos por las normas laborales acotan la disponibilidad de sus derechos que, normalmente, tienen las partes; ello se debe a la función tutelar que cumple el derecho del trabajo, respecto de la parte más débil de la relación laboral, y a la necesaria proyección de esta función sobre las normas adjetivas o de forma”<sup>68</sup>. Modelo de juez colaborador que descansa en la designada misión que se le atribuye al juez “con el fin de compensar las desigualdades de los contrincantes. Particularmente en cierta clase de conflictos de marcado interés social, tales como los derivados de situaciones de familia y menores, de las relaciones de duración –laborales, previsionales y de seguridad social”<sup>69</sup>.

Por otra parte, la doctrina procesal laboral uruguaya siempre ha sostenido la autonomía del proceso laboral del civil, expresando por algunos que el primero descansa sobre principios que le son propios, sea como principios, técnicas, particularidades, o peculiaridades propias, y se trata de efectos o de las proyecciones que la disciplina sustantiva del derecho laboral y sus principios despliegan en el ámbito del proceso y son aquellos que están dirigidos a facilitar el

---

<sup>67</sup> BERIZONCE (1999), p. 374.

<sup>68</sup> PIROLO et al. (2008), p.42.

<sup>69</sup> BERIZONCE (1999), p. 368.



acceso a la justicia por parte del trabajador y obtener una rápida solución a su conflicto, como son, la gratuidad, la celeridad y simplicidad del procedimiento, la concentración, facilidades de representación del trabajador y, por otra parte, están aquellos criterios tendientes a “asegurar una solución justa, conforme con el derecho sustantivo (y con sus particularismos)” entre los que están la publicidad, la inmediación y “la garantía de la irrenunciabilidad de los derechos a través de la facultad de modificar la pretensión (“suplencia de la demanda”), y de la posibilidad de fallar extra o ultra petita que se encuentra presente en algunas legislaciones”<sup>70 71</sup>.

Reconociendo sin dudas el fundamento que justifica el carácter protector de las normas sustantivas laborales, lo cierto es que el proceso como mecanismo de resolución de controversias no puede sustentarse sino en aquellos principios que hemos afirmado más arriba que le son naturales y sin los que no resulta posible hablar de proceso. Resulta, por lo demás, que aquellos que se afirma como principios propios del proceso laboral, son más bien reglas técnicas del procedimiento y que, por cierto, hoy en día no son propios del proceso laboral, si consideramos que las reformas a todos los procesos quieren más celeridad, son públicos, son concentrados, etc.

Por otra parte, la irrenunciabilidad de los derechos laborales sustantivos no implica que su disposición deje de estar sujeta a su titular quien determina no sólo la oportunidad de hacerlos valer sino la forma en que pide su tutela al tribunal. Mismo argumento que debe aplicarse al proceso de tutela laboral puesto que, sin entrar a analizar la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales, el legislador decidió someter las controversias que su vulneración suscite, al proceso laboral y por ello y mientras así sea, deben desenvolverse conforme a aquel.

---

<sup>70</sup> RACIATTI (2005), p. 23.

<sup>71</sup> Cabe señalar que el artículo 350 del Código General del Proceso Uruguayo establece “reglas especiales para ciertas pretensiones” y en su número 3 indica que “En las pretensiones propias de la materia laboral, agraria y demás de carácter social, no obstante lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 341, se podrá modificar la pretensión en la audiencia preliminar, cuando resulte, manifiestamente, que carencias de la información y asesoramiento han determinado omisiones en relación a derechos que asistan a la parte. En estos casos, el tribunal otorgará a la contraparte oportunidades para la adecuada contestación; se podrá a tales efectos, prorrogar la audiencia, si las nuevas cuestiones son de hecho y no fueren posible controvertirlas, sin previa información”.



Hemos sostenido antes que no se trata de desconocer la existencia de este principio rector del derecho del trabajo, pero sí de dar una relectura a la aplicación que del mismo se ha venido haciendo por parte de un sector de la dogmática laboralista en una dirección que no deja de plantear evidentes problemas de cara a la generación de tensiones con los postulados que consideramos esenciales de todo proceso.

De esta forma, atendida la necesaria distinción que se debe hacer (y que se explica en los párrafos anteriores) entre principios jurídico naturales y principios jurídico técnicos, debe concluirse que todo proceso –como mecanismo de resolución de controversias- debe sustentarse en los primeros (audiencia, defensa e igualdad de las partes en el proceso) independiente del orden o derecho sustantivo que el juez debe aplicar sea penal, civil, laboral, de familia, etc. Tal como se ha indicado anteriormente, la naturaleza de los derechos laborales no altera que se trate de intereses privados, independiente del carácter de orden público que tienen dichos derechos como mínimos irrenunciables, pues esa naturaleza se da un plano distinto al del proceso. Sostiene Rodríguez Galíndez que “Es una verdad de perogrullo que en el plano de la realidad social, entre trabajador y empleador, existen numerosas desigualdades. Pero trasladar esa desigualdad y pretender subsanarla en el plano jurídico del proceso, porque es justo que así sea, es un razonamiento verdaderamente falaz. En primer lugar porque las desigualdades se deben corregir en el plano en donde se presentan, y en segundo lugar porque el proceso, en cuanto método sistémico, no es ni puede ser lógicamente justo o injusto. Si puede ser legítimo, y es proceso, o ilegítimo, y no es proceso”<sup>72</sup>.

Tratándose de los derechos fundamentales del trabajador que está inmerso dentro de un ámbito de poder privado en la empresa, en la medida que nuestro legislador, como se dijo al inicio de este trabajo, ha decidido someter los conflictos que se susciten al respecto, al procedimiento de aplicación general del Código del Trabajo (con reglas especiales en algunos

---

<sup>72</sup> RODRIGUEZ (2012), p. 810.



aspectos), no se vislumbra razón para sostener que en el ámbito del proceso se modifique este razonamiento. Sin duda que es relevante que se haya consagrado una herramienta procesal que permita el acceso real de los trabajadores a un tribunal para determinar la existencia de una vulneración a sus derechos fundamentales, para sancionar y reparar dicha transgresión, pero la naturaleza de estas prerrogativas consustanciales al ser humano, se dan en un plano distinto al del proceso, en el que aparecen otras garantías en juego que dicen relación con aquellos principios naturales conforme a los cuales el proceso se constituye.

Demostración de nuestro razonamiento y de la confusión en la que incurre el legislador a veces al consagrar normas procesales, podemos encontrar en el siguiente caso: debemos estar de acuerdo que en nuestra ley procesal laboral el juez no puede iniciar de oficio un proceso de tutela laboral, de manera que el dispositivo resulta plenamente vigente en esa parte, sin embargo, y tratándose de la posibilidad que tiene las partes de terminar el proceso (también manifestación elocuente del dispositivo), el artículo 495 inciso 2° señala que el juez *se abstendrá de autorizar cualquier tipo de acuerdo que mantenga indemne la conducta lesiva de derechos fundamentales*, dando a entender prima facie que no debe autorizar acuerdos en ese caso, pero nada impide que el denunciante trabajador se desista de la demanda y nada impide que, no obstante la falta de aprobación, el trabajador sea objeto de una negociación abusiva extra proceso que lo obligue a desistirse, en cuyo caso y previo traslado no se ve razón jurídica alguna para negar un desistimiento de la demanda. Lo que demuestra que la naturaleza de las cosas hace que, en definitiva y aunque algunos lo desconozcan, son los ciudadanos quienes determinen si requieren la tutela judicial y como quieren que se materialice. Lo que debe hacer el legislador es garantizar el acceso a la jurisdicción, con un proceso con garantías para todos los litigantes y sentencias razonadas y motivadas, para que el ciudadano que concurra a requerir tutela, conozca cual es la razón fáctica y jurídica que resuelve su conflicto.

Se ha decidido dejar para el final una cuestión que sirve para explicar la idea que se expone en este apartado. En general, se observa en el mensaje con el que se envía el proyecto de reforma al proceso laboral una fuerte preocupación por procesos orales, públicos, rápidos,





concentrados y con muchas facultades para el juez, como si dichas reglas fueran las únicas que garantizan la tutela efectiva de los derechos de los trabajadores en juicio, lo que demuestra, una vez más, que el legislador pretende, con estas modificaciones, equiparar aquella desigualdad en el plano de la realidad social con normas procesales. Sin embargo, una de las cuestiones más relevantes de la reforma al proceso laboral chileno (y que, novedosamente no fue objeto de reforma legal sustancial) fue la instalación de defensa letrada especializada para el trabajador a través de las oficinas de Defensa Laboral dependientes de la Corporación de Asistencia Judicial. Y es relevante este aspecto pues precisamente está relacionado con uno de aquellos principios procesales que denominamos como jurídico naturales y que es el derecho a la defensa en el proceso. Así, con asistencia letrada técnica, el proceso laboral como instrumento de resolución de conflictos se legitima<sup>73</sup>, lo que claramente tiene una contrapartida, y es que la debida defensa en juicio no puede justificar ni subsidios ni atenuaciones de los principios que sustentan el proceso (tanto los jurídico naturales como los técnicos). Por ello, razón tiene Rodríguez cuando expresa que “La solución no está en llevar al juez a la posición de una de las partes y convertirla en su defensora, sino más bien, lo que se debe buscar es la regulación de ciertas medidas tendientes a garantizar el real e igualitario acceso de todos los trabajadores a la justicia”<sup>74</sup>, entre las cuales está evidentemente la instalación de tribunales especializados y la instauración de una defensa letrada técnica, cuestión que es de la mayor relevancia, como se ha explicado y que justifica las acertadas reglas del artículo 434 del Código del Trabajo que obliga a las partes a comparecer patrocinada con abogado y representada por persona legalmente habilitada para actuar en juicio y del artículo 431 inciso 3 que prescribe que las defensas orales sólo podrán ser efectuadas por abogados habilitados. Tal como nos indica un fallo de la I. Corte de Apelaciones de Puerto Montt cuando resuelve un recurso de nulidad laboral interpuesto por la reclamante en un proceso de reclamo de resolución administrativa, en que el letrado que asistió a la empresa reclamante erró en el señalamiento de la norma e invocó como causal de nulidad la infracción a la garantía

---

<sup>73</sup> Basta recordar que anteriormente la defensa de los trabajadores se realizaba por egresados de la carrera de Derecho a cargo de un abogado.

<sup>74</sup> RODRIGUEZ (2012), p. 810.



constitucional del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, “El juez a quo no puede subsidiar las falencias o errores de los intervinientes, que en todo caso se trata de letrados, de abogados, a quienes se supone necesariamente conocedores del derecho, de otra forma no podrían representar ni defender los derechos de sus mandantes. El juez no puede, como se ha dicho, subsidiar a una de las partes en el proceso, no puede suplir las falencias de uno en desmedro del otro”<sup>75</sup>.

## **5. El objeto del proceso en el proceso laboral. La petición como un elemento identificador.**

Determinada la vigencia del dispositivo como principio del proceso laboral, cabe ahora expresar que alcances tiene afirmar dicha vigencia, para lo que, en este apartado, se revisará someramente que debemos entender por objeto del proceso y la exigencia de congruencia y si estos institutos imperan el proceso laboral. De esta forma podremos concluir si las medidas de reparación en un proceso de tutela laboral forman parte del objeto del proceso y si la sentencia está limitada por dicho objeto.

Tal como lo indica Picó i Junoy “la determinación de lo que sea objeto del proceso es uno de los temas más arduos de la ciencia procesal moderna, pues produce efectos sobre diversos institutos procesales, entre los cuales cabe destacar la litis pendencia, la modificación de la demanda, las acumulaciones de acciones y de procesos, la congruencia o la cosa juzgada”<sup>76</sup>, razón por la que en esta parte se expondrán sucintamente ideas básicas que permiten ubicar conceptualmente el problema planteado.

En el proceso civil en general el objeto del proceso “en sentido propio, es aquello sobre lo que, en cada proceso, se proyecta la actividad jurisdiccional o procesal: la del juzgador y la de las partes. Con términos clásicos, el objeto del proceso es la cosa (en sentido amplio y, a la vez,

---

<sup>75</sup> I. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 194-2012, 3 de enero de 2013.

<sup>76</sup> PICÓ I JUNOY (2011), p. 169.



propio) de la que un proceso trata: la res de qua agitur, la cosa de que se trata, que, en los procesos civiles regidos por el denominado principio dispositivo, es, a su vez, la res in iudicio deducta (la cosa llevada a juicio)”<sup>77</sup>.

Existiendo consenso en orden a que los elementos del dispositivo son: que la actividad jurisdiccional sólo puede iniciarse ante la petición del interesado; que la determinación concreta del interés cuya satisfacción se solicita del órgano jurisdiccional es exclusiva facultad de las partes, marcando los límites del objeto del juicio y no puede el juez modificar sus elementos y que el órgano jurisdiccional debe ser congruente con los límites impuestos por la pretensión y la resistencia<sup>78</sup>, debe determinarse cuales son los elementos individualizadores del objeto del proceso.

De la Oliva precisa que, en contraposición al proceso penal, el proceso civil “comienza con un objeto perfilado o preciso (una concreta pretensión de tutela judicial) y, de ordinario, toda actividad procesal se desenvuelve respecto de tal objeto”<sup>79</sup> pretensión que implica la petición de tutela frente a otro sujeto determinado y con un contenido concreto, para que se dicte una sentencia con unos precisos pronunciamientos, “el sistema jurídico-procesal exige, además, a los sujetos que pretenden tutelas jurisdiccionales concretas que, a su entender, fundamentan lo que específicamente piden al órgano jurisdiccional”<sup>80</sup>, de forma que los elementos identificadores del objeto del proceso (del objeto necesario y principal) son unos *sujetos*, una *petición o petitum* y un *fundamento* o causa de pedir (causa petendi), según la terminología clásica y universalmente aceptada”<sup>81</sup>. En el mismo sentido se ha afirmado que, desde el estudio científico del Derecho Procesal, es *communis opinio* que la identificación del objeto del proceso [o de la acción, o de la pretensión] se realiza con base en sus tres elementos definidores: los sujetos, el *petitum* y *la causa petendi*” de forma que la variación en alguno de

---

<sup>77</sup> DE LA OLIVA (2005), p. 24.

<sup>78</sup> HUNTER (2010), pp. 155-156.

<sup>79</sup> DE LA OLIVA (2005), p. 27.

<sup>80</sup> DE LA OLIVA (2005), p. 41.

<sup>81</sup> DE LA OLIVA (2005), p. 42.



los elementos señalados “cambia la acción o el objeto del proceso, se introducen nuevas cuestiones y se alteran los términos precisos del litigio, con indudable merma del derecho de defensa de la otra parte”<sup>82</sup>. Para otros y en base a la distinción que hace el autor entre objeto del proceso y objeto del debate (este último compuesto tanto del objeto del proceso definido por el actor como de la resistencia del demandado). “Para singularizar el objeto del proceso bastan dos elementos: el elemento objetivo, *petitum* (Antrag) y el elemento causal, causa *petendi* (Sachverhalt), puesto que el núcleo en torno al cual giran todas las actividades de las partes constituye la petición fundada (a saber, “*meritum causae*”, fondo) presentada por el actor”<sup>83</sup>.

Conforme lo señalado, un elemento identificador del objeto del proceso es la petición o *petitum*, por lo que cabe determinar si la pretensión de que se reparen las consecuencias de la vulneración de derechos fundamentales forma parte de este elemento del objeto del proceso y que exigencias debe tener esta pretensión. “El *petitum* asumirá, en concreto dos aspectos diversos: en la vía inmediata, la demanda se dirige al juez, al que se le pide no la cosa o prestación objeto del derecho material, sino una resolución: la condena del demandado, la mera declaración del derecho, el cambio jurídico. En la vía mediata, la demanda se dirige contra el demandado, del que se pide un determinado bien de la vida: una cosa, una pretensión, una abstención, una sujeción a lo establecido en la sentencia...etc. Si varía alguno de estos elementos (tanto el objeto inmediato como el mediato) varía la acción. Lo que se pide determina de forma directa la resolución judicial concretada en el fallo de la sentencia”<sup>84</sup>. Gimaraes resalta con mayor claridad que el *petitum* tiene dos aspectos, el inmediato que “tiene como fin la naturaleza de la prestación jurisdiccional” (declarativa, constitutiva, de condena, de ejecución, de mandamiento) y el mediato que “tiene como fin el contenido de la decisión, esto es, atiende siempre a un bien de la vida al que se refiere la tutela solicitada” y citando a Serra

---

<sup>82</sup> TAPIA (2000), p. 18.

<sup>83</sup> GIMARAES (2004), p. 145.

<sup>84</sup> TAPIA (2000), p. 20.



Domínguez señala que dicho bien debe estar “en relación con una norma jurídica que es precisamente el que la confiere relevancia jurídica”<sup>85</sup>.

Alguien podría sostener que la petición como elemento del objeto del proceso admite maneras amplias de expresarse que implique dar al juez una especie de facultad para encontrar la forma que estime necesaria para tutelar su derecho vulnerado, de forma que la precisión de la petición no fuere un elemento necesario. Al respecto De la Oliva señala que “incumbe al demandante o actor (si se trata de reconvención, al demandado) la carga de concretar lo que se pide. Otra cosa, es decir, una demanda sin petición o sin petición determinada –por ejemplo, la de que se resuelva “lo que en derecho proceda” o algo semejante- no es admisible en nuestro sistema jurídico (ni en prácticamente ninguno de los del llamado mundo occidental). Esto no significa que se imponga al actor o demandante (o, en la reconvención al demandado) la sujeción a severos requisitos de forma para manifestar lo que se pretende. No existen tales requisitos, al estilo de la *nominatio actionis*. Pero se establece la carga de pedir una tutela concreta”<sup>86</sup>. Resalta la relevancia de la pretensión el autor F. Hoyos quien sostiene que acción y pretensión están indisolublemente unidas pero muestran sus diferencias, siendo esta última el cordón umbilical que une a la acción con el derecho material en litigio<sup>87</sup>. Tan relevante es la precisión en la petición que se formula al tribunal que ella permite clasificar las acciones, tal como nos señala Tapia, dependiendo de las finalidades que persiga en mero declarativas, constitutivas y de condena, pudiendo un mismo derecho dar lugar a distintas peticiones en los términos señalados, la concreción de la petición identificará el objeto concreto de cada proceso, por lo que “es necesario que en la demanda se exprese con claridad esa concreta petición: tanto la concreta clase de tutela (la declaración de un derecho, la constitución de una relación jurídica, la condena del demandado) como el singular bien jurídico respecto del que se pide la tutela”<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> GIMARAES (2004), p. 156.

<sup>86</sup> DE LA OLIVA (2005), p. 43.

<sup>87</sup> HOYOS (1987), p. 132.

<sup>88</sup> TAPIA (2000), p. 20.



Pero tratándose del proceso laboral –al que muchas veces le atribuyen la necesaria carencia de formalismos propios del proceso civil- cabe preguntarse si la fijación clara y precisa de peticiones que amarren al juez en su resolución, constituye un elemento identificador y necesario del objeto del proceso.

La corriente doctrinaria vinculada a atribuir al juez un papel más activo en el proceso (desde ser un rector del proceso hasta colaborar activamente a favor de una de las partes para lograr la solución justa) aboga por la vinculación directa del juez a los derechos indisponibles o irrenunciables de las partes. Se sostiene por exponentes de esta corriente que, si bien “las partes pueden disponer de sus pretensiones y defensas –disponibilidad del derecho material-, sea abandonándolas expresamente (desistimiento), o tácitamente (caducidad de la insistencia), ya declinándolas (allanamiento), o bien ajustándoles o componiéndolas (transacción, conciliación). Como regla, estando en juego tan solo su propio interés, tales actitudes vinculan al juez civil. Por excepción, si se trata de derechos imperativos indisponibles por estar sustentados en un interés general, corresponde al juez evaluar sobre su procedencia y aun negar su procedencia. Es, precisamente, en el terreno de las cuestiones en que gravita el interés general –social o institucional- donde el protagonismo del juez encuentra amplias posibilidades, como garante, controlador y aun gestor de los derechos que pertenecen a la comunidad en su conjunto. Así, v. gr., cuando se trata de los intereses difusos o fragmentados, como la protección del medio ambiente o de los consumidores en general. La reformulación de los conceptos tradicionales de derecho subjetivo y legitimación para obrar, constituye el correlato lógico de la creciente necesidad de amparo de tales intereses. En esa evolución, afloran con caracteres propios los denominados derechos públicos subjetivos que cobijan, también, el orden político institucional”<sup>89</sup>, argumento que, llevado al campo del proceso laboral (para resolver controversias que versan sobre derechos irrenunciables, pero sólo mientras subsista el contrato de trabajo), podrá permitir sostener el poder del juez para negar la disposición de ellos.

---

<sup>89</sup> BERIZONCE (1999), p. 371.



Pero lo cierto es que la pretensión como elemento del objeto del proceso es un concepto eminentemente procesal y, desde ese punto de vista parece ser independiente del derecho material que se invoca y de los fundamentos fácticos y jurídicos que le sirven de sustento y al decir de Gimaraes, no es cualquier pretensión sino una declaración de voluntad “con el fin de obtener un concreto pronunciamiento por parte de los órganos jurisdiccionales, en donde esta asume la función esencial de individualizar el tipo de declaración de voluntad”<sup>90</sup>. Por lo que la petición es el elemento esencial que trae dentro de sí una declaración concreta y particular de voluntad.

En el proceso de tutela laboral, independiente de la naturaleza de la garantía que se invoca, si hay interés en que las consecuencias de una vulneración sean reparadas o resarcidas, ello debe expresarse en una pretensión concreta de condena, puesto que “se caracteriza por la imposición al demandado de una obligación de prestar algunas cosa debida al actor, esto es, cuando pretendemos del demandado un *oportere*”<sup>91</sup>.

Nuevamente se hace necesario referirnos al proceso laboral en España en donde se ha expresado, sobre la base del análisis del artículo 1 de la LPL <sup>92</sup>, la relevancia de la pretensión en dicho proceso la que resulta fundamental pues constituye la construcción jurídica destinada a remediar, en derecho, el problema planteado por la reclamación de una persona frente a otra. La pretensión procesal aparece como el objeto del proceso, entendiendo por el mismo “la materia sobre la que recae el complejo de elementos que al proceso integran, es decir, aquel sustrato, desligado de los sujetos y de las actividades que en el proceso se verifican, pero que sirve como soporte en el que unos y otros se apoyan, o sea, como materia (lato sensu) en que

---

<sup>90</sup> GIMARAES (2004), p. 132.

<sup>91</sup> GIMARAES (2004), p. 182.

<sup>92</sup> La norma citada en el texto es idéntica a la que hoy está en vigencia y corresponde al artículo 1 de la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción social, que establece que “Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en su vertiente individual como en la colectiva, incluyendo aquellas que versen sobre materias laborales y de Seguridad Social, así como de las impugnaciones de las actuaciones de las Administraciones Públicas realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre las anteriores materias”.



se perfila el contenido del proceso todo, prestándole una significación unívoca en el mundo de la realidad a que la figura le pertenece”<sup>93</sup>.

La pretensión así descrita tanto en el proceso civil como el laboral delimita el objeto del proceso, por ello es de suma relevancia la determinación nítida de cual es la acción que el demandante ejercita con su demanda, debiéndose concretar lo que se pide (*petitum*) en virtud de una causa o causas de pedir (*causa petendi*), sin que quepa indefinición en la configuración del objeto de la controversia litigiosa, pues ello determinará también la defensa de la parte contraria como el propio contenido de la sentencia.

Si este razonamiento lo llevamos a nuestro proceso laboral, lo cierto es que, si el procedimiento de tutela laboral se sujeta a las normas del procedimiento de aplicación general, el artículo 446 del Código del Trabajo establece expresamente que la demanda debe contener “*La enunciación precisa y concreta de las peticiones que se someten a la resolución del tribunal*”. Exigencia que aparece más fuerte en el referido procedimiento desde que el artículo 490 del mismo Código requiere además, de aquellos requisitos, “*la enunciación clara y precisa de los hechos constitutivos de la vulneración alegada acompañándose todos los antecedentes en los que se fundamenta*”. Se constata así que la enunciación concreta y precisa de las peticiones es un requisito de la pretensión expresada en la demanda que debe cumplir la “denuncia” en un procedimiento de tutela laboral.

## **6. La congruencia de la sentencia en el proceso laboral.**

Tal como ocurre con los institutos descritos precedentemente, la congruencia procesal ha sido objeto de permanentes descripciones y definiciones tanto en su concepto como en su contenido y alcances<sup>94</sup>, de manera que lo que se pretende es fijar ciertos criterios para dar certeza al desarrollo del trabajo. Así nos señala Tapia Fernández que no es fácil dar con una

---

<sup>93</sup> MONEREO (2010), p. 114.

<sup>94</sup> BOTTO (2006) pp. 127-143.





fórmula positivamente definitoria o descriptiva de la congruencia y las ya aportadas por la doctrina y la jurisprudencia no consiguen superar una vaguedad cargada de problemas. “En cualquiera de estas definiciones se advierte que lo que hay que comparar en una sentencia para observar si esta guarda o no ajuste con lo pedido por las partes es lo decidido por el juez en el fallo de la sentencia y lo solicitado por las partes en el suplico de sus escritos de alegaciones”<sup>95</sup>, sosteniendo que la congruencia de una sentencia va más allá de lo expresado, debiendo pasar por un examen mucho más minucioso y complejo, entendiendo por pretensiones de las partes tanto los sujetos, el petitum, la causa de pedir y las excepciones del demandado<sup>96</sup>. La anterior descripción permite distinguir distintos tipos de incongruencia, resaltando en relación con el objeto del proceso, la denominada incongruencia objetiva que se produce “cuando existe un desajuste entre las pretensiones formuladas en la demanda o reconvencción y la decisión jurisdiccional que las dirime”<sup>97</sup>.

Independientemente de la postura más “activista” o “neutral” que se tenga del rol de un juez en todo proceso, la congruencia siempre aparece como exigencia de la actuación judicial, desde que ella se ha identificado con el principio lógico de la identidad que constituye “una directriz relativa a la correspondencia que debe existir en todo proceso judicial entre la pretensión principal más las pretensiones desestimatorias o reconventionales formuladas por las partes y los que el juez resuelve en la sentencia”<sup>98</sup>. Constituye la congruencia “uno de los principios fundamentales de la lógica junto con los de la no contradicción, tercero excluido y razón suficiente, debiendo entenderse que aludimos a los principios rectores de la lógica formal, vale decir a la disciplina que estudia las inferencias válidas con relación únicamente a su forma”<sup>99</sup>.

---

<sup>95</sup> TAPIA (2000), p. 99.

<sup>96</sup> TAPIA (2000), p. 101.

<sup>97</sup> DE LOS SANTOS (2009), p. 15.

<sup>98</sup> DE LOS SANTOS (2011), p. 200.

<sup>99</sup> DE LOS SANTOS (2009), p. 10.



La doctrina nacional ha orientado la infracción a la congruencia cuando sobrepasa los límites cuantitativos que ha fijado la petición concreta del litigante, pero puede tener lugar igualmente si en la justificación de la decisión se produce una desviación de entidad tal que involucre modificar las razones en virtud de las cuales fue planteada la petición, de manera que la congruencia se mide y verifica por la adecuación que tiene que existir entre la parte dispositiva de la sentencia con los términos en que los litigantes han formulado sus planteamientos, pero “no se trata de una cuestión de carácter literal sino que debe atenderse tanto al *sentido y alcance* de la proposición efectuada por el litigante como al sentido y alcance del fallo pronunciado. Comporta, entonces, un ejercicio de interpretación y no de simple gramaticidad, sin perjuicio que pueda haber situaciones en que el solo texto baste para definir la concurrencia del vicio”<sup>100</sup>. Para la E. Corte Suprema la infracción a la congruencia se produce cuando la sentencia altera el contenido de las acciones y de las excepciones, “cambiando de objeto o modificando su causa de pedir; ocurre también cuando la sentencia otorga más de lo pedido por las partes en sus respectivos escritos que fijan la competencia del tribunal”<sup>101</sup>.

La congruencia aparece, por cierto, como nota distintiva del principio dispositivo en cuanto “Las resoluciones judiciales deben ser congruentes con el objeto procesal determinado por las partes, por lo que resulta de plena vigencia el brocardo *ne eat index ultra petita partium*. Si las partes delimitan los términos del debate judicial, es evidente que el juez no puede alterarlo, pues, de lo contrario, sería tanto como admitir que aquellas, en última instancia, pierden el control sobre el verdadero objeto del proceso”<sup>102</sup>. Una visión más amplia nos comparte Gimaraes desde que “las resoluciones judiciales deben referirse no sólo al objeto del proceso, que trae consigo un enfoque parcial del principio, sino principalmente al objeto del debate, que representa una visión completa del principio, ya que engloba tanto la pretensión procesal del actor como a las excepciones del demandado. Por ello, las decisiones judiciales

---

<sup>100</sup> ASTUDILLO (2012), p. 178.

<sup>101</sup> LANATA (2011 a), p. 203.

<sup>102</sup> PICÓ I JUNOY (2011), p. 171.



deben ser congruentes no sólo con la pretensión procesal sino también con la fundamentación de la resistencia”<sup>103</sup>.

Pero, además, y esto es sumamente importante, la congruencia debe ser analizada como un componente del estándar de debido proceso. En efecto, como requisito de la sentencia, en definitiva regula el debate entre las partes y es una garantía de igualdad, desde que el objeto no sólo está determinado por la pretensión y su causa de pedir, sino que termina de estructurarse cuando el demandado se defiende, de manera que, formulada la pretensión es evidente que el demandado arma su defensa en base a ella, no debiendo ser sorprendido posteriormente si se acoge una pretensión no pedida o distinta de ella. La exigencia de congruencia posibilita el eficaz derecho al debate y la defensa, permite que las partes descansen en el respeto que ella debe inspirar en el sentenciador y es por ello que una sentencia que otorga más de lo pedido o se extiende a puntos no sometidos a discusión puede ser anulada. En el mismo sentido se sostiene que “la congruencia constituye un requisito necesario y de inexcusable observancia como condición del debido proceso adjetivo, mientras, para otros, la congruencia es un postulado lógico que en el ámbito procesal deriva del tipo dispositivo”<sup>104</sup>.

En definitiva la congruencia es relevante para este estudio desde que se constituye como una nota del principio dispositivo –el que, como hemos señalado informa el proceso laboral-, y por otra parte aparece como garantía para las partes y límite para el juez, pues el litigante no puede ser sorprendido en el devenir del juicio y el tribunal, no puede exceder el objeto del proceso, convirtiéndose en parte fundamental de la garantía del debido proceso.

Como hemos descrito anteriormente las posturas que persiguen un rol más “activo” del juez en los procesos abogan incluso por una limitación a la congruencia. De partida y no menos controvertida está la afirmación de que el juez no se encuentra limitado por la fundamentación

---

<sup>103</sup> GIMARAES (2004), p. 139.

<sup>104</sup> DE LOS SANTOS (2009), p. 10.



jurídica de las partes del litigio. En virtud del principio *iura novit curia* el juez no se encontraría vinculado por las calificaciones jurídicas que hacen las partes, “no podría variar los términos en que quedó planteada la litis, ni infringir el principio de congruencia. Como la pretensión se identifica por el fundamento de hecho y no por el derecho que mencionan las partes, los magistrados tienen el deber –propio de la función jurisdiccional- de discurrir y dirimir la litis con prescindencia de las normas alegadas por aquellas. A condición de que no se altere la relación procesal ni se modifiquen los hechos constitutivos de la pretensión y la *causa petendi* que la fundamenta, pues entonces se quebrantaría la garantía constitucional de la defensa en juicio”<sup>105</sup>. Sin embargo, hay quienes van más allá e incluso plantean en el proceso civil ciertas flexibilizaciones de la congruencia en relación con el *petitum*, sosteniendo que “La congruencia de la sentencia con el *petitum* inicialmente formulado no impide que, excepcionalmente, el juez pueda admitir su cambio: así, por ejemplo, pensemos en el supuesto en que la petición de la demanda deviene, durante el proceso, de imposible cumplimiento, en cuyo caso puede permitirse su alteración para cambiarla e introducir una nueva que tenga estrecha relación con la inicial, siempre que no se altere “*la causa de pedir*”. Pero al igual que hemos comentado para la *causa petendi*, la admisión de este cambio de *petitum* “tan sólo es posible a instancia de parte y siempre que a la contraria se le permita ejercer su derecho a defensa”<sup>106</sup>. Se plantea así que, siendo la congruencia un estándar de debido proceso, cualquier facultad concedida al juez de flexibilizar la congruencia no puede vulnerar el derecho a defensa y siempre el ejercicio de tales facultades no debe agravar tal derecho ni puede comprometer la igualdad con que corresponde tratar a las partes, constituyéndose ambos “en límites esenciales a la potestad judicial de flexibilizar la congruencia”<sup>107</sup>. Se debe necesariamente señalar, frente a esta afirmación, que si la relación procesal está trabada, si las partes ya expusieron sus postulados fácticos y jurídicos en el juicio y la ley no contempla la posibilidad de ampliaciones o complementaciones posteriores –como ocurre en nuestro proceso laboral- no se divisa en qué momento el tribunal cautelará la igualdad de las partes y su derecho a la defensa si planea

---

<sup>105</sup> BERIZONCE (1999), p. 377.

<sup>106</sup> PICÓ I JUNOY (2011), p. 171.

<sup>107</sup> DE LOS SANTOS (2009), p. 13.



“flexibilizar” la congruencia, resolviendo cuestiones distintas a las pedidas o no solicitadas dado que la resolución del juicio se produce en la sentencia y las partes ya no podrían plantear cuestionamiento alguno frente a la resolución del tribunal; habría que imaginar una posible resolución del asunto en la audiencia preparatoria o de juicio y, previa advertencia a las partes, abrir debate sobre la resolución de una cuestión distinta a la pedida.

La incorporación de la garantía de la tutela efectiva de los derechos y la necesaria compatibilización con las restantes garantías, ha motivado a sostener que la congruencia debe ser revisada y “admitir excepciones a la exigencia de congruencia a fin de no incurrir en ritualismos excesivos, que impidan la efectiva tutela procesal de los derechos”<sup>108</sup>. Para otros, la congruencia puede colisionar, de hecho, con ciertos derechos legalmente irrenunciables estatuidos por reglas imperativas de orden público –derechos sociales, en general-, cuando por error o ignorancia o estado de necesidad no son reclamados en la demanda o son renunciados bajo presión de las circunstancias como la excesiva duración del proceso<sup>109</sup>. Debemos aquí traer la idea ya expresada anteriormente, en orden a que el proceso con litigantes asistidos con abogados permite la existencia de un proceso con debida defensa para todos los litigantes y con igualdad entre ellos que proscribe flexibilizaciones. Resulta evidente que un proceso con abogados debiera evitar el error, la ignorancia, el estado de necesidad o renunciaciones bajo presión, debiendo destacar en nuestra realidad la actividad de la Oficina de Defensa Laboral que, con la asistencia de abogados especialistas en la materia y con amplia cobertura de atención, permite a los trabajadores acceder a defensa técnica y de calidad.

Bajo la idea de que la estricta aplicación de institutos procesales como la congruencia afectan la necesidad de tutela efectiva de los derechos, se ha sostenido que, cuando se habla de flexibilización de la congruencia, se hace referencia “a las necesidades insoslayables que se verían traicionadas si se acatara –siempre y machaconamente- la ortodoxia procesal en la materia” no debiendo olvidarse que “su finalidad fue proteger a los justiciable y no

---

<sup>108</sup> DE LOS SANTOS (2011), p. 200.

<sup>109</sup> BERIZONCE (1999), p. 378.



perjudicarlos, merced a interpretaciones rígidas y formalistas de sus alcances”<sup>110</sup> de manera que debe tenderse a optimizar la congruencia, de modo tal de conseguir que ésta no se convierta en un obstáculo para asegurar la tutela efectiva de los derechos”<sup>111</sup>, lo que permite, en el proceso civil, conceder algo distinto a lo pedido por las partes cuando no se aparta “del marco normativo propuesto por los contradictores y sin haberse generado una nueva instancia en cuyo seno se conceda algo no pedido por las partes”<sup>112</sup>, estando obligado el tribunal para escudriñar cual era el resultado práctico equivalente perseguido por el actor o reconviniente a la hora de encontrarse frente a la necesidad de no otorgar exactamente lo pedido por aquellos, “lo que interesa es satisfacer el resultado práctico adecuado a lo perseguido por el accionante y a las circunstancias del caso y no tanto acceder a otorgar exactamente lo reclamado por aquel”<sup>113</sup>.

Quizás y con fundamento en su ordenamiento jurídico, la doctrina argentina se permite razonar la existencia de atenuaciones a la congruencia, desde que, como lo señala De los Santos y precisamente en materia laboral se da la posibilidad de fallar *ultrapetita*, según establece el artículo 56 de la ley 18.345 de procedimiento laboral en cuanto señala que “Los tribunales podrán fallar ultra petita, supliendo la omisión del demandante”, disposición que se funda en el principio de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador, que contempla el artículo 12 de la Ley de Contrato de Trabajo (20.744)”<sup>114</sup>, lo que no resulta aplicable a nuestra legislación desde que la irrenunciabilidad de los derechos laborales subsiste mientras lo haga el contrato de trabajo, en cambio, el citado artículo 12 de la Ley de contrato de trabajo argentina establece que “*será nula y sin valor toda convención de partes que suprima o reduzca los derechos previstos en esta ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas o los contratos individuales de trabajo, ya sea al tiempo de su celebración o de su ejecución, o del ejercicio de*

---

<sup>110</sup> PEYRANO (2011), p. 240.

<sup>111</sup> PEYRANO (2011), p. 242.

<sup>112</sup> PEYRANO (2011), p. 242.

<sup>113</sup> PEYRANO (2011), p. 245.

<sup>114</sup> DE LOS SANTOS (2011), p. 218.



*derechos provenientes de su extinción.* Así la irrenunciabilidad en dicha legislación aparece mucho más amplia que la consagrada en nuestra ley laboral sustantiva.

Sin perjuicio de ello, los derechos cuya vulneración se pide que cesen y sean reparados los daños ocasionados, no son exclusivamente los derechos laborales específicos sino los derechos fundamentales del trabajador como ciudadano, lo que, tal como hemos indicado anteriormente, no afecta la pretensión como concepto procesal, es decir, independiente de la formulación normativa de los derechos cuya tutela se requiere en el proceso de tutela laboral, ello no alcanza para dar una fisonomía propia a dicho proceso, de forma que la manera en que ellos son ejercidos ante un tribunal, conlleva la necesaria formulación de una pretensión de reparación para que el demandado sea condenado a reparar las consecuencias de la vulneración alegada.

Si llegamos a la conclusión que el principio dispositivo es aplicable al proceso laboral; que como consecuencia de aquel, el objeto del proceso lo delimitan las partes mediante las pretensiones que formulan al tribunal y que dichas pretensiones deben ser claras y concretas, lo cierto es que la congruencia es un requisito ineludible de la sentencia en materia laboral y, en especial, en el proceso de tutela laboral, cuando el actor pide medidas de reparación, debiendo el tribunal ser congruente con lo pedido y resolviendo aquello que le ha sido sometido a su decisión.

De la doctrina procesal uruguaya, tradicional promotora de la autonomía del derecho procesal del trabajo, puede extraerse alguna apertura a la admisión de fallos dictados ultra petita en materia laboral, fundados en el carácter de orden público de las normas del trabajo, de la aplicación del principio protector, la irrenunciabilidad y de la exposición de casos excepcionales de legislación comparada donde se admite la sentencia mas allá de lo pedido por las partes. De aquello se concluyen que es admisible la posibilidad de fallar ultra petita en su aspecto cuantitativo, es decir, modificando el quantum de la pretensión en tanto el mismo tenga apoyo en normas de orden público, pero se entiende que, en su actual sistema procesal,



“fundamentalmente dispositivo, el fallo extra petita no es admisible, ya que implica la modificación del objeto del juicio y produce una violación al debido proceso y en consecuencia la indefensión del demandado, que se verá sorprendido por el juez a través de la sentencia”<sup>115</sup>. Por su parte el profesor A. Plá, sosteniendo que el dispositivo desde el punto de vista procesal es inobjetable y que sólo excepcionalmente se contempla la posibilidad de que el tribunal ejerza una facultad para modificar la pretensión en la audiencia preliminar, no impulsa la eliminación de este principio “porque constituye un supuesto imprescindible para la decisión judicial apropiada y equitativa. En efecto, si no se aplicara desaparecería la garantía del debido proceso y el empleador podría invocar justificadamente la indefensión ya que no ha podido exponer sus razones ni presentar pruebas sobre temas que ignoraba que fueran el objeto de la controversia. El principio de contradicción, del cual deriva el de congruencia, parece indispensable al régimen contencioso”<sup>116</sup>.

En nuestra legislación, la falta de congruencia está recogida expresamente como causal de nulidad de la sentencia en el juicio laboral, conforme lo establece el artículo 478 letra e) del Código del Trabajo, recogiendo tanto “la *ultra petita*, esto es, cuando la sentencia hubiere otorgado más allá de lo pedido y también a la *extrapetita* cuando se extendiere a puntos no sometido a la decisión del tribunal. No se ha hecho referencia directa a la *infra petita*, pero sin duda que la existencia de decisiones contradictorias implica que éstas se anulen y lleva a la omisión de pronunciamiento sobre lo pedido, lo que nos permite concluir que las tres formas de incongruencias expuestas por la doctrina constituyen vicios que pueden llevar a la anulación de la sentencia”<sup>117</sup>.

De la misma manera la legislación procesal laboral española recoge la incongruencia como causal de casación de la sentencia, al referirse al quebrantamiento de las formas esenciales del juicio (contemplado hoy día en el artículo 207 de la ley N° 36/2011 Reguladora de

---

<sup>115</sup> RUSSO et al. (2005), p. 295.

<sup>116</sup> PLÁ (1978), p.182

<sup>117</sup> LANATA (2011 b), p. 203.





la Jurisdicción Social) concepto que incluye infracciones de dos tipos. De un lado, la de “las normas reguladoras de la sentencia, a cuyo través adquieren relevancia en casación las exigencias respecto de ésta, sean generales a todo el ordenamiento o específicas del proceso laboral. Las generales incluyen el requisito de la congruencia (ajustarse al debate)”<sup>118</sup>.

En relación con el alcance que debe tener la actividad jurisdiccional en orden a si la “tutela judicial efectiva” de un trabajador en un procedimiento de tutela, implica sobrepasar los límites de la misma protección que pide el trabajador, Picó i Junoy sostiene que conforme a la doctrina asentada por el Tribunal constitucional español que expone este autor en su obra, el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos incluye, a modo de resumen, los siguientes aspectos: el derecho de acceso a los tribunales; el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente; el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; y el derecho al recurso legalmente previsto<sup>119</sup>, de manera que la incongruencia de las sentencias aparece cuando se confronta la parte dispositiva del fallo con el objeto del proceso “limitado por sus elementos subjetivos –partes- y objetivos –causa petendi y petitum-, de manera que la adecuación debe entenderse tanto a la petición como a los hechos esenciales que la fundamentan”<sup>120</sup>. Aparece así que la congruencia procesal constituye uno de los aspectos que deben incluirse en la garantía de la tutela judicial efectiva, admitiéndose la incongruencia cuando “la sentencia del tribunal versa sobre puntos o materias que, de acuerdo con la ley, el tribunal está facultado para introducir *ex officio*, como ocurre con las materias relativas a los presupuestos procesales por su carácter de orden público”<sup>121</sup> cuestión que no constituye novedad alguna.

La doctrina procesal laboral española sostiene que la pretensión delimita el objeto del proceso, por ello es de suma relevancia la determinación nítida de cual es la acción que el

---

<sup>118</sup> ALBIOL et al. (2010), p. 429.

<sup>119</sup> PICÓ I JUNOY (2012), p. 57.

<sup>120</sup> PICÓ I JUNOY (2012), p. 82.

<sup>121</sup> PICÓ I JUNOY (2012), p. 85.



demandante ejercita con su demanda. La pretensión se concreta en lo que se pide (*petitum*) en virtud de una causa o causas de pedir (*causa petendi*), sin que quepa indefinición en la configuración del objeto de la controversia litigiosa, pues ello determinará también la defensa de la parte contraria como el propio contenido de la sentencia. “Asimismo, en coherencia con esta construcción, la propia sentencia que resuelve sobre la pretensión debe ser congruente con la misma, debiendo existir una relación lógica entre lo que se da y lo que se pide, entre lo que se peticiona en la demanda y lo que se resuelve, existiendo mecanismos procesales que garantizan la exigencia de congruencia”<sup>122</sup>.

## 7. Breve referencia a la situación de la jurisprudencia nacional en la materia.

La revisión de diversos fallos en materia laboral permite afirmar que, en términos generales, la jurisprudencia analizada de la E. Corte Suprema, es reiterativa en reconocer a la congruencia como un requisito de la sentencia.

En este sentido algunas sentencias han precisado que, para incurrir en el vicio de ultrapetita “la sentencia debe abordar puntos no sometidos a la decisión del tribunal, tanto en relación a lo pedido, como a lo discutido por las partes, por lo que la irregularidad se debe hacer patente en la decisión de la controversia, de modo que para definir si existe la ultrapetita alegada, en cualquiera de sus formas, ha de analizarse el escrito que contiene las pretensiones del actor, la respuesta del demandado y comparar los términos de dicha discusión con la decisión del fallo impugnado”<sup>123</sup>. Por otra parte y en causa laboral por despido injustificado, conociendo de un recurso de casación en el fondo, nuestro máximo Tribunal estableció que conforme a la congruencia “debe existir conformidad entre todos los actos del procedimiento aisladamente considerados, mismos que componen el proceso. Se enlaza entonces la

---

<sup>122</sup> MONEREO (2010), p. 115.

<sup>123</sup> E. Corte Suprema, Rol N° 1244-2011, 4 de noviembre de 2011.



pretensión, la oposición, la prueba, la sentencia y los recursos, siendo la congruencia procesal, en la sentencia, un imperativo para el juzgador”<sup>124</sup>.

De la manera descrita, la jurisprudencia identifica a la congruencia como la correspondencia que debe existir entre la pretensión (y la oposición) y la sentencia y, al mismo tiempo, la reconoce como una exigencia de toda sentencia.

Sin embargo, el análisis de sentencias dictadas en el procedimiento laboral da cuenta de criterios jurisprudenciales que entienden sin límite la facultad de los tribunales para establecer medidas de reparación una vez que se determina la vulneración de derechos fundamentales. Asimismo, se encuentra cierta flexibilidad al momento de determinar la precisión de las pretensiones que se formulan por los litigantes.

Respecto de la primera situación, en recurso de nulidad resuelto por la I. Corte de Apelaciones de Santiago, se determinó rechazar aquel en aquella parte en que se fundó en causal de ultrapetita. Resulta necesario explicar que ante el tribunal de primer grado, el trabajador interpone denuncia en procedimiento de tutela laboral por vulneración a sus derechos fundamentales con ocasión de su despido y pide concretamente que se declare su autodespido como justificado en razón de la vulneración alegada, debiendo condenarse a la denunciada a pagar las indemnizaciones propias del término del contrato, la denominada indemnización adicional establecida para el procedimiento de tutela, así como el pago de prestaciones laborales (semana corrida, horas extraordinarias, feriado legal y proporcional).

Aquel tribunal acoge la denuncia, declara la existencia de la vulneración, condena a pagar las indemnizaciones procedentes así como algunas de las prestaciones demandadas, pero resuelve una medida de reparación no pedida por el denunciante y es más, dicha medida se dispone respecto de contratos de trabajo de trabajadores que no fueron partes en el proceso.

---

<sup>124</sup> E. Corte Suprema, Rol N° 1040- 2011, 9 de noviembre de 2011.



En efecto, ordenó que la demandada incorporara en los contratos de trabajo de todos sus trabajadores una cláusula que detallara el sistema de pago de bonos, así como monto y condiciones de pago de movilización y colación, medidas no sólo no pedidas por el actor, sino que en relación con otros contratos de trabajo<sup>125</sup>. La denunciada interpuso recurso de nulidad fundado entre otras causales, por haber incurrido el fallo en ultrapetita, pues modifica contratos de quienes no han sido partes en el proceso, extendiendo la decisión a personas y aspectos no sometidas al juicio, en la medida que no hay ley que faculte al juez para llegar a ese extremo pues el artículo 495 (que se refiere al contenido de la sentencia) no autoriza a exceder el ámbito de lo debatido ni establecer medidas respecto de terceros ajenos al juicio.

El recurso es fallado por sentencia de la I. Corte<sup>126</sup> la que rechaza el recurso y en lo pertinente a nuestra materia, señala que “Desde luego la sentencia no incurre en ultrapetita pues se limita a dar cumplimiento al artículo 495 del Código del Trabajo que en su numeral tercero exige que contenga la indicación concreta de las medidas a que se encuentra obligado el infractor –habla de la infracción que da lugar al procedimiento de tutela laboral- dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales” y por otra parte explica el rechazo a la causal pues se trata de “una medida de publicidad esclarecedora tendente no sólo a la información del trabajador y de la autoridad fiscalizadora, fundamentalmente, sino a evitar la discriminación observada en este juicio por el sentenciador”. Interpuesto que fue el recurso de unificación de jurisprudencia se tuvo “por no presentado” por no acompañarse copias fidedignas de las sentencias de contraste ni su certificación de estar ejecutoriadas.

En la misma línea del fallo anterior la misma Corte en Recurso de Nulidad sostiene que “Que, con todo vale destacar que el ordinal 3° del artículo 495 del Código del Trabajo dispone que en la sentencia que se pronuncie sobre la materia planteada en el escrito introductorio de este proceso, vale decir, sobre tutela laboral, el juez deberá indicar concretamente cuales son

---

<sup>125</sup> Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, RIT N° T-57-2009, de 2 de febrero de 2010.

<sup>126</sup> I. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 276-2010, 24 de junio de 2010.



las medidas a que se encuentra obligado el infractor, dirigidas a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración de derechos fundamentales, de suerte que la indicación referida es una facultad que el legislador otorga a los órganos jurisdiccionales, los que tienen el deber de ejercerla cuando corresponda, como ocurre en el caso, sin que se encuentren limitados en su ejercicio a lo peticionado por las partes”<sup>127</sup>.

De lo expuesto parece ser que el criterio de la I. Corte es entender que el artículo 495 exige perentoriamente establecer medidas de reparación, sin importar si ellas fueron pedidas por el denunciante y, además, no parece cuestionar que, aun cuando el fallo ordena sólo medidas de publicidad, se extiende respecto de contratos de trabajadores que no fueron parte, estableciendo un criterio que parece no imponer límite alguno al tribunal para establecer medidas de reparación, ni siquiera en la identidad legal de partes.

Por otra parte, se ha observado en otras sentencias como la congruencia se analiza con cierta laxitud. En efecto, en sentencia de primer grado<sup>128</sup>, y respecto de dos denuncias acumuladas, una de ellas por la Inspección del Trabajo y la otra por dos sindicatos de la empresa denunciada, el tribunal resolvió acoger ambas denuncias, declarando que ésta incurrió en prácticas antisindicales en contra de los referidos sindicatos y que había ejecutado actos de discriminación con motivo de sindicación, acogiendo en parte las medidas de reparación pedidas por los sindicatos. Cabe señalar que la Inspección del Trabajo solicitó en su denuncia se declarara que “efectivamente se habían vulnerado derechos fundamentales de los trabajadores” y los sindicatos pidieron se declarara que la demandada “ha vulnerado gravemente los derechos fundamentales de los trabajadores”, en particular: el derecho a la libertad sindical y el derecho a la no discriminación. La demandada interpuso recurso de nulidad fundado en diversas causales, una de ellas fue la infracción al artículo 478 letra e) del Código del Trabajo, sosteniendo la causal en que las peticiones que formulan los denunciante no corresponden a lo que resuelve el juez en la sentencia, ya que los denunciante piden que se

---

<sup>127</sup> I. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1306-2012, 31 de enero de 2013.

<sup>128</sup> Juzgado de Letras del Trabajo de Curicó, RIT N° T-4-2010, 30 de diciembre de 2010.



haga una declaración que no es la que hace el tribunal, el que discurre acerca de prácticas antisindicales, lo que no fue objeto de la litis ni lo pidieron las partes.

Conociendo del recurso, el tribunal superior lo rechaza y en particular, respecto de la causal de ultrapetita, señala en su motivo Duodécimo<sup>129</sup> que “el juez de primer grado acogió en esa forma la denuncia y demanda antes referidas, teniendo en consideración que conforme a lo prevenido en el artículo 289 del Código del trabajo (norma que no tiene el carácter de taxativa) constituyen prácticas antisindicales del empleador las acciones que atenten contra su libertad sindical”, indicando más adelante que “de la lectura de la demanda se colige que los trabajadores hicieron valer las prácticas antisindicales que atribuyen al empleador”. De esta forma el tribunal que conoció del recurso estimó que de la demanda debía deducirse que la pretensión era obtener sanción por dichas prácticas, las que atendida su formulación normativa genérica debe entenderse como cualquier acción que atente contra la libertad sindical.

Puede observarse, sin poca preocupación, como, si bien se reconoce la congruencia como exigencia de la sentencia, en el proceso de tutela laboral se vislumbran interpretaciones laxas de este instituto y, por otra parte, su sometimiento a una especie de mandato oficioso que se encontraría contemplado en el artículo 495 N° 3 del Código del Trabajo, para establecer medidas de reparación no pedidas, distintas a las pretendidas y, como vimos en el caso descrito, que afecten a quienes no son parte en el proceso.

## **8. Conclusiones.**

El análisis que se ha realizado de los institutos procesales enunciados en este trabajo en relación con las normas legales que rigen nuestro proceso laboral permite efectuar las siguientes conclusiones:

---

<sup>129</sup> I. Corte de Apelaciones de Talca, Rol N° 10-2011, 15 de marzo de 2011.



1. El dispositivo como principio jurídico técnico del proceso laboral, determina que son las partes las que establecen el objeto del proceso, puesto no hay fundamento jurídico alguno para sostener que el dispositivo no lo gobierna, independiente de la naturaleza de los derechos sustantivos que consagra la normativa laboral protectora.

2.- Si las partes determinan el objeto del proceso laboral, sobre el denunciante del proceso de tutela laboral recae la carga de determinar en forma precisa las peticiones que constituyen, como objeto mediato su pretensión y que afectará los intereses de su contraparte. De esa forma, dicha pretensión, formulada de manera clara y precisa, vincula en forma determinante la resolución que el tribunal debe establecer en su sentencia definitiva. Si alguno de estos eslabones se rompe se vulnera no sólo la naturaleza misma del proceso como mecanismo de resolución de controversias entre partes, sino el derecho a defensa de quien se verá obligado a soportar medidas de reparación que no fueron pedidas por el actor o son distintas a las solicitadas.

3.- El diseño previsto por nuestro legislador para el proceso de tutela laboral –que se regula por las normas del procedimiento de aplicación general con algunas reglas especiales que no alteran en su estructura- no lo aleja de la naturaleza propia de un proceso entre privados en su esencia (más aún si consideramos la reforma al proceso civil estructurado bajo la idea de un proceso oral, concentrado y bajo el sistema de audiencias). Para la doctrina laboral en general, la naturaleza del derecho material o sustantivo que hay en el conflicto que enfrenta a trabajadores y a empleadores o al Estado como empleador, exige que el proceso tenga una naturaleza propia y especial, de modo que el derecho procesal laboral se debe mostrar como una disciplina autónoma con propios principios e inserto en el derecho del trabajo. Para gran parte de la doctrina laboral el proceso laboral es uno especial, pero, al decir de Montero Aroca sólo tiene sentido científico desde el derecho procesal, únicamente “partiendo de las nociones de jurisdicción y de acción (que son únicas y comunes) y de la condición de proceso como instrumento y medio de una y de otra, se puede dar base científica al proceso laboral, que no es



ni puede ser autónomo”<sup>130</sup>. Si acudimos a la Constitución Política de la República en cuanto consagra en su artículo 19 N° 3 inciso 6 que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y que debe el legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento racional y justo y si revisamos la aplicación supletoria que el Código del Trabajo establece del Código de Procedimiento en el artículo 432, en lo no regulado, parece ser que toda intervención de un tribunal debe cumplir con los estándares de un debido proceso y la norma que establece la aplicación supletoria establece claramente una relación de género especie entre el proceso laboral y el civil, en que el género es el proceso como mecanismo de resolución de conflictos. Como hemos dicho en otro lugar, en nuestra región las reformas procesales civiles han tenido su punto de partida en materia laboral, instalándose lo que se ha llamado el derecho procesal social, fenómeno que, como consecuencia para la sostenida autonomía del proceso laboral, “si cada vez más el proceso civil común recoge instituciones y fórmulas procesales que ya han debutado en sede procesal laboral, va perdiendo fuerza el discurso laboralista en torno a las particularidades excepcionalísimas del proceso laboral, ahora mucho más cercano al proceso civil”<sup>131</sup>.

4.- Cierto es que la aplicación supletoria del proceso civil es a menos que “sean contrarias a los principios que informan este procedimiento”, pero la interrogante que aparece es ¿son los institutos enumerados en el artículo 425, principios propios y autónomos del proceso laboral? La respuesta es sin duda que no, lo que determina que el proceso laboral no tiene principios propios en el diseño legislativo que tiene en nuestro Código y por lo tanto debe sujetarse a los principios e instituciones jurídicas del proceso, salvo, evidentemente, de aquellos matices o modificaciones que se contienen claramente en la formulación normativa del proceso laboral actual y que se justifican por la especial naturaleza del conflicto laboral. Razonamiento que debe aplicarse al procedimiento de tutela laboral, pues tal como se advierte al inicio de este trabajo, no estamos en presencia de un proceso especial, sino de un proceso laboral con la

---

<sup>130</sup> MONTERO (2000), p. 71.

<sup>131</sup> PALOMO (2014), p. 239.





introducción de ciertas reglas procesales especiales que no alcanzan a darle una fisonomía propia.

5.- El proceso, como mecanismo de resolución de conflictos, debe cumplir necesariamente con estándares de debido proceso para que, conjuntamente con resolver conflictos en donde el derecho material sustantivo a aplicar tiene evidentemente un carácter protector (que así además debe ser y entenderse), ello no implique sacrificar garantías procesales de todas las partes (trabajadores y empleadores) en pos de una idea de lograr eficacia y tutela a toda costa, deslegitimando el instrumento. No es pertinente concebir el proceso y el derecho laboral sustantivo como antagónicos, debe necesariamente encontrarse el equilibrio necesario para aplicar, con las garantías procesales debidas, la norma laboral con su esencial carácter tuitivo.

## **BIBLIOGRAFÍA CITADA**

A.A.V.V. (2000): *Los retos de la Justicia en el siglo XXI. Reflexiones sobre la situación actual y perspectivas de futuro del Poder Judicial* (Barcelona, Fundación Carles Pi i Sunyer d'Estudis Autònomic i locals).

\_\_\_\_\_ (2012): *Diseño de un modelo de Oficial de ejecución* (Santiago, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso).

ACADEMIA JUDICIAL DE CHILE (2008): *Manual del Juicio del Trabajo* (Santiago, LOM Ediciones).

ALBIOL MONTECINOS, Ignacio, MELLADO ALFONSO, Carlos, BLASCO PELLICER, Ángel y GOERLICH PESET, José, (2010) *Derecho Procesal Laboral*, 8ª Edición (Valencia, Tirant Lo Blanch).

ALTER DIAZ, Rodolfo y LANATA FUENZALIDA, Gloria (2009): *Régimen Legal del Nuevo Proceso Laboral Chileno* (Santiago, Legalpublishing).

ASTUDILLO CONTRERAS, Omar (2012): *El recurso de Nulidad Laboral, Algunas Consideraciones Técnicas* (Santiago, Abeledo Perrot/Legalpublishing).



BARBEIRO, Sergio J. y GARCÍA SOLÁ, Marcela M. (2011 a): “Principios Generales del Proceso Civil. Diseño clásico y mirada actual”, en: PEYRANO, Jorge W. (Director), *Principios Procesales* (Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores), tomo I, pp. 15-881.

\_\_\_\_\_ (2011 b): “Lineamientos de los Principios Dispositivo e Inquisitivo”, en: PEYRANO, Jorge W. (Director), *Principios Procesales* (Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores), tomo I, pp. 15-881.

BERIZONCE, Roberto O. (1999): *Derecho Procesal Civil Actual* (Buenos Aires, Abeledo Perrot).

BLASCO PELLICER, Ángel (2005): “Proceso de Tutela de la Libertad Sindical y otros Derechos Fundamentales”, en: BLASCO PELLICER, Ángel (Director), *El Proceso Laboral* (Valencia, Tirant Lo Blanch), volumen I, pp. 895-959.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2007): “Los Poderes del Juez Civil en el Proceso Civil”, en: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y PALOMO VÉLEZ, Diego Iván (Coordinadores), *Hacia una nueva Justicia Civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 179-203.

BOTTO OAKLEY, Hugo (2006): *La Congruencia Procesal* (Córdoba, M.E.L. Editor).

CALVINHO, Gustavo (2012): “Procedimentalización postmoderna”, en: CÁRDENAS, Mauricio y SODI, Carlos: (Coordinadores), *Derecho procesal civil y mercantil* (México DF, Ed. Porrúa, Centro de Investigación e Informática Jurídica), pp. 135 y ss.

CARRERAS, Jorge (1962): “El Derecho procesal como arte”, en: CARRERAS, Jorge y FENECH, Miguel, *Estudios de Derecho Procesal* (Barcelona, Ed. Bosch), pp. 53-62.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés (2005): *Objeto del Proceso y Cosa Juzgada en el Proceso Civil* (Madrid, Thomson Civitas).

\_\_\_\_\_ (2012): “Prudencia versus ideología: De nuevo sobre el papel del juez en el Proceso Civil”, en: *Revista Ius et Praxis* (Año 18, N° 2), pp. 243-294.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DIEZ-PICAZO, Ignacio, VEGAS, Jaime (2004): *Derecho procesal: Introducción*, 3ª Edición (Madrid, Ed. Universitaria Ramón Areces), pp. 53 y ss.

DE LOS SANTOS, Mabel (2009): “La Flexibilización de la congruencia civil”, en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* (Año VIII N° 13), pp. 9-31.

\_\_\_\_\_ (2011): “Principio de Congruencia”, en: PEYRANO, Jorge W. (Director), *Principios Procesales* (Buenos Aires, Rubinzal–Culzoni Editores), tomo I, pp. 15 – 881.



FERNANDEZ TOLEDO, Raúl (2011): *Las Facultades y Deberes del Juez en materia probatoria en el proceso laboral, Análisis crítico* (Santiago, Thomson Reuters Punto Lex).

FORO PARA LA REFORMA PROCESAL LABORAL CHILENA: *Propuesta de bases para la reforma procesal laboral y previsional* (p. 22), inédito.

GAMONAL CONTRERAS, Sergio (2008): *El Procedimiento de Tutela de Derechos Laborales* (Santiago, Legalpublishing).

GÁRATE CASTRO, Javier (1999): “La Tutela de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas por los Tribunales Laborales (Un estudio de la modalidad procesal regulada por los arts. 175 y sigs. de la Ley de Procedimiento Laboral)”, en: *Revista Xurídica Galega*.

GARBERÍ, José (2009): *Constitución y Derecho Procesal: Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal* (Navarra, Ed. Civitas, Cuadernos civitas).

\_\_\_\_\_ (2011): *El nuevo proceso laboral. Comentarios a la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción social* (Navarra, Ed. Civitas).

GARCÍA, Gabriel (2001): “Los principios informadores del proceso laboral (algunas reflexiones críticas en torno a la oralidad, celeridad y concentración)”, en: A.A.V.V., *El proceso laboral: Estudios en homenaje al profesor Luis Enrique de la Villa Gil* (Valladolid, Ed. Lex Nova), pp. 204-210.

GIMARAES RIBEIRO, Darci (2004): *La Pretensión Procesal y La Tutela Judicial Efectiva. Hacia una Teoría Procesal del Derecho* (Barcelona, J.M. Bosch Editor).

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo (2008): “El principio de congruencia frente al principio dispositivo”, en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal* (Año VII N° 11), pp. 97-140.

HOYOS HENRECHSON, Francisco (1987): *Temas Fundamentales de Derecho Procesal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

HUNTER AMPUERO, Iván (2010): “El Principio Dispositivo y Los Poderes del Juez”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (XXXV, 2° Semestre), pp. 149-188.

LANATA FUENZALIDA, Gabriela (2011 a): *El sistema de recursos en el proceso laboral chileno* (Santiago, Abeledo Perrot-Thomson).

\_\_\_\_\_ (2011 b): *Manual del Proceso Laboral* (Santiago, Abeledo Perrot-Legalpublishing).



- LILLO, Ricardo y ALCAÍNO, Eduardo (2013): *Reporte sobre el funcionamiento a la reforma a la Justicia laboral en Chile* (Santiago, Centro de Estudios de la Justicia de las Américas). Disponible en: [http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/search\\_result.html?search\\_phrase=reporte+sobre+el+funcionamiento+de+la+reforma+a+la+justicia+laboral+en+Chile&catid=0&ordering=newest&search\\_mode=exact&search\\_where%5B%5D=search\\_name&search\\_where%5B%5D=search\\_description](http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual/search_result.html?search_phrase=reporte+sobre+el+funcionamiento+de+la+reforma+a+la+justicia+laboral+en+Chile&catid=0&ordering=newest&search_mode=exact&search_where%5B%5D=search_name&search_where%5B%5D=search_description) [visitado el 11/11/2014].
- LUELMO MILLÁN, Miguel Ángel y RABANAL CARBAJO, Pedro (1999): *Los principios Inspiradores del Proceso laboral* (Madrid, Editorial Mc Graw-Hill/Interamericana de España).
- MARFIL, Andrés Manuel (2011): “El principio procesal de celeridad como manifestación del derecho constitucional de tutela judicial efectiva”, en: PEYRANO, Jorge W. (Director), *Principios procesales* (Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni), tomo I, pp. 589 y ss.
- MELIS VALENCIA, Christian (2009): *Los Derechos Fundamentales como límites a los poderes empresariales* (Santiago, Legalpublishing).
- MONEREO PÉREZ, José Luis (2010): *Manual de Derecho Procesal del Trabajo*, 2ª Edición (Madrid, Editorial Tecnos -grupo Anaya, S.A.).
- MONTERO AROCA, Juan (1996): “La determinación del objetivo de la litis. Experiencia española y comparada”, en: A.A.V.V., *Reforma procesal civil (I)* (Santiago, Universidad Diego Portales, Cuadernos de Análisis Jurídico), pp. 269 y ss.
- \_\_\_\_\_ (2000): *Introducción al proceso laboral*, 5ª Edición (Madrid, Editorial Marcial Pons).
- NIEVA, Jordi (2011): “Ideología e imparcialidad judicial”, en: *Revista Justicia* (Num. 1-2).
- ORELLANA TORRES, Fernando y PÉREZ RAGONE, Álvaro (2013): *Derecho Procesal y Justicia Laboral* (Santiago, Librotecnia).
- PALAVECINO, Claudio (2011): “El retorno del inquisidor. Las potestades judiciales en materia probatoria en el proceso laboral chileno”. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revlads/cont/13/art/art9.pdf> [visitado el 26/11/2013].
- PALOMO VÉLEZ, Diego (2008): *La oralidad en el proceso civil. El nuevo modelo español* (Santiago, Librotecnia).



\_\_\_\_\_ (2014): “Proceso laboral chileno y tutela judicial efectiva: sobre el difícil avance hacia un mejor modelo que no sacrifique postulados elementales del debido proceso”, en: BUSTAMANTE RÚA, Mónica María (Coordinadora Académica), *Reformas Procesal en Colombia y en el mundo* (Bogotá, Universidad de Medellín) pp. 199-241.

PEYRANO, Jorge W. (2011): “La Flexibilización de la Congruencia en sede civil. Cuando se concede judicialmente algo distinto de lo requerido por el justiciable”, en: PEYRANO, Jorge W. (Director), *Principios Procesales* (Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores), tomo I, pp. 15-881.

PICÓ I JUNOY, Joan (2011): “Los Principios Dispositivo y de Aportación de Parte: significado actual”, en: PEYRANO, Jorge W. (Director), *Principios Procesales* (Buenos Aires, Rubinzal – Culzoni Editores), tomo I, pp. 15-881.

\_\_\_\_\_ (2012): *Las Garantías Constitucionales del Proceso* (Barcelona, Bosch Editor).

PIROLO, Miguel Ángel, MURRAY, Cecilia, OTERO, Ana María (2008): *Manual de Derecho Procesal del Trabajo*, 2ª Edición (Buenos Aires, Editorial Astrea).

PLÁ RODRIGUEZ, Américo (1978): *Los Principios del Derecho del Trabajo* (Buenos Aires, Ediciones Depalma).

\_\_\_\_\_ (1992): “Visión crítica del Derecho procesal del trabajo”, en: A.A.V.V., *Processo do trabalho na América Latina, Estudos em homenagem a Alcione Niederauer Correa* (San Pablo, Ed. LTr).

PUNTO LEX, Departamento de Estudios Jurídicos (2011): *Recurso de Nulidad laboral, Jurisprudencia* (Santiago, Thomson Reuters Punto Lex).

RACCIATTI, Octavio Carlos (2005): “Los principios del derecho laboral en el derecho procesal del trabajo”, en: A.A.V.V., *Derecho Procesal del Trabajo, Treinta Estudios, Grupos de los Miércoles* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria) pp. 17 - 33.

RAMÍREZ, Diana (2007): “La Justicia procesal: reflexiones sobre la prevalencia del derecho sustancial”, en: RIVERA, Rodrigo (Compilador), *Pruebas y oralidad en el proceso* (Caracas, Ed. Librería Jurídica Rincón, VII Congreso Venezolano de Derecho procesal, 2007, pp. 129 y ss

RANGEL DINAMARCO, Cándido (2009): *La Instrumentalidad del Proceso*, 13ª Edición (Lima, Communitas).

RODRÍGUEZ GALÍNDEZ, César A. (2012): “El Sistema Procesal Laboral. Una necesaria y urgente



revisión”, en: GOMEZ COLOMER, Juan Luis y otros (Coordinadores), *El Derecho Procesal Español del Siglo XX a golpe de tango. Juan Montero Aroca* (Valencia, Tirant Lo Blanch), pp. 803-815.

RUSSO, Rosario, SOARES NETTO, Esther, XALAMBRI, Adriana (2005): “La sentencia en el Proceso Laboral”, en: A.A.V.V., *Derecho Procesal del Trabajo, Treinta Estudios, Grupos de los Miércoles* (Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria), pp. 281-297.

RUSSOMANO, Mozart (1971): “Características essenciais do procedimento na jurisdicao do trabalho”, en: CONFIRO, José (Editor), *Direito procesual do trabalho* (Río de Janeiro).

SANTOS, Héctor (2001): “La teoría general del proceso en el sistema del derecho procesal social”, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie (Año XXXIV, Num. 101), pp. 567-588.

SIGUENZA, Julio (2011): “Sospechas de parcialidad: Un nuevo enfoque, en: *Revista Justicia* (Num. 1-2).

SIRVENT HERNÁNDEZ, Nancy (2005): “Los Principios Inspiradores del Proceso Laboral. Los Actos Procesales”, en: BLASCO PELLICER, Angel (Director), *El Proceso Laboral* (Valencia, Tirant Lo Blanch), volumen I, pp. 129 a 190.

SOCIEDAD CHILENA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL (2008): “Los principios Formativos del Proceso y el rol del Juez en el Proceso Laboral chilena”, en: *Primera Jornada Chileno-Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Montevideo). Disponible en: <http://es.scribd.com/doc/76576483/PONENCIAS-Primeras-Jornadas-Chileno-Uruguayas-de-Derecho-Del-Trabajo-y-S-S> [visitado el 30/07/2014].

TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel (2000): *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa Juzgada* (Madrid, La Ley).

TARUFFO, Michele (2010): “Riflessioni su garantismi e garanzie”, en: LÓPEZ, Leonardo (Editor), *Garantismo y crisis de la Justicia* (Medellín, Universidad de Medellín, Fundación universitaria Tecnológico Comfenalco, Universidad Simón Bolívar).

UGARTE CATALDO, José Luis (2010): *Tutela de Derechos Fundamentales del Trabajador*, 3ª Edición (Santiago, Legalpublishing).

VITANTONIO, Nicolás (2011): “Los principios del procedimiento laboral”, en: PEYRANO, Jorge W. (Director), *Principios procesales* (Buenos Aires, Ed. Rubinzal-Culzoni), tomo I.



## Jurisprudencia citada

Asociación Nacional de Funcionarios de la Corporación de Asistencia Judicial RM con Corporación de Asistencia Judicial Región Metropolitana (2013): I. Corte de Apelaciones de Santiago, 31 de enero de 2013 (Procedimiento de Tutela Laboral), en Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social, Volumen III, Año 2013, pp. 148-155.

Inspección Provincial del Trabajo de Curicó y otros con Agrícola Soler Cortina SA (2010): Juzgado de Letras del Trabajo de Curicó, 30 de diciembre de 2010 (Prácticas antisindicales, Procedimiento de Tutela Laboral), en sitio web [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl)

Inspección Provincial del Trabajo de Curicó y otros con Agrícola Soler Cortina SA (2011): I. Corte de Apelaciones de Talca, 15 de marzo de 2011, (Procedimiento de tutela laboral, recurso de nulidad) en [www.microjuris.com](http://www.microjuris.com) MJCH\_MJJ26664

Oñate con Segint SA (2010): Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 2 de febrero de 2010 (Procedimiento de Tutela Laboral), disponible en sitio web [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl)

Oñate con Segint SA (2010): I. Corte de Apelaciones de Santiago (Procedimiento de Tutela Laboral-Recurso de Nulidad), en [www.microjuris.com](http://www.microjuris.com). MJCH\_MJJ24220

Garrido con Sucesión Albertina Cortesi G. (2011): E. Corte Suprema, 4 de noviembre de 2011, (Calificación de despido, nulidad de despido, cobro de prestaciones laborales, Procedimiento Ordinario Laboral) en: base jurisprudencial del sitio [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl)

Clunes con Rendic Hermanos SA (2011): E. Corte Suprema, 9 de noviembre de 2011 (nulidad de despido, Procedimiento laboral ordinario), disponible en base jurisprudencial del sitio [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl)



Salmones Aysen SA con Inspección Provincial del Trabajo de Puerto Montt (2013): I Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 3 de enero de 2013 (Reclamo resolución Inspección del Trabajo, Procedimiento de Aplicación general), en [www.microjuris.com](http://www.microjuris.com). MJCH\_MJJ34221





## **L'autorité de la chose jugée en procédure civile camerounaise : vers la consécration d'une fin de non-recevoir d'ordre public?**

(The authority of res judicata in Cameroonian civil procedure: to the consecration of a plea of inadmissibility of public policy?)

***Léon Hounbara Kaossiri***

Assistant Professor at the University of Ngaoundéré, Cameroon

**Résumé:** La présente contribution analyse une évolution que connaît le droit positif camerounais dans la mise œuvre de l'autorité de la chose jugée. Le régime procédural de cette fin de non-recevoir est insuffisamment envisagé par le législateur. Cette situation laisse une grande marge de manœuvre aux juges qui semblent ainsi ériger l'autorité de la chose jugée en une fin de non-recevoir d'ordre public, dérogeant parfois aux prescriptions légales. La mise en œuvre de l'autorité de la chose jugée n'est plus la seule affaire des parties, mais aussi celle du juge qui peut la soulever d'office lorsqu'il en a connaissance. Désormais, elle peut être recevable même invoquée après conclusion au fond, contrairement aux prescriptions légales qui exigent que les fins de non-recevoir en général doivent être présentées avant tout débat au fond. Le présent article analyse cette évolution dans vision critique. Il suggère quelques réaménagements nécessaires dans le but permettre que la mise en œuvre de l'autorité de la chose jugée s'accorde, non seulement avec sa nature juridique ou ses fonctions, mais aussi avec l'ensemble des principes directeurs du procès civil.

**Mots clés :** Autorité de la chose jugée – Fin de non-recevoir d'ordre privé – Fin de non-recevoir d'ordre public – Relevé d'office – Présentation en tout état de cause.



**Abstract:** This paper analyzes an evolution occurred in Cameroonian positive law concerning the implementation of the authority of res judicata. The rules governing the implementation of this plea of inadmissibility are insufficiently considered by the legislature. This gives great possibilities to judges who seem to consider it as plea of inadmissibility of public policy. This tendency is sometimes at variance with the legal requirements. In view of its function which includes the protection of the interests of the whole court, the implementation of the authority of res judicata should not only be the privilege of the parties, but also that of the judge who can raise it when he becomes aware of its existence. By this same argument, the authority of res judicata should be admissible at any moment in the procedure which is contrary to the legal prescription now that requires that pleas of inadmissibility should be raised before any conclusive background. This article analyzes this evolution in a critical vision. It suggests some necessary adjustments in order to allow coherences between the implementation of the authority of res judicata with its legal nature or functions, but also with all the principles of the civil trial.

**Key Word:** Authority of res judicata – Plea of inadmissibility of private policy – Plea of inadmissibility of public policy – Atomically raised – Presentation at any moment in the procedure.

## Introduction

L'autorité de la chose jugée est l'une des questions qui met mal à l'aise la doctrine juridique contemporaine. Elle peut être définie comme une qualité attribuée aux jugements dont la fonction est d'empêcher le renouvellement d'un même procès<sup>1</sup>. En faisant abstraction

---

<sup>1</sup> G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *Procédure civile*, 17<sup>ème</sup> éd., Dalloz-Sirey, 2014, n° 213-1, p. 223 ; N. FRICÉRO, « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée », *Principes de justice. Mélanges en l'honneur de J.-François BURGELIN*, Dalloz, 2008, p. 199 ; D. TOMASIN, *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, 1975, LGDJ, n°207.



des controverses dont fait l'objet sa nature juridique<sup>2</sup>, la doctrine contemporaine<sup>3</sup> voit en elle, non une présomption de vérité comme le prétend l'article 1351 du Code civil, mais un attribut du jugement, voire une fin de non-recevoir.

Bien que présente dans la pratique, les fins de non-recevoir ne sont pas définies dans le Code de procédure civile et commerciale, encore moins dans les textes subséquents. On peut les définir en empruntant au droit français. En effet, le Code de procédure civile français les définit en ces termes : « constitue une fin de non-recevoir, tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable de sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir (...) »<sup>4</sup>. Cette définition montre que la fin de non-recevoir constitue en elle-même une sanction, puisqu'elle se définit exclusivement à partir de l'effet qu'elle entraîne le rejet sans examen au fond de l'acte processuel soumis au juge. Le législateur camerounais<sup>5</sup> n'énumère pas les situations pouvant déboucher sur une fin de non-recevoir. Cependant, l'analyse de la

---

<sup>2</sup> En effet, les auteurs classiques avaient vu en l'autorité de la chose jugée une présomption, donc une règle de preuve conformément à l'article 1350 du Code civil, lequel range la range parmi les présomptions légales. V. par exemple : G. JÈZE, « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », *RDPC*, 1913, p. 437 ; P. HÉBRAUD, « L'exécution des jugements civils », *RIDC*, 1957, p. 170. Cette conception est celle des substantialistes. V. J.-L. AUBERT et SAVIAUX É., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Coll. Université, 15<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2014, n°151, p. 154 ; F. TÉRRÉ, *Introduction générale au droit*, Coll. : Précis, 9<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2014, n° 745, p. 600. Elle semble relayée par une partie des processualistes contemporains. V. par exemple : G. COUCHEZ et X. LAGARDE, *Procédure civile*, Coll. Université, 17<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2014, n° 213, p. 223 ; S. AMRANI-MEKKI et Yves STRICKLER, *Procédure civile*, Coll. : Thémis Droit, PUF, 2014, n° 482, p. 749 ; L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 5<sup>ème</sup> éd., Litec, 2006, n°725 et s., pp. 462 et s. ; n° 763, p. 482. Pour une critique de cette conception, v. : E. COUTURE, « La chose jugée comme présomption légale – Critique des articles 1349 à 1350 du Code civil », in *RIDC*, Vol. 6 n°4, Octobre-décembre 1954. pp. 681-701 ; J. FOYER, *De l'autorité de la chose jugée en matière civile – Essai d'une définition*, Thèse, Paris, 1954 ; D. TOMASIN, *op. cit.*

<sup>3</sup> V. notamment : Christophe LEFORT, *Procédure civile*, 5<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2014, n° 573, p. 396 et s ; J. HÉRON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 5<sup>ème</sup> éd., Coll. : Domat Droit privé, Montchrestien, 2010, n° 330, p. 275 et s ; N. FRICÉRO, *Procédure civile*, Coll. : Mémentos LMD, 11<sup>ème</sup> éd., Gualino Editeur, 2014, p. 193 ; C. BLÉRY, *L'efficacité substantielle des jugements*, Thèse, LGDJ, 2000, n° 168 et s., p. 115 et s.

<sup>4</sup> Lire art. 122 CPC français *in fine*. Cette définition s'inspire doit beaucoup aux idées de H. Motulsky. On sait que l'illustre auteur distinguait trois étapes de droit à propos du procès : le droit substantiel, le droit d'agir et l'acte de procédure. A chacun de ces niveaux correspond une défense. La défense au fond renverrait au droit substantiel tandis que la fin de non-recevoir renverrait au droit d'agir et l'exception de procédure à l'acte de procédure. V. dans ce sens : J. HÉRON et T. LE BARS, *Op. cit.*, n° 138, p. 117. Pour une définition plus ample de la notion de fin de non-recevoir, lire : G. BLOCK, *Les fins de non-recevoir en procédure civile*, Bruylant, 2002, 453 p. ; X. LAGARDE, *Réflexion sur le droit le droit preuve*, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 239, LGDJ, 1994, 448 p., spéc. p. 93 et s. ; J.-P. BEGUET, « Etude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé », *RTD civ.* 1947, pp. 133-160 ; J. NORMAND, « Les excroissances des fins de non-recevoir », *Obs. RTD civ* 1981, p. 684.

<sup>5</sup> Contrairement au législateur français qui énumère les fins de non-recevoir : « constitue une fin de non-recevoir (...) le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ». V. art. 122 du CPC français.



jurisprudence permet de classer le défaut de qualité<sup>6</sup>, le défaut d'intérêt<sup>7</sup>, l'autorité de la chose jugée<sup>8</sup>, la prescription et l'expiration d'un délai préfix<sup>9</sup> dans la catégorie des fins de non-recevoir.

L'autorité de la chose jugée est justiciable de la catégorie des fins de non-recevoir dans la mesure où sa proposition au cours d'une instance se présente comme un obstacle anticipé à l'examen au fond du droit litigieux. Comme telle, sa proposition suspend le cours de l'instance et oblige le juge à rendre une décision antérieure à celle de la demande au fond<sup>10</sup>. En outre, son admission se présente comme un échec définitif à l'examen au fond du litige, ce qui la distingue des exceptions de procédure. Lorsqu'elle est admise, elle entraîne l'irrecevabilité de l'action sans qu'il ait besoin d'examiner le fond du litige.

Dire de l'autorité de la chose jugée qu'elle est une fin de non-recevoir revient à la ranger dans la catégorie des moyens de défense. Ceux-ci sont hétérogènes. En effet, ils sont constitués, d'une part, des moyens de défense substantiels formés principalement des défenses au fond, et d'autre part, des moyens de défense procéduraux composés des fins de non-recevoir et des exceptions de procédure. L'une des questions qu'ils posent concerne leur régime procédural. Il n'a pas toujours été facile de déterminer, dans un litige, les conditions de mise en œuvre de tel ou tel moyen de défense.

La question du régime procédural des fins de non-recevoir en général fait l'objet d'une préoccupation de longue date<sup>11</sup>. Malgré cette ancienneté, elle demeure d'actualité<sup>12</sup>. La fin de

---

<sup>6</sup> V. C.C.J.A., arrêt n° 022/2003 du 06 novembre 2003, Aff. B.I.A.O. – Côte d'Ivoire c/ Nouvelle Scierie d'Agnibilekro, *Juridis Périodique* n° 97, 2014, p. 27, note Robert NEMEDEU ; C.S., arrêt n° 16/CC du 10 décembre 1987, Aff. Veuve SIMO née MASSUDOU C/ CHEUDZI P., *Juridis Info* n° 5, 1995, p. 66, note Ch. YUEGO.

<sup>7</sup> V. C.C.J.A., arrêt n° 011/2003 du 19 juin 2003, *Recueil de Jurisprudence OHADA* n° 1, 2004, p. 32. Sur l'intérêt à agir, lire : J. FOMETEU, « L'exigence processuelle d'un intérêt légitime à agir », *Cahiers Juridiques et Politiques (C.J.P.)* n° 1, 2008, p. 137.

<sup>8</sup> V. C.S., arrêt n° 146/CC du 3 juin 2002, aff. MOTSEBO J.-Aubin C/ Mme NSENE PENSY et SIC, *Juridis Périodique* n° 54, 2003, p. 55, note J.-M. TCHAKOUA

<sup>9</sup> C.S.C.O., arrêt n° 70 du 31 mars 1970, *Bull.* n° 22, p. 2714.

<sup>10</sup> B. OPPETIT, « Les fins de non-recevoir à l'action en recherche de paternité », *RTD Civ.*, 1967, p. 756, cité par Y. DESDESUISES, *Le contrôle de l'intérêt légitime. Essai sur les limites de la distinction du droit et de l'action en justice*, Thèse, Nantes, 1973, n° 204, p. 324.

<sup>11</sup> V. par exemple J.-P. BEGUET, *Op. cit.*, p. 133.

<sup>12</sup> V. S. JAHEL, « Fin de non-recevoir et ordre processuel », in *Justices et droit du procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel : Mélanges offerts à S. Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 723, v. également J. NORMAND, « Les



non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée jouit également d'un regain d'intérêt<sup>13</sup>. Les dispositions du Code civil qui l'énoncent ne renseignent pas sur les modalités de sa mise en œuvre. Le Code de procédure civile et commerciale aborde la question de manière imprécise. Des précisions s'avèrent donc nécessaires sur cette préoccupation.

Pour fixer les règles de mise en œuvre d'un moyen de défense, on distingue le plus souvent, selon qu'il s'agit d'un moyen d'ordre privé ou d'un moyen d'ordre public. Alors que les moyens justiciables de la première catégorie seraient abandonnés aux intérêts privés et à la discrétion des parties, ceux rangés dans la seconde catégorie seraient liés à l'ordre public, et par conséquent soumis à la vigilance du juge. Cette *summa divisio* est également retenue en ce qui concerne les fins de non-recevoir, car on distingue les fins de non-recevoir d'ordre privé de celles d'ordre public. Il est donc possible de se poser la question de savoir quel est la valeur procédurale de l'autorité de la chose jugée. S'agit-il d'une fin de non-recevoir d'ordre privé ou d'une fin de non-recevoir d'ordre public ?

Traditionnellement, le régime procédural de l'autorité de la chose jugée a été calqué à l'image de celui des fins de non-recevoir d'ordre privé. La Cour suprême affirmait que celle-ci ne pouvait être soulevée que par les parties<sup>14</sup> qui avaient d'ailleurs la possibilité d'y renoncer<sup>15</sup>. En outre, elle était, comme toutes les autres fins de non-recevoir, soumise au régime de la présentation *in limine litis* prescrit par l'article 97 du Code de procédure civile et commerciale.

Cette conception classique semble ne plus retenir l'attention de la jurisprudence contemporaine qui semble appliquer à l'autorité de la chose jugée le régime propre aux fins de non-recevoir d'ordre public. Désormais, la Cour suprême a tendance à reconnaître au juge d'importants pouvoirs dans sa mise en œuvre. Elle décide également que celle-ci peut être

---

accroissances des fins de non-recevoir », *Op. cit.*, p. 684 ; B. ODENT, « Le destin des fins de non-recevoir », in *Mélanges offerts à M. WALINE, Le juge et le droit public*, LGDJ, Paris, 1974, p. 653.

<sup>13</sup> En droit français par exemple, l'article 125 du Code de procédure civile a été tout récemment modifié par un décret survenu en 2004. V. Décret n° 2004-836 du 20 août 2004. Ce décret est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2005. Sur ce décret, v. N. FRICÉRO, « Le décret du 20 août 2004 : une adaptation du procès civil aux exigences modernes d'une justice de qualité », *Dr. et proc.*, n° 1, 2005, Chron. 1 ; S. AMRANI-MEKKI, *JCP 2005*, I, 125, n° 6.

<sup>14</sup> C.S.C.O., arrêt n° 205/P du 2 juin 1970, *Bull. n° 22*, p. 2664.

<sup>15</sup> C.S.C.O., arrêt n° 45/CC du 18 février 1969, *Bull. n° 17*, p. 2459 ; arrêt n° 173 du 29 juin 1971, *Bull. n° 24*, p. 3102.



soulevée en tout état de cause<sup>16</sup>. En procédant ainsi, la jurisprudence contemporaine serait-elle en train de consacrer à l'autorité de la chose jugée un caractère d'ordre public, en marge du caractère classique d'ordre privé qu'on lui reconnaît traditionnellement ?

La question de la valeur procédurale de l'autorité de la chose jugée ne se pose pas dans les autres matières du droit processuel, à savoir la procédure pénale et le contentieux administratif. Le caractère d'ordre public de l'autorité de la chose jugée est unanimement admis dans ces matières<sup>17</sup>. Cependant, elle se pose en matière civile et revêt d'ailleurs un grand intérêt tant sur le plan théorique que pratique. Il faut noter qu'il n'est pas toujours aisé de délimiter de manière claire et précise les frontières qui existent entre les moyens d'ordre privé de ceux d'ordre public. La difficulté semble plus perceptible en ce qui concerne les fins de non-recevoir. Celles-ci sont partagées entre plusieurs fonctions qui peuvent s'analyser au regard de la protection individuelle des parties ou de la protection de l'intérêt général, plus précisément l'institution judiciaire.

Cette diversité de fonctions n'est pas sans incident sur la détermination de la valeur procédurale de l'autorité de la chose jugée. Elle amène à la doter d'un double caractère. Traditionnellement considérée comme une simple fin de non-recevoir d'ordre privé (I), elle tend, actuellement, à être érigée en une fin de non-recevoir d'ordre public (II).

## **I – L'existence d'un caractère classique de l'autorité de la chose jugée comme fin de non-recevoir d'ordre privé**

Habituellement, l'autorité de la chose jugée est considérée comme une simple fin de non-recevoir d'ordre privé. D'une part sa mise en œuvre est laissée à la discrétion des parties (A), d'autre part elle est soumise à un régime rigide de présentation *in limine litis* (B).

<sup>16</sup> C.S., arrêt n° 121/Civ du 17 décembre 2009, Aff. MADOLA P. C/ La S.G.B.C. – S.A., inédit.

<sup>17</sup> Pour la procédure pénale, v. B. BOULOC, *Procédure pénale*, 24<sup>ème</sup> éd., Coll. : Précis Droit privé, Dalloz, 2014, n° 1172, p. 1037 et s. ; J. LARGUIER et P. CONTE, *Procédure pénale*, 23<sup>ème</sup> éd., Coll. : Mémentos, Dalloz, 2014, p. 422 ; É. VERNY, *Procédure pénale*, 4<sup>ème</sup> éd., Coll. : Cours, Dalloz, 2014, n° 517, p. 300. Pour le contentieux administratif, lire : G. LEBRETON, *Droit administratif général*, 7<sup>ème</sup> éd., Coll. : Cours, Dalloz 2014, n° 49, p. 67.



## A – La soumission de l'autorité de la chose jugée à la discrétion des parties

Le législateur n'a pas expressément envisagé la question de savoir qui est le titulaire du droit d'invoquer l'autorité de la chose jugée. Confrontée à cette lacune, la jurisprudence a vu en elle une fin de non-recevoir que l'on peut considérer d'intérêt privé, puisqu'elle abandonne ainsi sa mise en œuvre à la discrétion des parties et décide que seules ces dernières peuvent la soulever (1), ou même renoncer à l'invoquer (2).

### 1 – Le privilège d'invoquer l'autorité de la chose jugée

L'autorité de la chose jugée est justiciable de la catégorie des fins de non-recevoir d'ordre privé en ce sens qu'elle est destinée à protéger les intérêts privés. C'est dans cette optique qu'il est reconnu que seules les parties peuvent la soulever. Puisqu'elle est un moyen de défense, il appartient aux parties de la soulever. Cette affirmation vaut tant pour les exceptions de procédure que pour les défenses au fond ou les autres fins de non-recevoir. La protection du défendeur est l'une des fonctions primaires de l'autorité de la chose jugée. Il est donc normal que celui au profit duquel elle a été instituée puisse avoir le privilège de l'invoquer, lorsqu'il en estime l'existence.

La jurisprudence veille aussi à ce que le privilège de soulever l'existence d'une cause d'irrecevabilité du fait de l'autorité de la chose jugée soit reconnu aux parties. Elle y veille positivement comme négativement. De manière positive, la Cour suprême<sup>18</sup> reconnaît que l'autorité de la chose jugée est une règle d'intérêt privé destinée à sauvegarder les droits acquis des parties. Fort de cela, il appartient à celles-ci de s'en prévaloir. La jurisprudence française<sup>19</sup>

<sup>18</sup> C.S.C.O., arrêt n° 205/P du 2 juin 1970, *Bull. n° 22*, p. 2664 ; n° 173 du 29 juin 1971, *Bull. n° 24*, p. 3102.

<sup>19</sup> V. par exemple, Civ. 24 octobre 1951, *JCP 1952. II. 6806*, note Perrot ; *RTD civ. 1952*, p. 254, obs. P. HÉBRAUD ; 18 mai 1955, *JCP 1955. IV. 93* ; Com. 29 mars 1965, *Bull. civ. III*, n° 238 ; Civ. 2<sup>e</sup>, 20 juillet 1970, *Bull. civ. II*, n° 251 ; 24 novembre 1976, *Bull. civ. II*, n° 315 ; *D. 1977. IR 75* ; Civ. 2<sup>e</sup>, 4 octobre 1972, *Bull. civ. II*, n° 230 ; 25 octobre 1972, *Bull. civ. II*, n° 254 ; 15 décembre 1980, *Bull. civ. II*, n° 264. - Com. 19 juillet 1983, *Bull. civ. IV*, n° 225 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 16 décembre 1986, n° 84-17.076, *Bull. civ. I*, n° 300 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 20 mai 1992, n° 90-13.598, *Bull. civ. III*, n° 159 ; Civ. 2<sup>e</sup>, 10 avril 1995, n° 95-60.550, *Bull. civ. II*, n° 121 ; Civ. 2<sup>e</sup>, 4 décembre 2003, n° 02-10.010, *Bull. civ. II*, n° 365 ; Civ. 2<sup>e</sup>, 4 janvier 1990, n° 88-10.406, *Bull. civ. II*, n° 3 ; Civ. 2<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 1992, n° 90-21.659, *Bull. civ. II*, n° 192 ; *D. 1993.*





abondait également dans ce sens avant le décret du 20 août 2004 qui a réformé le régime procédural de l'autorité de la chose jugée<sup>20</sup>.

Pour affirmer le caractère d'ordre privé de l'autorité de la chose jugée, la Cour suprême ne se limite pas seulement à décider qu'il revient aux parties de l'invoquer, mais aussi d'en apporter la preuve. Elle a récemment<sup>21</sup> confirmé une jurisprudence ancienne<sup>22</sup> qui reconnaît que c'est à la partie qui soulève la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée, qu'il appartient de produire la décision dont elle entend se prévaloir. Dans cette espèce, le demandeur avait formé un pourvoi en cassation d'une ordonnance au motif pris de la violation de l'autorité de la chose jugée. Pour rejeter sa demande sur ce motif, le juge suprême s'est fondé sur le fait qu'il n'avait nullement produit l'expédition de la décision prétendument rendue entre les mêmes parties.

A titre de droit comparé, le juge burkinabè s'inscrit dans ce même sillage. Le Tribunal de Grande Instance de Ouagadougou<sup>23</sup> a, par exemple, rejeté la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée soulevée par un défendeur au motif que ce dernier n'avait produit aucune pièce au dossier attestant que la même demande avait été initialement soumise à une autre juridiction, et donné lieu à une décision passée en force de chose jugée.

Cette solution relève de la logique, sinon du bon sens. En réalité, c'est à celui qui réclame quelque chose de faire la preuve qu'il a ce droit ; ou encore, c'est à celui qui conteste une situation établie de démontrer qu'elle n'est pas conforme au droit. D'un autre point de vue, le procès civil étant la chose des parties, il est normal que ces dernières supportent la charge de la preuve des faits qu'elles avancent. Cette règle générale vaut également en ce qui

---

Somm. 184, obs. P. JULIEN ; 4 déc. 2003, *D. 2004*, IR 109 ; *JCP 2004*, IV, 1198. V. également : D. TOMASIN, *op. cit.*, n° 309 s.

<sup>20</sup> V. Décret n° 2004-836 du 20 août 2004. Comme on le verra plus tard, ce décret a modifié le régime juridique des fins de non-recevoir tirées du défaut d'intérêt, du défaut de qualité et de l'autorité de la chose jugée.

<sup>21</sup> C.S., arrêt n° 105/Civ du 28 mai 2011, Aff. AXA Assurance Cameroun C/ NJOUMELONGUE Krispo et autres.

<sup>22</sup> C.S.C.O., arrêt n° 408 du 6 mars *Bull. n° 6*, p. 263 ; arrêt n° 112 du 4 mai 1965, *Bull. n° 12*, p. 992 ; arrêt n° 13 du 9 mars 1965, *Bull. n° 12*, p. 1080 ; arrêt n° 76, du 8 mars 1966, inédit ; arrêt n° 29 du 2 mai 1967, inédit ; C.S., arrêt n° 12/S du 28 novembre 1974, *Bull. n° 31*, p. 4583 ; arrêt n° 80 du 11 octobre 1960, *Bull. n° 2*, p. 47 ; arrêt n° 203 du 23 mai 1961, *Bull. n° 4*, p. 131.

<sup>23</sup> V. TGI, Ouagadougou, jugement n° 155 du 5 mai 2004, Société de Décorticage de Grains (SODEGRAIN-SA) C/ Société de Transport et de Commerce KOUSSOUKA (STCK-SA), Ohadata J-05-246.





concerne l'autorité de la chose jugée, puisqu'elle est une fin de non-recevoir d'ordre privé qui vise à protéger les intérêts des parties. C'est d'ailleurs la justification que la jurisprudence avance pour imposer aux parties de rapporter la preuve de l'autorité de la chose jugée.

Le monopole des parties dans la mise en œuvre de l'autorité de la chose jugée s'inscrit dans la continuité du principe du dispositif. Il s'arrime à la philosophie qui considère le procès civil comme la chose des parties. Contrairement au juge pénal qui est le bras de la société poursuivant le crime, le juge civil ne serait que l'organe du service public mis à la disposition des particuliers pour leur permettre de faire trancher leurs différends.

En reconnaissant ainsi la primauté des parties dans la présentation de la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée, on fait d'elle un moyen d'ordre privé. C'est dans cette même logique que semble s'inscrire la faculté reconnue aux parties de renoncer à invoquer l'autorité de la chose jugée.

## **2 – Le renoncement à invoquer l'autorité de la chose jugée**

En règle générale, puisque la primauté d'invoquer les moyens de défense, lorsqu'ils sont d'ordre privé, revient aux parties, il leur est possible d'y renoncer. La jurisprudence affirme que cette règle vaut également en ce qui concerne l'autorité de la chose jugée. La Cour suprême reconnaît par exemple que les parties peuvent renoncer à invoquer l'autorité de la chose jugée<sup>24</sup>. Elle est même arrivée à affirmer, à l'occasion d'une espèce, que le renoncement peut être implicite<sup>25</sup>. Dans cette dernière espèce, le défendeur n'avait pas soulevé la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée devant les juges du fond et s'est permis de la soulever devant le juge de cassation. Ce dernier a estimé qu'il y avait, sur ce point, renoncement implicite. Les termes de cet arrêt méritent d'être rappelés : « à partir du moment où cette renonciation est intervenue, même implicitement, l'exception (de chose jugée) ne peut plus être invoquée devant la Cour suprême ».

---

<sup>24</sup> V. par exemple C.S.C.O., arrêt n° 173 du 29 juin 1971, *Bull. n° 24*, p. 3102.

<sup>25</sup> V. C.S.C.O., arrêt n° 45/CC du 18 février 1969, *Bull. n° 17*, p. 2459.



A la suite de cette jurisprudence, il faut poser la question de savoir quel est le fondement sur lequel repose cette faculté accordée aux parties de renoncer à soulever le moyen résultant de l'autorité de la chose jugée. La Cour suprême offre également à ce sujet une réponse. En effet, elle a pu décider que la chose jugée est une règle d'intérêt privé destinée à sauvegarder les droits acquis des parties. C'est dans ce sens qu'il est donc toujours possible à l'une de celles-ci de renoncer à s'en prévaloir<sup>26</sup>. Une telle analyse trouve son fondement dans les fonctions de l'autorité de la chose jugée, destinée à protéger les intérêts privés.

Les pouvoirs exclusifs reconnus aux parties dans la mise en œuvre de l'autorité de la chose jugée permettent d'affirmer qu'il s'agit d'une fin de non-recevoir d'ordre privé. C'est ce que semble également reconnaître le législateur lorsqu'il la soumet à un régime de présentation *in limine litis*.

## **B – La restriction du moment de recevabilité de l'autorité de la chose jugée**

L'article 97 du Code de procédure civile et commerciale soumet les fins de non-recevoir en général au même régime que les exceptions de procédure. Celles-ci doivent selon cet article être soulevées *in limine litis*, c'est-à-dire avant tout débat au fond. Ceci confirme le caractère d'ordre privé de ces moyens de défense ; car en réalité les moyens d'ordre public ne sont pas soumis à une telle exigence qui présente des limites (2). Il convient cependant d'en présenter l'économie (1).

### **1 – L'économie de l'exigence légale d'une présentation *in limine litis***

L'exigence de la présentation *in limine litis* découle de l'article 97. Cet article assimile le régime de présentation des fins de non-recevoir à celui des exceptions de procédure et des

---

<sup>26</sup> V. dans ce sens : C.S.C.O., arrêt n° 205/P du 2 juin 1970, *Bull. n° 22*, p. 2664. V. dans le même sens : Civ. 27 janvier 1857, *DP 1857. 1*, p. 82 ; Req. 11 décembre 1895, *DP 1895. 1*, p. 468 ; Civ. 2<sup>e</sup>, 25 juin 1959, *Bull. civ. II*, n° 511 ; Civ. 2<sup>e</sup>, 10 février 1960, *Bull. civ. II*, n° 108.



demandes en nullité. Il soumet ces moyens de défense à une double condition : l'antériorité par rapport aux défenses au fond et la simultanéité entre eux<sup>27</sup>.

Selon la première condition, les fins de non-recevoir en général doivent être présentées avant les défenses au fond. Ceci résulte des dispositions de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 97 du Code de procédure civile et commerciale dont les termes nécessitent d'être rappelés : « toutes les exceptions, demandes en nullités, fins de non-recevoir et tous les déclinatoires visés aux articles précédents sauf l'exception d'incompétence rationae materiae et l'exception de communication de pièces seront déclarés non recevables s'ils sont présentés après qu'il aura été conclu au fond »<sup>28</sup>. Ceci signifie que tout plaideur qui voudrait amener le juge à se prononcer sur l'irrecevabilité d'une demande au motif que cette dernière se heurterait à l'autorité d'un précédent jugement devra proposer ce moyen avant tout débat au fond. Ce qui veut dire concrètement que le seul fait d'avoir conclu au fond prive le plaideur de la faculté d'opposer une fin de non-recevoir dont il aurait pu se prévaloir. En proposant en cours d'instance un moyen de défense répondant à la définition du concept de fin de non-recevoir, un plaideur peut se voir ainsi objecter une forclusion tirée de ce qu'il n'a pas fait valoir son moyen *in limine litis*, c'est-à-dire avant toute conclusion au fond.

Selon la seconde condition, les fins de non-recevoir doivent être présentées simultanément. L'alinéa 4 de l'article 97 sus-visé dispose que « toutes les autres exceptions, demandes de nullité, fins de non-recevoir et tous les autres déclinatoires doivent être proposés simultanément et aucun ne sera plus reçu après un jugement statuant sur l'un d'eux ». La simultanéité voudrait que tous ces moyens soient invoqués ensemble<sup>29</sup>.

L'exigence de la présentation *in limine litis* semble avoir retenu l'attention d'une certaine jurisprudence de la Cour suprême. En effet, dans une série de ses arrêts, la Cour suprême adopte la position légale. Elle estime que les fins de non recevoir doivent être présentées avant qu'il n'ait été conclu au fond. C'est dans ce sens qu'elle semble abonder

---

<sup>27</sup> Sur la double règle d'antériorité et de simultanéité, lire : S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile : Droit interne et droit communautaire*, Collection : Précis droit privé, 30<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2010, n° 321, p. 282.

<sup>28</sup> Lire art. 97 al. 1<sup>er</sup> du CPCC *in extenso*.

<sup>29</sup> V. dans ce sens Civ. 2<sup>ème</sup>, 13 mai 2004, n° 02-10534, *Procédures*, août-septembre 2004, n° 177, obs. R. PERROT.



lorsqu'elle affirme qu'à l'instar des exceptions de nullité d'exploit ou d'acte de procédure<sup>30</sup>, l'autorité de la chose jugée ne peut être présentée pour la première fois devant la Cour suprême<sup>31</sup>. À titre de droit comparé, la jurisprudence française allait dans le même sens. Il en est ainsi lorsque la Cour de cassation française décidait que, ne s'agissant pas d'un moyen d'ordre public, l'autorité de la chose jugée ne pouvait être invoquée pour la première fois devant elle<sup>32</sup>. En effet, les dispositions de l'article 97 du Code de procédure civile et commerciale tirent leur origine d'un Décret-loi du 30 octobre 1935 qui avait tenté de dissiper les multiples confusions et controverses jadis alimentées autour de la notion et du régime des fins de non-recevoir<sup>33</sup>. Ce décret a assimilé le régime des fins de non-recevoir à celui des exceptions. Plusieurs justifications ont été avancées pour soutenir cette position.

Les considérations historiques permettent de démontrer que les limites n'ont pas toujours été nettement fixées entre les exceptions et les fins de non-recevoir. D'ailleurs celles-ci tirent leur origine de celles-là. Les fins de non-recevoir dont il est question ici tirent leur origine de ce que les romains appelaient plus généralement « exceptions péremptoires », du latin *perimere* qui signifie détruire. C'est plus tard que les auteurs de l'Ancien droit ont scindé la notion en distinguant les exceptions péremptoires de forme et les exceptions péremptoires de fond. C'est cette dernière catégorie qui a changé de dénomination pour devenir, de nos jours, fins de non-recevoir ; la première catégorie concernant ce que l'on appelle actuellement exception de procédure.

En outre, il est possible de trouver la justification de l'exigence de simultanéité et d'antériorité dans le souci d'éviter l'instrumentalisation de la justice. En effet, comme le reconnaissent certains auteurs<sup>34</sup>, c'est dans le dessein d'éviter la chicane que le législateur a

---

<sup>30</sup> V. par exemple : C.S., arrêt du 4 juin 1977, *inédit* ; arrêt n° 120/CC du 26 mai 1983, *RCD*, Série 2, n° 29, p. 199-210 ; arrêt n° 114/CC du 17 mai 1983, *RCD* n° 29, 1985, pp. 196-210 ; arrêt n° 158/CC, du 15 septembre 1983, *RCD*, *op. cit.*, pp. 248-256.

<sup>31</sup> V. dans ce sens : C.S.C.O., arrêt n° 173 du 29 juin 1971, *Bull. n° 24*, p. 3102.

<sup>32</sup> Civ. 2<sup>e</sup>, 4 octobre 1972, *Bull. civ. II*, n° 230 ; 25 octobre 1972, *Bull. civ. II*, n° 254 ; 15 décembre 1980, *Bull. civ. II*, n° 264 ; Com. 19 juillet 1983, *Bull. civ. IV*, n° 225.

<sup>33</sup> V. Sur les controverses, lire : J.-P. BEGUET, *Op. cit.*, p. 133 et s. ; H. MOTULSKY, note sous Civ. 27<sup>ème</sup>, 6 juin 1962, *JCP*, 1963, II. 13191 ; J. NORMAND, « Les excroissances des fins de non-recevoir », *Op. cit.*, p. 684.

<sup>34</sup> S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Op.cit.*, n° 321, p. 282.



soumis les exceptions de procédure à un régime rigoureux, aménagé dans ses grandes lignes par le Décret de 1935. L'assimilation du régime de présentation des fins de non-recevoir à celui des exceptions de procédure fait écho à la division de l'instance en deux phases<sup>35</sup> : la première destinée à régler tous les moyens de défense qui ne concernent pas le fond du débat et relatif aux exceptions, aux fins de non-recevoir ; la seconde réservée à l'examen au fond. Par l'exigence de la simultanéité, le législateur a voulu empêcher qu'un plaideur ait à soulever l'une après l'autre, les défenses qui n'ont pas trait au fond du litige dont est saisi le juge. L'exigence de l'antériorité vise quant à elle à respecter l'ordre normal de déroulement du procès. Les moyens relatifs aux exceptions de procédure et aux fins de non-recevoir ne concernent pas en réalité le fond du litige. Il est donc normal que le juge les traite avant l'examen du litige au fond. Cette conception semble ainsi justifiée à plusieurs égards. Elle présente cependant des limites qu'il faut exposer.

## **2 – Les limites de l'exigence légale d'une présentation *in limine litis***

L'assimilation légale du régime de présentation des fins de non-recevoir à celui des exceptions présente des insuffisances. En soumettant la présentation des fins de non-recevoir à la règle de l'antériorité et de simultanéité, le législateur a cru leur appliquer une mesure destinée à hâter la solution des procès. Il faut cependant noter que cette solution prête à des critiques. En effet, il n'est pas convenable de sacrifier aveuglement aux nécessités de la célérité des discussions souvent indispensables pour éviter de graves injustices<sup>36</sup>. La position adoptée par l'article 97 du Code de procédure civile et commerciale présente ainsi des limites. D'une part, la soumission des fins de non-recevoir au même régime que les exceptions de procédure conduit à nier la distance qui existe entre ces deux moyens de défense. D'autre part, en procédant ainsi, la fin de non-recevoir perdrait son autonomie par rapport à ces dernières.

---

<sup>35</sup> Sur ce découpage lire : H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », *Archives de philosophie du droit*, t. IX, p. 215, reproduit in Motulsky, *Ecrits, études et notes de procédure civile*, 2<sup>ème</sup> éd. (préface de G. Bolard), Dalloz, 2010, pp. 85 et s.

<sup>36</sup> V. dans le même sens : H. MOTULSKY, note sous Civ. 2<sup>e</sup>, 6 juin 1962, *Semaine Juridique 1963*, II. 13191, reproduit in Motulsky, *Ecrits, études et notes de procédure civile*, *op. cit.*, pp.354-368, spéc. p.364.



Les fins de non-recevoir méritent d'être distinguées des exceptions de procédure. En effet, la différence est nette. Ces deux moyens de défense se distinguent de par leurs objets et leurs effets. De par leurs objets, alors que les exceptions de procédure s'adressent contre l'acte de procédure, les fins de non-recevoir quant à elles s'attaquent au droit d'agir<sup>37</sup>. Elles tendent à nier le droit d'agir du demandeur, tandis que les exceptions de procédure visent simplement à retarder le procès pour cause d'irrégularité de l'acte de procédure. Elles ont donc pour objet l'action en justice, pouvoir légal de s'adresser à la justice pour faire consacrer un droit ou un intérêt, contrairement aux exceptions qui ont pour objet la demande en justice, acte de procédure mettant en œuvre la faculté qu'exprime le concept d'action.

Les fins de non-recevoir se distinguent également des exceptions de procédure de par leurs effets. Certains auteurs<sup>38</sup> reconnaissent par exemple que c'est beaucoup plus sur le terrain de leurs effets qu'elles se distinguent respectivement. Les différences portent sur leurs effets spécifiques. Les premières mettent fin au procès, tandis que les secondes en retardent simplement l'issue.

Soumises au même régime procédural que les exceptions de procédure, les fins de non-recevoir perdent leur particularité<sup>39</sup>. Elles sont pourtant une catégorie autonome de moyen de défense<sup>40</sup>. Elles puisent tant dans les exceptions de procédure que dans les défenses au fond. Ceci a fait dire à certains auteurs<sup>41</sup> qu'elles ont un caractère hybride, voire mixte. Malgré cela elles gardent leur spécificité en ce sens que, contrairement à ces deux types de moyens de défense, elles s'attaquent au droit d'action. Leur régime procédural mérite ainsi de prendre en compte cette autonomie par rapport aux autres moyens de défense que sont les exceptions et

---

<sup>37</sup> V. dans ce sens : J. HÉRON et T. LE BARS, *op. cit.*, n° 138, p. 117.

<sup>38</sup> J. HÉRON et T. LE BARS, *op. cit.*, n° 139, p. 118. Selon ces derniers, « il n'existe pas de différence de nature entre les deux types de défense procédurale que sont les fins de non-recevoir et les exceptions de procédure ». Pour une étude critique de la distinction des fins de non-recevoir et des exceptions de procédure, cf. R. MARTIN, « Un virus dans le système des défenses du nouveau code de procédure civile : le droit d'action », *RGP*, n°3, juillet – septembre 1998, p. 420.

<sup>39</sup> V. dans ce sens : S. JAHEL, *Op. cit.*, p. 724.

<sup>40</sup> V. dans ce sens : G. BLOCK, *Op.cit.*, p. 242 et s.

<sup>41</sup> S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Op. cit.*, n° 326, p. 286.



les défenses au fond. Parce que présentant des limites, la voie empruntée par le législateur a du mal à emporter l'adhésion de la jurisprudence qui semble controversée sur la question.

La jurisprudence trouve des difficultés à adopter une position unanime sur la question du moment de présentation du moyen consécutif à l'existence de l'autorité de la chose jugée. L'analyse des décisions de justice relatives à la question de la présentation des fins de non-recevoir montre qu'il existe une divergence de position. Deux positions contradictoires se dégagent de cette analyse. Bien qu'une partie de la jurisprudence semble partager l'option légale qui assimile le régime procédural des fins de non-recevoir à celui des exceptions de procédure, la majorité semble plutôt réticente et opte pour une solution contraire en assignant aux fins de non-recevoir le même régime que les défenses au fond. L'orientation de la jurisprudence contemporaine et du droit comparé tend à ériger l'autorité de la chose jugée en une fin de non-recevoir d'ordre public.

## **II – L'émergence d'un caractère nouveau de l'autorité de la chose jugée comme fin de non-recevoir d'ordre public**

Apparue à l'origine comme une simple fin de non-recevoir d'ordre privé, l'autorité de la chose jugée semble être élevée de nos jours au rang des moyens d'ordre public. Tout récemment, la Cour commune de justice et d'arbitrage de l'OHADA l'a érigée en un principe fondamental de la justice en ce qu'elle assure la sécurité juridique d'une situation acquise, participant de l'ordre public<sup>42</sup>. L'analyse de la jurisprudence et du droit comparé tend également à l'affirmation de l'autorité de la chose jugée comme une fin de non-recevoir

---

<sup>42</sup> CCJA, Ass. Plén., arrêt n° 03/2011 du 31 janvier 2011, Aff. : Société PLANOR AFRIQUE S.A. C/ Société ATLANTIQUE TELECOM S.A., *Le Juris-Ohada* n° 2/2011, avril-juin 2011, p. 8 : « Attendu que l'autorité de la chose jugée, principe fondamental de la justice en ce qu'il assure la sécurité juridique d'une situation acquise, participant de l'ordre public international au sens des articles 29.2 et 30.6-4. du Règlement d'arbitrage de la CCJA, s'oppose à ce que l'arbitre statue dans la même cause opposant les mêmes parties » ; J. KAMGA et H. TCHANTCHOU, « Autorité de la chose jugée et sécurité judiciaire dans le système juridique de l'OHADA », [http://www.dike.fr/IMG/pdf/J.\\_Kamga\\_et\\_H.\\_Tchantchou\\_note\\_sous\\_CCJA\\_31\\_janvier\\_2011.pdf](http://www.dike.fr/IMG/pdf/J._Kamga_et_H._Tchantchou_note_sous_CCJA_31_janvier_2011.pdf), consulté le 27 février 2015. V. également <http://www.ohada.com/content/newsletters/1396/note-jurisprudence-ohada-chose-juguee.pdf>, consulté le 27 février 2015.



d'ordre public. L'on observe une extension des pouvoirs du juge dans sa mise en œuvre (A) ainsi qu'une extension du moment de sa recevabilité (B).

## **A – L'extension des pouvoirs du juge dans la mise en œuvre de l'autorité de la chose jugée**

Les fins de non recevoir sont logiquement soulevées par les parties, puisqu'il s'agit d'un moyen de défense. Mais le juge n'en est cependant pas totalement exclu. On admet communément qu'il puisse avoir un pouvoir d'initiative lorsqu'il se trouve en face des moyens de défense d'ordre public. Dans cette hypothèse, la Cour suprême reconnaît au juge la possibilité, voire l'obligation de les relever d'office<sup>43</sup>. La tendance actuelle semble inscrire l'autorité de la chose jugée dans cette logique. Les pouvoirs du juge sont de plus en plus affirmés dans sa mise en œuvre. Cependant, l'étendue (1) et les limites (2) de ces pouvoirs méritent d'être strictement encadrées.

### **1 – L'étendue du pouvoir du relevé d'office**

Compte tenu des fonctions sociales de l'autorité de la chose jugée, l'on pourrait être amené à soumettre sa présentation à un régime d'obligation de relevé d'office. La jurisprudence s'inscrit parfois dans cette lancée. Plus récemment<sup>44</sup>, la Cour suprême semble avoir érigé l'autorité de la chose jugée au rang d'une fin de non-recevoir d'ordre public. Saisie d'un pourvoi dirigé contre un arrêt confirmatif qui avait méconnu l'autorité de la chose jugée, le juge suprême a cassé l'arrêt attaqué estimant que les juges du fond auraient dû relever d'office la fin de non-recevoir, quand bien même les parties ne l'avaient pas soulevée.

---

<sup>43</sup> V. par exemple : C.S., arrêt n° 43/CC du 20 avril 1987, Aff. TCHAPMAPI Laurent C/ MOUSSINGA DIBODE Samuel ; n° 122/CC du 17 septembre 1987, Aff. Société Civile Immobilière (NGANKEU) C/ Société Civile Immobilière du Centre (KIRIAKIDES) ; n° 87/S du 14 avril 1987, Aff. Les Brasseries du Cameroun C/ FO'O AKONO Vincent ; n° 95/S du 19 mai 1988, Aff. Crevettes du Cameroun C/ Mme LEUNKAM SILEKESSOU, *Juridis Info*, n° 6, 1991, p. 67, note Ch. YOUEGO. Add. : TPI Nkongsamba, Jugement n° 02/Civ du 1<sup>er</sup> novembre 2000, *Juridis Périodique* n° 51, 2002, p. 46, note F. TEPPI KOLLOKO.

<sup>44</sup> V. C.S., arrêt n° 121/Civ du 17 décembre 2009, Aff. MADOLA P. C/ La S.G.B.C. – S.A.





L'obligation de relever d'office l'existence de l'autorité de la chose jugée met en avant les fonctions sociales de l'autorité de la chose jugée. Elle peut être basée sur l'idée d'un respect dû aux décisions de justice. Comme le reconnaissent certains auteurs<sup>45</sup>, si on raisonne dans ce sens, la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée sera considérée comme d'ordre public, solution qui obligerait le juge à la soulever d'office.

L'obligation de relever d'office la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée ne mérite cependant pas d'être généralisée. Il faudra l'admettre dans des hypothèses exceptionnelles. Il en est ainsi, d'une part, lorsque le jugement qu'on entend protéger est rendu dans les matières dans lesquelles les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits. Lorsque les droits, objet de la décision, sont eux-mêmes d'ordre public, ce caractère doit rejaillir sur la décision. Dans cette hypothèse, l'autorité pourra alors être d'ordre public<sup>46</sup>. Il en va ainsi en matière d'état et de capacité des personnes. Une telle solution a été consacrée par la jurisprudence française en la matière<sup>47</sup>.

D'autre part, il est permis d'admettre que lorsque l'autorité de la chose jugée résulte d'une décision qui fait partie de la même instance que celle où elle pourrait être appliquée, elle revêt alors un caractère d'ordre public. De ce fait, elle doit être relevée d'office par le juge<sup>48</sup> et elle peut même être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation<sup>49</sup>. Le but de cette dernière solution est d'éviter les contradictions de décisions au sein d'une même juridiction<sup>50</sup>.

<sup>45</sup> J. HÉRON et T. LE BARS, *op. cit.*, n° 344, p. 290.

<sup>46</sup> Dans le même sens, J. HÉRON et T. LE BARS, *op. cit.*, p. 291.

<sup>47</sup> V. par exemple : Civ. 1<sup>re</sup>, 19 mai 1976, *Bull. civ. I*, n° 184 ; *D. 1976. IR*, p. 224 ; *RTD civ. 1976*, p.820, obs. Normand.

<sup>48</sup> V. dans sens une abondante jurisprudence française : Civ. 3<sup>e</sup>, 16 octobre 1970, *Bull. civ. III*, n° 528 ; 24 février 1976, *Bull. civ. III*, n° 85 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 7 avril 1976, *Bull. civ. I*, n° 113 ; *RTD civ. 1976*, p. 821 ; 19 mai 1976, *Bull. civ. I*, n° 184 ; Com. 28 juin 1976, *Bull. civ. IV*, n° 216 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 29 juin 1977, *Bull. civ. I*, n° 304 ; Soc. 20 janvier 1982, *Bull. civ. V*, n° 27 ; Civ. 2<sup>e</sup>, 22 mars 1982, *JCP 1982. IV. 201* ; Civ. 1<sup>re</sup>, 29 octobre 1990, n° 87-16.605, *Bull. civ. I*, n° 225 ; Civ. 2<sup>e</sup>, 2 décembre 1992, n° 91-15.787, *RTD civ. 1993*, p. 890, obs. Perrot ; 10 mars 1993, *D. 1993. IR 90* ; 25 mai 2000, n° 97-20.412 ; Soc. 30 janvier 2001, n° 98-43.901 ; 3 mai 2001, n° 99-40.945.

<sup>49</sup> Civ. 3<sup>e</sup>, 6 déc. 1977, *Bull. civ. III*, n° 425.

<sup>50</sup> V. dans ce sens : C. BOUTY, « Chose jugée », *Rép. pr. civ., Dalloz (dernière mise à jour : octobre 2013)*, n° 274 ; D. TOMASIN, *op. cit.*, n° 315.



Pour concilier les intérêts des justiciables et ceux de la justice que l'autorité de la chose jugée se doit de garantir, il serait pertinent de reconnaître au juge une simple faculté de relever d'office cette fin de non-recevoir. Cette faculté conférerait ainsi au juge un certain pouvoir dans la mise en œuvre de l'autorité de la chose jugée, tout en permettant d'éviter les risques sur lesquels peut déboucher le régime de l'obligation du relevé d'office.

Le droit comparé corrobore une telle solution. En effet, à la suite d'une réforme intervenue en France en 2004<sup>51</sup>, l'article 125 du Code de procédure civile français énonce désormais en son alinéa 2 que le juge « peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée (...) de la chose jugée »<sup>52</sup>. Ceci confirme, selon certains auteurs<sup>53</sup>, que cette fin de non-recevoir n'est pas, normalement d'ordre public. Si tel est le cas, il convient de rechercher la justification de cette mesure qui permet au juge de soulever ce moyen malgré le fait qu'il soit d'ordre privé.

Un arrêt de la Cour suprême<sup>54</sup> semble reconnaître au juge la faculté de soulever d'office l'existence de l'autorité de la chose jugée. Dans cet arrêt, le juge suprême s'est reconnu la possibilité de soulever d'office le moyen pris de la violation de l'article 1351 du Code civil, alors même qu'aucune des parties ne l'avait présenté.

Plusieurs justifications permettent de soutenir le régime de simple faculté de relever d'office la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée. Cette mesure permet de concilier les intérêts des justiciables et de ceux de la justice tout entière. En effet, avec une telle solution, l'autorité de la chose jugée n'apparaîtrait plus comme un simple moyen de défense dont la mise en œuvre est laissée à l'entière discrétion des parties, mais comme un instrument procédural entre les mains du juge, lequel lui permettrait de gérer le fonctionnement de ce qu'un auteur<sup>55</sup> a appelé d'ordre processuel. La possibilité pour le juge d'initier, lui-même, le débat sur la recevabilité apparaît ainsi comme une mesure permettant de parer à une

---

<sup>51</sup> V. art. 3 du Décret n° 2004-836 du 20 août 2004, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2005. Sur ce décret, lire : N. FRICÉRO, « Le décret du 20 août 2004 : une adaptation du procès civil aux exigences modernes d'une justice de qualité », *Op.cit.*, Chron. 1 ; R. PÉRROT et H. CROZE, *Procédures 2004*, Etude 13.

<sup>52</sup> Lire article 125 du CPC français *in fine*.

<sup>53</sup> J. HÉRON et T. LE BARS, *op. cit.*, n° 344, p. 291.

<sup>54</sup> V. C.S., arrêt n° 43/CC du 24 avril 2008, Aff. MBASSA MENICK D. C/ MBASSA née ASSEN Adèle, inédit.

<sup>55</sup> V. dans ce sens : S. JAHEL, *Op. cit.*, p. 725.



éventuelle utilisation de la fin de non recevoir à des fins dilatoires<sup>56</sup>. Comme l'affirme un auteur<sup>57</sup>, le fait que le juge puisse soulever d'office la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée, lorsqu'il a connaissance d'une décision déjà rendue entre les mêmes parties, constitue alors seulement un progrès permettant de lutter contre certaines formes d'instrumentalisation du service public de la justice, notamment dans des contentieux de masse comme celui des affaires familiales, où certains plaideurs, plutôt que d'exercer les voies de recours appropriées, n'hésitent pas à réitérer les demandes dont ils ont été déboutés.

La liberté d'agir du juge au niveau du relevé de l'autorité de la chose jugée pourrait ensuite se justifier par la nécessité de mieux marquer le découpage de la procédure en deux phases successives, à savoir celle portant sur l'examen de la recevabilité de l'action et celle portant sur l'examen du bien-fondé des prétentions qu'elle comporte<sup>58</sup>.

Il convient de relever que les pouvoirs du juge dans la mise en œuvre de l'autorité de la chose jugée méritent d'être encadrés de manière à respecter les finalités individuelles et sociales de cette fin de non-recevoir. Leur aménagement doit en outre permettre de conserver le caractère privé de l'autorité de la chose jugée. Ces pouvoirs méritent aussi d'être limités à certains égards.

## 2 – Les limites au pouvoir du relevé d'office

La possibilité pour le juge de soulever d'office l'existence de l'autorité de la chose jugée entraverait certains principes directeurs du procès si elle n'est pas encadrée dans une certaine limite. L'un des principes particulièrement affecté est celui du dispositif. Ce principe exprime que, dans le contentieux privé, les parties restent maîtresses de leurs droits substantiels et, par conséquent, de leur traduction judiciaire. Selon ce principe, l'initiative, le déroulement et

---

<sup>56</sup> Idem.

<sup>57</sup> C. BOUTY, « Chose jugée », op.cit., n° 277.

<sup>58</sup> Sur ce découpage, lire : H. MOTULSKY, « Le droit subjectif et l'action en justice », *Archives de philosophie du droit*, t. IX, p. 215, reproduit in Motulsky, *Ecrits, études et notes de procédure civile*, 2<sup>ème</sup> éd. (préface de G. Bolard), Dalloz, 2010, p. 85 ; L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, n° 324.



l'extinction de l'instance appartiennent aux plaideurs<sup>59</sup>. Il n'est donc pas judicieux de permettre qu'un tel principe cardinal soit méconnu sans restriction. Aussi paraît-il nécessaire de limiter les pouvoirs du juge par la nécessité pour ce dernier de soumettre l'examen de ce moyen à un débat contradictoire entre les parties.

Le juge qui soulève de sa propre initiative une fin de non-recevoir du fait de l'autorité de la chose jugée doit soumettre l'examen de ce moyen au débat contradictoire entre les parties en cause. Chaque fois que le juge relève d'office une fin de non-recevoir, il doit au préalable provoquer l'explication des parties<sup>60</sup>. Il doit préalablement les inviter à présenter leurs observations sur ce moyen qu'il envisage de relever d'office, afin de ménager le principe de la contradiction<sup>61</sup>.

À titre de droit comparé, le droit français offre plusieurs exemples de l'application de l'obligation de faire respecter le contradictoire. En effet, depuis longtemps, la Cour de cassation française affirme clairement que le juge a le devoir de provoquer les observations des parties, même lorsque le moyen relevé d'office est d'ordre public<sup>62</sup>. Il importe de rechercher les fondements de cette solution qui mérite d'être retenue.

Le fait qu'un moyen soit d'ordre public n'est pas une raison suffisante pour permettre au juge de méconnaître le contradictoire. Cette circonstance l'autorise certes à relever ce moyen d'office, mais il ne lui permet pas pour autant de le faire échapper à la contradiction des parties. La mise en œuvre de l'autorité de la chose jugée nécessite d'être conciliée avec le

---

<sup>59</sup> H. MOTULSKY parlait de « principe d'initiative », v. dans ce sens : « Prolégomènes pour un futur code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », *D. 1972*, p. 91, reproduit in Motulsky, *Ecrits, études et notes de procédure civile*, 2<sup>ème</sup> éd. (préface de G. Bolard), Dalloz, 2010, p.275. V. aussi G. BOLARD, « Les principes directeurs du procès civil. Le droit positif depuis Motulsky », *JCP G n°30, 1993*, I, 3693, p. 329.

<sup>60</sup> V. dans ce sens : P. RAYNAUD, « L'obligation pour le juge de respecter le principe du contradictoire », in *Mélanges offerts à P. HEBRAUD*, Université des Sciences Sociales de Toulouse, Presses de la société d'exploitation de l'imprimerie ESPIC, Toulouse, 1981, pp. 715 ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Op. cit.*, n° 341, p. 296.

<sup>61</sup> V. J. HÉRON et T. LE BARS, *op. cit.*, n° 344, p. 291.

<sup>62</sup> V. par exemple Cass., chambre mixte le 10 juillet 1981, *D. 1981*, p. 637, concl. CABANNES, *Gaz. Pal.* 1981.2.627, note J. VIATTE ; *RTD Civ. 1981*, p. 677, obs. J. NORMAND ; *RTD Civ. 1981*, p. 905, obs. R. PÉRROT ; A. BÉNABENT, « L'article 16, version 1981 », *D. 1982*, chron. 55. V. également *Civ. 2<sup>e</sup>*, 27 février 1985, *Bull. civ. II*, n° 47.



principe du contradictoire<sup>63</sup>. En effet, ce principe a pour objectif de prémunir les parties contre tout effet de surprise, le fait pour le juge de relever d'office un moyen qui devait être connu d'elles<sup>64</sup>.

Le respect du contradictoire permet de rétablir l'égalité entre les plaideurs. En soulevant d'office un moyen, le juge rompt l'égalité entre ces derniers. Il prend l'initiative de se substituer à l'une des parties pour suppléer sa carence et se porte ainsi à son secours. Il n'est pas normal qu'une telle inégalité existe entre les parties. Le seul remède à cette rupture d'égalité consiste à permettre à la partie à laquelle est opposé le moyen soulevé d'office de présenter ses observations<sup>65</sup>. Le contradictoire permet ainsi de restaurer l'égalité des parties devant le juge. Elle leur accorde la possibilité d'appréhender, dans toute son ampleur, l'ensemble des arguments susceptibles d'influer sur le cours du procès.

L'obligation de respecter le contradictoire permet enfin de restaurer le principe du dispositif qui se trouve affecté par le pouvoir reconnu au juge de relever d'office l'autorité de la chose jugée. En soumettant la fin de non-recevoir soulevée d'office au débat contradictoire des parties, l'on permet de mettre ces dernières au centre du procès qui a vocation à protéger leur intérêt personnel, tout en garantissant les intérêts de la justice. Cette dernière considération permet de justifier, dans certaines hypothèses, une abstention à faire respecter le contradictoire.

---

<sup>63</sup> V. dans ce sens : R. PÉROT, « Chose jugée et principe de la contradiction », note sous (deux arrêts) Civ. 2<sup>ème</sup>, 2 déc. 1992 et 10 mars 1993, *RTD Civ.* 1993, p. 890. Lire dans le même sens : J. VIATTE, « Les moyens de droit relevés d'office et le principe de la contradiction », *Gaz. Pal.*, 1980, I, doct., p. 21 ; E. BARADUC, « Le juge civil de cassation, le relevé d'office et le principe de la contradiction », *Mélanges J. BUFFET*, Petites affiches/LGDJ, 2004, p. 5.

<sup>64</sup> Sur le principe du contradictoire en général, lire : M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire (Droit processuel)*, Thèse Paris II, 1988, 387 p. ; L. ASCENSI, *Du principe du contradictoire*, Thèses ; Collection : Bibliothèque de Droit privé, LGDJ, 2006, 519 p. ; L. MINIATO, *Le principe du contradictoire en droit processuel*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 483, Paris, 2008, 456 p. ; « Le principe du contradictoire » : nouveau principe directeur du procès ? », *D. 2005*, Chron., p. 2537 ; G. WIEDERKEHR, « Le principe du contradictoire », *D. 1974*, Chron. XIX, p. 95 ; G. CORNU, « Le principe de la contradiction », *J.-cl. proc. civ.* 1991, fasc., 114 ; O. SCHRAMMECK, « Quelques observations sur le principe du contradictoire », in *Etat de droit. Mélanges en l'honneur de G. BRAIBANT*, Paris, Dalloz, 1996, p. 629 ; B. BOCCARA, « La procédure dans le désordre : le désordre du contradictoire », *JCP 1989*, I, 3004.

<sup>65</sup> V. dans le même sens : E. BARADUC, « Le juge civil de cassation, le relevé d'office et le principe de la contradiction », *Mélanges J. BUFFET*, Petites affiches/LGDJ, 2004, p. 7.



L'on peut se poser la question de savoir si le juge est obligé, dans toutes les situations, de soumettre la fin de non-recevoir, qu'il a soulevée d'office, à un débat contradictoire. Une certaine doctrine propose d'admettre cette possibilité dans quelques hypothèses. Il en par exemple lorsque l'autorité de la chose jugée soulevée d'office repose sur l'existence d'un précédent jugement rendu dans la même instance. Cette solution peut être inspirée de la jurisprudence française. En effet, la Cour de cassation française autorise qu'il soit passé outre la réouverture des débats lorsqu'il s'agit de soulever d'office l'autorité de la chose jugée d'une décision rendue dans la même instance<sup>66</sup>. Cette solution se justifie, selon certains auteurs<sup>67</sup>, par le fait que la première décision est déjà dans le débat.

C'est principalement dans la théorie des moyens dans la cause, encore appelée théorie des moyens ou faits tirés du dossier<sup>68</sup> que cette mesure trouve sa justification. Selon cette théorie, un moyen serait nécessairement « dans la cause » lorsque les parties ont indirectement indiqué un fondement juridique à leurs prétentions<sup>69</sup>. La Cour de cassation française considère que, dans ce cas, le juge n'a pas à respecter la contradiction, considérant que le moyen apparemment relevé d'office serait puisé dans la cause, et déjà dans le débat : les parties ne sauraient donc se plaindre de cette initiative solitaire, sans que leurs explications soient sollicitées<sup>70</sup>.

La théorie des « moyens dans la cause ou « moyens dans le débat » sur laquelle la doctrine fonde l'abstention à faire respecter le contradictoire demeure cependant critiquable. Il est vrai que la décision protégée par l'autorité de la chose jugée est par définition connue des parties, si bien que le moyen est déjà dans la cause. Il n'en demeure pas moins que l'étendue et la portée de ce moyen peuvent être source de discussions. La portée d'un jugement, fût-il

---

<sup>66</sup> V. par exemple : Com., 26 juin 1984, *Bull. civ.* IV, n° 205 ; Civ. 1<sup>re</sup>, 29 octobre 1990, n° 87-16.605, *Bull. civ.* I, n° 225 ; Civ. 2<sup>e</sup>, 10 mars 1993, *D.* 1993, IR 90 ; *RTD civ.* 1993, p. 890, obs. R. PÉRROT.

<sup>67</sup> J. HÉRON et T. LE BARS, *op. cit.*, n° 344, p. 291.

<sup>68</sup> Sur cette question, lire : A. BÉNABENT, « Les moyens relevés en secret par le juge », *JCP* 1977. I. 2849 ; G. BOLARD, « Le principe de contradiction et les faits tirés du dossier », *D.* 2002, p. 2704 ; « Les faits tirés du dossier », in *Justice et droits fondamentaux. Mélanges en l'honneur de J. NORMAND*, Litec, 2003, p. 43 ; R. PÉRROT, « Principe de la contradiction et les faits dans le débat », *RTD Civ.* 2011, p. 590.

<sup>69</sup> V. dans ce sens : S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Op. cit.*, n° 823, p. 574.

<sup>70</sup> V. par exemple : Com., 17 octobre 1995, *Bull. civ.*, IV, n° 234 ; Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mai 1999, *Bull. civ.*, I, n° 147 ; Soc., 5 juin 2001, *Bull. civ.*, V, n° 210.



rendu dans la même cause, n'est jamais chose évidente et l'on pourrait fort bien imaginer que les parties soient en désaccord sur l'étendue de ce qui a été jugé et sur les suites qu'il y a lieu d'en tirer<sup>71</sup>. Le moyen dans la cause n'échappe pas à un certain empirisme qu'il est difficile de maîtriser. Il est donc souhaitable que le contradictoire soit observé en toute hypothèse.

## **B – L'extension du moment de recevabilité de l'autorité de la chose jugée**

L'affirmation du caractère d'ordre public de la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose jugée est également observée par la tendance à étendre son moment de recevabilité. Malgré l'exigence légale d'une présentation *in limine litis*, la jurisprudence semble autoriser la recevabilité de l'autorité de la chose jugée en tout état de cause (1). Cette solution, propre aux moyens d'ordre public, mérite cependant d'être nuancée, car elle peut déboucher sur l'utilisation des fins de non-recevoir en des fins dilatoires. Pour ce faire, il serait nécessaire de prévoir des sanctions à l'encontre de l'auteur d'une présentation tardive (2).

### **1 – La recevabilité en tout état de cause**

L'obligation d'invoquer les fins de non-recevoir avant tout débat au fond a connu une résistance dès sa consécration. Pour éviter que certains moyens de défense traditionnellement qualifiés de fin de non-recevoir soient prématurément rejetés, les juges les ont disqualifiés de cette dernière catégorie, les assimilant d'une manière ou d'une autre à des défenses au fond. La jurisprudence a élaboré une distinction subtile entre les fins de non-recevoir de procédure soumises au régime de l'antériorité propre aux exceptions de procédure et les fins de non-recevoir liées au fond qui équivalent à de véritables défenses au fond. C'est dans ce sens qu'elle tend depuis longtemps à soustraire de ce régime la fin de non-recevoir tirée du défaut de

---

<sup>71</sup> V. dans ce sens : R. PÉRROT, « Chose jugée et principe de la contradiction », *Op. cit.*, p. 890.



qualité pour dire qu'elle peut être présentée en tout état de cause<sup>72</sup>. Il en est de même pour celle tirée de l'autorité de la chose jugée<sup>73</sup>.

La solution adoptée par la jurisprudence se justifie par le fait que la catégorie des fins de non-recevoir englobe souvent plusieurs défenses procédurales qui constituent en réalité de véritables défenses au fond<sup>74</sup>. C'est dans ce sens qu'une jurisprudence relativement lointaine avait proclamé que la forclusion ne jouait ni pour la prescription, « moyen de défense au fond »<sup>75</sup>, ni pour les fins de non-recevoir « tirées de l'article 340 du code civil »<sup>76</sup>. Ces moyens de défense, au même titre que les fins de non-recevoir tirées du défaut de qualité et d'intérêt ou de l'existence d'une chose précédemment jugée sont assimilables aux défenses au fond. Pour cette raison, la jurisprudence trouve normal de leur appliquer le régime de la présentation en tout état de cause.

Le droit comparé semble s'affirmer en faveur de la solution selon laquelle les fins de non-recevoir en général peuvent être invoquées en tout état de cause. Cette proposition signifie que le plaideur qui entend se prévaloir d'une irrecevabilité pour cause de l'autorité de la chose jugée peut soulever cette fin de non-recevoir à toute phase de la procédure. Quelle que soit l'instance en cours, elle peut être invoquée tant qu'il est possible de conclure. Ainsi, il peut, par exemple, l'opposer pour la première fois en cause d'appel.

Une telle solution rejoint par exemple la position du droit français. En effet, après une longue résistance de la jurisprudence, le législateur français a dû revoir le régime procédural des fins de non-recevoir en général. Sous l'empire du Décret-loi du 30 octobre 1935 réaffirmé par une ordonnance du 23 décembre 1958, l'article 192 de l'Ancien code de procédure civile français imposait, comme actuellement en vigueur au Cameroun, que les fins de non-recevoir

<sup>72</sup> C.S.C.O., arrêt n° 12 du 23 février 1965, *Bull. n° 12*, p. 1078.

<sup>73</sup> V. par exemple : Com. 14 juin 1950, *D. 1950*, p. 534. V. dans le même sens : Civ. 1<sup>er</sup>, 17 juin 1957, *JCP G 1957*, IV, p. 114 ; Civ. 2<sup>e</sup>, 20 juillet 1957, *JCP G 1957*, IV, p. 134 ; Soc., 3 juillet 1958, *Gaz Pal.*, 1959, 1, p. 57 ; *RTD Civ.*, 1959, p. 144, obs. P. HEBRAUD ; Civ. 1<sup>er</sup>, 10 décembre 1958, *Bull. civ.*, n° 551, p. 451.

<sup>74</sup> Sur les situations pouvant être qualifiées de fin de non-recevoir, lire : J. HÉRON et T. LE BARS, *op. cit.*, n° 140, p. 120 ; S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Op. cit.*, n° 128 et s., pp. 287 et s.

<sup>75</sup> Civ., 23 février 1944, *S.*, 1944, 1, p. 117 ; Civ. 1<sup>er</sup>, 5 octobre 1953, *Bull. civ.*, n° 260, p. 215 ; *Gaz Pal.*, 1954, 1, 1, obs. P. HEBRAUD.

<sup>76</sup> Civ., 17 décembre 1941, *D.C. 1942*, p. 113, note J. CARBONIER.





soient présentées avant tout débat au fond. Cette disposition a fait l'objet d'une vive résistance de la jurisprudence. Devant une telle situation, le législateur français est intervenu pour réformer le régime de présentation des fins de non-recevoir à travers un Décret du 20 juillet 1972. L'article 61 de ce décret reconnaissait déjà que « les fins de non-recevoir (pouvaient) être proposées en tout état de cause... »<sup>77</sup>. Cette disposition est reprise par l'article 123 du Code de procédure civile actuellement en vigueur en France. Il est souhaitable que le législateur camerounais emboîte, sur ce point, le pas à son homologue français.

L'on peut trouver plusieurs justifications à l'adoption d'un régime de présentation de l'autorité de la chose jugée en tout état de cause. Il faut noter que la nature juridique de cette fin de non-recevoir peut corroborer cette proposition. Les considérations essentiellement processuelles permettent de dire que cette dernière est une fin de non-recevoir. Mais, elle n'est pas totalement détachée des questions de fond. L'effet de l'autorité de la chose jugée est certes toujours de nature processuelle, mais avec des répercussions importantes sur le droit substantiel, c'est-à-dire le fond du litige<sup>78</sup>. Comme l'affirme Yvon Desdevises<sup>79</sup>, elle apparaît comme un moyen de trancher au fond du litige. Compte tenu de cette réalité, il est normal d'admettre qu'elle soit, à l'instar des défenses au fond, présentée en tout état de cause.

La présentation des fins de non-recevoir en tout état de cause peut en outre être justifiée par les considérations de justice. En effet, il serait injuste de laisser poursuivre un procès alors que celui qui l'a initié n'a pas ou n'a plus le droit d'agir, au motif que son adversaire n'a pas soulevé cette cause d'irrecevabilité avant d'entamer le débat au fond. Admettre que le procès puisse continuer son cours en dépit de l'existence d'une cause d'irrecevabilité, aboutirait par exemple à méconnaître l'institution de l'autorité de la chose jugée. Cette solution semble contraire aux fonctions que remplit l'autorité de la chose jugée. Cette dernière est justifiée par le respect dû aux décisions de justice et la nécessité sociale d'empêcher le recommencement infini des procès. En la soumettant à un régime rigide de présentation *in limine litis*, elle risque de ne pas être respectée et les décisions de justice

<sup>77</sup> Lire article 61 du Décret du 20 juillet 1972 *in fine*.

<sup>78</sup> V. dans le même sens : H. MOTULSKY, note sous Civ. 2<sup>e</sup>, 6 juin 1962, *op. cit.*, spéc. p. 362.

<sup>79</sup> Y. DESDEVISES, *Thèse, op. cit.*, n° 192, p. 308.



perdraient de leur autorité. Pour éviter une pareille situation, il convient d'admettre qu'elle soit soulevée en tout état de cause.

L'on peut objecter que cette solution pourrait conduire à méconnaître, d'une part, la distinction entre l'examen de la recevabilité et l'examen au fond de la demande et, d'autre part, la distinction entre fin de non-recevoir et défense au fond. Il convient de dire à ce propos que c'est plus l'effet des fins de non-recevoir qui commande une telle solution. Cette solution n'oblitére pas les spécificités des fins de non-recevoir par rapport aux autres moyens de défense. Cependant, pour éviter les abus dans la présentation du moyen consécutif à l'autorité de la chose jugée, il importe de proposer que l'auteur d'une présentation tardive soit sanctionné.

## 2 – La sanction d'une présentation tardive

La soumission de l'autorité de la chose jugée à un régime de présentation en tout état de cause peut favoriser des manœuvres dilatoires. Un plaideur peut s'abstenir par exemple de la soulever au début d'une instance pour retarder l'issue d'un procès défavorable. Invoquée tardivement, à l'occasion d'une instance, toute fin de non-recevoir pourrait être intolérable. En effet, comme l'affirme un auteur<sup>80</sup>, le débat au fond pourrait s'avérer coûteux et inutile, alors même que l'action est irrecevable, tant que la partie intéressée n'a pas soulevé l'existence de la fin de non-recevoir. Il n'est donc pas normal de laisser impuni celui qui s'évertuerait retarder inutilement le procès. Cependant, la sanction mérite d'être conditionnée.

Il est souhaitable que le législateur camerounais subordonne, la sanction d'une présentation tardive à la réunion de certaines conditions. L'on peut s'inspirer du droit français à cet égard. En effet, l'article 123 du Code de procédure civile français réserve « la possibilité pour le juge de condamner (...) ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire »<sup>81</sup>, de soulever les fins de non-recevoir. Deux conditions méritent ainsi d'être observées. Il ne suffit pas que la fin de non-recevoir soit soulevée tardivement, encore faut-il que le retard soit lié à

<sup>80</sup> S. JAHEL, *Op. cit.*, p. 725.

<sup>81</sup> Lire art. 123 du CPC français, *in extenso*.



une intention dilatoire. En effet, toute présentation tardive d'une fin de non-recevoir n'est pas préjudiciable<sup>82</sup>. La tardiveté pourrait par exemple être liée à la difficulté de découvrir l'existence de la fin de non-recevoir. Il peut arriver qu'initialement engagée, l'instance ne puisse faire découvrir l'existence de la cause d'irrecevabilité et que cette dernière se révèle en cours d'instance. Il ne serait donc pas judicieux de sanctionner celui qui présente une fin qui se serait révélée alors que les parties auraient déjà conduit la procédure à un certain niveau.

En plus de la tardiveté, il faut qu'il y ait une intention dilatoire de la part de celui qui soulève la fin de non-recevoir en question. L'intention dilatoire signifie une volonté de faire traîner le procès en longueur. Le justiciable cherche par là à retarder inutilement le cours du procès dans le but de nuire à son adversaire. La cause de la fin de non-recevoir doit être connue de son auteur et celui-ci doit être en mesure de la proposer.

La question qui pourrait se poser est celle de savoir à partir de quel moment peut-on dire qu'une fin de non-recevoir a été soulevée de manière tardive. Mieux encore, comment déterminer l'intention dilatoire ? Il faut noter à cet égard que la mesure de la tardiveté ou du dilatoire est une question relative<sup>83</sup>. L'on peut trouver une réponse satisfaisante à cette question dans la jurisprudence française. La deuxième chambre de la Cour de cassation française a par exemple décidé à deux reprises<sup>84</sup> qu'il s'agit là d'une question laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Après avoir déterminé les conditions de la sanction du dilatoire, il faudra en délimiter l'étendue. Plus clairement, il s'agit de déterminer le type de sanction susceptible d'être prononcée lorsqu'il y a usage du dilatoire dans la présentation de l'autorité de la chose jugée. Cette question est digne d'intérêt, car le droit en général, et la procédure civile en particulier, connaît plusieurs types de sanctions<sup>85</sup>. Toutes les sanctions ne sont pas envisageables.

---

<sup>82</sup> V. dans le même sens : J. HÉRON et T. LE BARS, *op. cit.*, n° 143, p. 123.

<sup>83</sup> V. dans ce sens : J. BEAUCHARD, « La relativité du dilatoire », *Mélanges J. Héron*, LGDJ, 2009, p. 101.

<sup>84</sup> V. Civ. 2<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 1981, *Gaz. Pal.*, 1981,2, p. 751, note J. VIATTE ; 27 février 2003 : *Bull. civ. II*, n° 44, *Procédures 2003*, Commentaire 111, note R. PERROT ; *JCP 2003. IV. 1728* ; *Gaz. Pal.*, 10-11 octobre 2003, p. 14, note E. Du RUSQUEC.

<sup>85</sup> Sur la question, lire : L. CADIET, « La sanction et le procès civil », in *Mélange J. HÉRON*, LGDJ, 2008, p. 125.



L'on pourrait être tenté d'opposer une irrecevabilité à l'auteur d'une présentation tardive de l'autorité de la chose jugée. Cependant, cette solution hâtive ne mérite pas d'être retenue. Compte tenu des fonctions et des finalités sociales auxquelles est destinée l'autorité de la chose jugée, il ne serait pas judicieux que le juge écarte une fin de non-recevoir au motif qu'elle a été soulevée tardivement<sup>86</sup>. Le juge devra la retenir, si elle est établie, malgré la tardiveté, tout en envisageant de sanctions appropriées.

La sanction pécuniaire semble être appropriée à cet effet. La question de savoir à qui profiterait une telle sanction peut se poser. Pour y répondre, il convient de dire que la tardiveté peut s'avérer préjudiciable, non seulement pour l'adversaire, mais aussi pour l'institution judiciaire tout entière. Tout procès nécessite d'importants moyens financiers. Des mesures d'instructions coûteuses peuvent par exemple avoir été engagées, alors que le procès était d'emblée voué à l'échec. De ce point de vue, le créancier des dommages-intérêt pour cause de proposition tardive d'une fin de non-recevoir serait, non seulement l'adversaire, mais aussi l'institution judiciaire dans son ensemble.

Le plaideur qui subit, de la part de son adversaire, un préjudice du fait d'une proposition tardive d'une fin de non-recevoir peut se voir allouer des dommages-intérêts. D'ailleurs, c'est dans ce sens qu'abonde le législateur français. En effet, l'article 123 du Code de procédure civile français<sup>87</sup> prévoit la possibilité de condamner l'auteur d'une proposition tardive d'une fin de non-recevoir à des dommages-intérêts.

En plus de la condamnation à des dommages-intérêts, celui qui se prévaut tardivement d'une fin de non-recevoir à des fins dilatoires peut être condamné à une amende civile. Le droit français offre également à ce propos une voie qu'il est possible d'emprunter. Un décret français intervenu en 2005<sup>88</sup> a modifié l'article 32 du Code de procédure civile en prévoyant une

---

<sup>86</sup> Dans le même sens, lire : J. HÉRON et T. LE BARS, *op. cit.*, n° 143, p. 124.

<sup>87</sup> Lire article art. 123 du CPC français : « Les fins de non-recevoir peuvent être proposées en tout état de cause sauf la possibilité pour le juge de condamner à des dommages-intérêts ceux qui se seraient abstenus, dans une intention dilatoire, de les relever plus tôt ». V. Dans le même sens, art. 118, 550, al. 2 du même code.

<sup>88</sup> V. art. 77 du Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2006. Ce décret a modifié l'article 32. Cet article dispose désormais que « Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 3000 €, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient



condamnation à une amende civile contre celui qui agit de manière dilatoire ou abusive. Cette amende civile se justifie par le fait que le dilatoire peut faire subir des préjudices à l'État qui organise le service public de la justice. L'organisation de ce service de la justice a un coût. Il n'est pas normal qu'un plaideur fasse supporter à l'Etat des dépenses du fait de son initiative dilatoire.

L'on constate ainsi que la sanction du dilatoire est calquée sur celle de l'abus du droit d'agir en justice<sup>89</sup>. Le plaideur qui agit de manière dilatoire ne doit cependant pas être confondu avec celui qui agit de manière abusive<sup>90</sup>. Certes, il arrive qu'une condamnation pour abus de procédure soit prononcée au motif que le plaideur ne cherche qu'à obtenir des délais<sup>91</sup>. Les manœuvres dilatoires constituent un concept autonome assorti de sanctions spécifiques. Avec ces manœuvres, c'est moins le droit d'agir qui est sanctionné que le comportement procédural du plaideur, à travers l'accomplissement des actes de procédure<sup>92</sup>.

## Conclusion

Il est apparu tout au long des développements qui précèdent que l'autorité de la chose jugée se voit progressivement appliquer le régime procédural propre aux moyens d'ordre public. Il ne faudrait cependant pas conclure hâtivement qu'il s'agit d'une fin de non-recevoir d'ordre public. En effet, si la jurisprudence actuelle semble reconnaître une certaine marge de pouvoirs au juge dans sa mise en œuvre, c'est beaucoup plus en raison des fonctions qu'elle assure. Les fonctions de l'autorité de la chose jugée semblent dépasser le simple cadre de la

---

réclamés ». Les articles 559, 581 et 628 du même code rappellent ces sanctions en cas d'exercice dilatoire ou abusif d'une voie de recours.

<sup>89</sup> Sur l'abus du droit d'agir, lire : J. MOREL, *Les dommages-intérêts au cas d'exercice abusif des actions en justice*, thèse, Paris, 1910, 111 p. ; J. VIATTE, « L'amende civile pour abus du droit de plaider », *Gaz. Pal.* 1978. 1. Doctr. 305 ; Y. DESDEVISES, « L'abus du droit d'agir en justice avec succès », *D.* 1979, Chron. 21 ; P. COUVRAT et M. MASSÉ, « L'exercice punissable d'une action en justice », *Dr. soc.* 1984, p. 511 ; J.-E. CALLON, « L'abus du droit au juge peut-il être sanctionné ? », *LPA*, 28 mars 2000, p. 4 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages-intérêts punitifs ? », *LPA*, 20 novembre 2002, p. 36 ; M.-R. RENARD, « L'abus du droit d'agir en justice », *Gaz. Pal.* 23-24 mai 2007, p. 6.

<sup>90</sup> V. dans ce sens : L. CADIET, « La sanction et le procès civil », *op. cit.*, p. 134.

<sup>91</sup> V. par exemple : Lyon, 21 avril 1994, *Juris-Data* n° 046207.

<sup>92</sup> V. E. BLARY-CLÉMENT, « Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil », *JCP G* 1991, I, 3534.



protection des intérêts privés des justiciables. A l'instar de toutes les fins de non-recevoir, elle constitue un instrument de police processuelle, en ce sens qu'elle sanctionne le défaut d'une condition classique du droit d'action<sup>93</sup>. Elle constitue également un instrument de terminaison du procès, dans la mesure où elle se présente comme une négation du droit d'action, voire du droit substantiel<sup>94</sup>. Elle préserve la sécurité juridique en prônant la stabilité des situations judiciairement prononcées et en affirmant l'incontestabilité des décisions de justice. L'autorité de la chose jugée renforce enfin le crédit de la justice en interdisant le renouvellement des procès et en prévenant contre la contrariété des jugements. Ces considérations d'intérêt général amène ainsi la jurisprudence à l'assimiler à un moyen d'ordre public, en méconnaissant souvent l'exigence légale de présentation des fins de non-recevoir *in limine litis* et en obligeant parfois le juge de la relever d'office. Néanmoins, les solutions jurisprudentielles ne méritent pas d'être généralisées. Car, s'il en était ainsi, l'autorité de la chose jugée perdrait totalement sa vocation de fin de non-recevoir d'ordre privé destinée à protéger les intérêts personnels des plaideurs. Il faudrait ainsi apporter des limites à la tendance qui semble l'ériger au rang des moyens d'ordre public. Tout compte fait, afin d'éviter que les incertitudes demeurent sur la valeur procédurale de la chose jugée, il importe que le législateur s'y penche véritablement.

## Bibliographie

AMRANI-MEKKI S. et STRICKLER Y., *Procédure civile*, Coll. : Thémis Droit, PUF, 2014, 912 p. ;

ASCENSI L., *Du principe du contradictoire*, Thèses ; Collection : Bibliothèque de Droit privé, LGDJ, 2006, 519 p. ;

AUBERT J.-L. et SAVAUX É., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Coll. Université, 15<sup>ème</sup> éd., Sirey, 2014, 381 p. ;

BARADUC E., « Le juge civil de cassation, le relevé d'office et le principe de la contradiction », *Mélanges J. BUFFET*, Petites affiches/LGDJ, 2004, pp. 5-18 ;

---

<sup>93</sup> V. S. AMRANI-MEKKI et Yves STRICKLER, *op. cit.*, n° 87, p. 167 ; L. CADIET et E. JEULAND, *op. cit.*, n° 478, p. 291.

<sup>94</sup> Y. DESDEVISES, *Thèse op. cit.*, n° 192, p. 308.



- BEAUCHARD J., « La relativité du dilatoire », *Mélanges J. Héron*, LGDJ, 2009, pp. 101-110 ;
- BEGUET J.-P., « Etude critique de la notion de fin de non-recevoir en droit privé », *RTD civ.* 1947, pp. 133-160 ;
- BEHAR-TOUCHAIS M., « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages-intérêts punitifs ? », *LPA*, 20 novembre 2002, pp. 36-44 ;
- BÉNABENT A., « Les moyens relevés en secret par le juge », *JCP* 1977. I. 2849 ;
- BLARY-CLÉMENT E., « Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil », *JCP G* 1991, I, 3534 ;
- BLÉRY C., *L'efficacité substantielle des jugements*, Thèse, LGDJ, 2000, 397 p. ;
- BOCCARA B., « La procédure dans le désordre : le désordre du contradictoire », *JCP* 1989, I, 3004 ;
- BOLARD G.,
- « Le principe de contradiction et les faits tirés du dossier », *D.* 2002, p. 2704 ;
  - « Les faits tirés du dossier », in *Justice et droits fondamentaux. Mélanges en l'honneur de J. NORMAND*, Litec, 2003, pp. 43-50 ;
  - « Les principes directeurs du procès civil. Le droit positif depuis Motulsky », *JCP G n°30*, 1993, I, 3693 ;
- CADIET L. et JEULAND E., *Droit judiciaire privé*, Collection : Manuel, 8<sup>ème</sup> éd., LexisNexis, 2013, 883 p. ;
- CADIET L., « La sanction et le procès civil », in *Mélange J. HÉRON*, LGDJ, 2008, pp. 125-154 ;
- CALLON J.-E., « L'abus du droit au juge peut-il être sanctionné ? », *LPA*, 28 mars 2000, pp. 4-10 ;
- CORNU G., « Le principe de la contradiction », *J.-cl. proc. civ.* 1991, fasc., 114 ;
- COUCHEZ G. et LAGARDE X., *Procédure civile*, Sirey, Paris, 17<sup>ème</sup> éd., 2014, 528 p. ;



COUTURE E., « La chose jugée comme présomption légale – Critique des articles 1349 à 1350 du Code civil », *in RIDC*, Vol. 6 n°4, Octobre-décembre 1954. pp. 681-701 ;

DESDESVISES Y.,

- *Le contrôle de l'intérêt légitime. Essai sur les limites de la distinction du droit et de l'action en justice*, Thèse, Nantes, 1973, 377 p. ;

- « L'abus du droit d'agir en justice avec succès », *D.* 1979, Chron. 21 ;

FOMETEU J., « L'exigence processuelle d'un intérêt légitime à agir », *Cahiers Juridiques et Politiques (C.J.P.) n° 1*, 2008, pp.137-157 ;

FOYER J., *De l'autorité de la chose jugée en matière civile – Essai d'une définition*, Thèse, Paris, 1954, 360 p. ;

FRICÉRO N.,

- « Le décret du 20 août 2004 : une adaptation du procès civil aux exigences modernes d'une justice de qualité », *Dr. et proc.*, n° 1, 2005, Chron. 1 ;

- « Le fabuleux destin de l'autorité de la chose jugée », *Principes de justice. Mélanges en l'honneur de J.-François BURGELIN*, Dalloz, 2008, pp. 199-208 ;

FRISON-ROCHE M.-A., *Généralités sur le principe du contradictoire (Droit processuel)*, Thèse Paris II, 1988, 387 p. ;

GUINCHARD S., CHAINAIS C. et FERRAND F., *Procédure civile : Droit interne et droit communautaire*, Collection : Précis droit privé, 32<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2014, 1572 p. ;

HÉBRAUD P., « L'exécution des jugements civils », *RIDC*, 1957, pp. 170-202 ;

HÉRON J. et LE BARS T., *Droit judiciaire privé*, Collection : Domat droit privé, 5<sup>ème</sup> éd., Montchrestien, 2012, 1032 p. ;

JAHEL S., « Fin de non-recevoir et ordre processuel », *in Justices et droit du procès - Du légalisme procédural à l'humanisme processuel : Mélanges offerts à S. Guinchard*, Dalloz, 2010, pp. 723-730 ;





JÈZE G., « De la force de vérité légale attachée par la loi à l'acte juridictionnel », *RDP*, 1913, pp. 437-502 ;

LAGARDE X., *Réflexion sur le droit le droit preuve*, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 239, LGDJ, 1994, 448 p. ;

LEFORT C., *Procédure civile*, Collection : Cours, 5<sup>ème</sup> éd., Dalloz, Paris, 2014, 567 p. ;

MARTIN R., « Un virus dans le système des défenses du nouveau code de procédure civile : le droit d'action », *RGP*, n°3, juillet – septembre 1998, pp. 419-427 ;

MINIATO L.,

- *Le principe du contradictoire en droit processuel*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 483, Paris, 2008, 456 p. ;

- « Le principe du contradictoire » : nouveau principe directeur du procès ? », *D. 2005*, Chron., pp. 2537-2538 ;

MOREL J., *Les dommages-intérêts au cas d'exercice abusif des actions en justice*, thèse, Paris, 1910, 111 p. ;

MOTULSKY H.,

- « Prolégomènes pour un futur code de procédure civile : la consécration des principes directeurs du procès civil par le décret du 9 septembre 1971 », in Motulsky, *Ecrits, études et notes de procédure civile*, 2<sup>ème</sup> éd. (préface de G. Bolard), Dalloz, 2010, pp.275-304 ;

- « Le droit subjectif et l'action en justice », in Motulsky, *Ecrits, études et notes de procédure civile*, 2<sup>ème</sup> éd. (préface de G. Bolard), Dalloz, 2010, pp. 85-100 ;

NORMAND J., « Les excroissances des fins de non-recevoir », *Obs. RTD civ 1981*, pp. 684-690 ;

ODENT B., « Le destin des fins de non-recevoir », in *Mélanges offerts à M. WALINE, Le juge et le droit public*, LGDJ, Paris, 1974, pp. 653-664 ;

PÉRROT R.,



- « Chose jugée et principe de la contradiction », note sous (deux arrêts) Civ. 2<sup>ème</sup>, 2 déc. 1992 et 10 mars 1993, *RTD Civ. 1993*, p. 890 ;

- « Principe de la contradiction et les faits dans le débat », *RTD Civ. 2011*, p. 590 ;

RAYNAUD P., « L'obligation pour le juge de respecter le principe du contradictoire », in *Mélanges offerts à P. HEBRAUD*, Université des Sciences Sociales de Toulouse, Presses de la société d'exploitation de l'imprimerie ESPIC, Toulouse, 1981, pp. 715-734 ;

RENARD M.-R., « L'abus du droit d'agir en justice », *Gaz. Pal. 23-24 mai 2007*, pp. 6-10 ;

SCHRAMECK O., « Quelques observations sur le principe du contradictoire », in *Etat de droit. Mélanges en l'honneur de G. BRAIBANT*, Paris, Dalloz, 1996, pp. 629-640 ;

TOMASIN D., *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*, Collection Bibliothèque de droit privé, Tome 143, Paris, LGDJ, 1975, 280 p. ;

VIATTE J.,

- « Les moyens de droit relevés d'office et le principe de la contradiction », *Gaz. Pal.*, 1980, I, doct., pp. 21-23 ;

- « L'amende civile pour abus du droit de plaider », *Gaz. Pal. 1978*, pp. 305-307 ;

WIEDERKEHR G., « Le principe du contradictoire », *D. 1974*, Chron. XIX, pp. 95-96.



## Serving Greek Proceedings to US defendants

### A case law survey

#### *Apostolos Anthimos*

Attorney at Law, Thessaloniki, Greece.

Editor for Civil Procedure & International Civil Litigation, Armenopoulos [Thessaloniki Bar Review]. Editor of the blog 'International Civil Litigation in Greece' [<http://icl-in-greece.blogspot.com>]

**Abstract:** The paper deals with the problem of service in the international level of legal relations and how should service take place when defendants are U.S. residents.

**Keywords:** Service. Greek Civil Procedure. U.S. resident defendants.

#### Introduction

Greece and the USA have longstanding commercial, social and cultural ties. According to the 2007 U.S. Census Bureau estimation, there were 1.380.088 people of Greek ancestry in the United States, while the State Department mentions that around 3.000.000 Americans claim to be of Greek descent<sup>1</sup>. Compared to the population of Greeks within the Hellenic Republic, it is more than a quarter of the overall inhabitants in the country<sup>2</sup>. The USA is the 6<sup>th</sup> export target for Greece, reaching on an average the overall amount of 1 billion € per year.

---

<sup>1</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Greek\\_American](http://en.wikipedia.org/wiki/Greek_American).

<sup>2</sup> The General Population Census was conducted in 2011. The final results of the census were announced on 28 December 2012. According to final results, the total population of Greece is 10.815.197, see [http://en.wikipedia.org/wiki/Greek\\_census\\_2011](http://en.wikipedia.org/wiki/Greek_census_2011).



In spite of the figures above, Greece and the USA have not signed a bilateral agreement on judicial assistance<sup>3</sup>. With regard to the service of documents, the countries are bound by the 1965 Hague Convention on Service of Documents abroad<sup>4</sup>. Although the Greek act has been published back in 1983<sup>5</sup>, its actual implementation in Greece began only 6 years later, i.e. sometime in 1989. Meanwhile the Convention constitutes an instrument well known in disputes with foreign elements<sup>6</sup>. A recent search on Greece's most reliable legal database has returned nearly 200 hits. My report will focus on the existing reported case law<sup>7</sup>, dealing specifically with service of process to the USA.

## I. Legal Framework

Greece applies the Hague Service Convention in conjunction with domestic law<sup>8</sup>. Mention needs to be made here to the fact that Greece has adopted the French model of

---

<sup>3</sup> Unlike the USA, Greece has a voluminous record of bilateral treaties in the field, see *Yessiou-Faltsi*, Hellas, in: *Blanpain*, International Encyclopedia of Laws - Civil Procedure, 2004, Kluwer Law International, pp. 39 et seq.

<sup>4</sup> Signed by the USA on 24.8.1967, in force since 10.2.1969. Greece signed the convention on 20.7.1983, in force since 18.9.1983.

<sup>5</sup> Law Nr. 1334/1983, Official Gazette Vol. A 31/1983.

<sup>6</sup> Most notably *Prof. Yessiou-Faltsi* provided valuable insight on the convention in the early stages by publishing her monograph on "The Service of Documents Abroad in the Light of Article 20 of the Greek Constitution and the Hague Convention" (1989, in Greek).

<sup>7</sup> The law reviews mentioned thereon are the following: Armenopoulos [in Greek: Αρμενόπουλος, Thessaloniki Bar Review]; Commercial Law Survey [in Greek: Επισκόπηση Εμπορικού Δικαίου]; Hellenic Jurists Review [in Greek: Εφημερίς Ελλήνων Νομικών]; Chronicles of Private Law [in Greek: Χρονικά Ιδιωτικού Δικαίου]; Hellenic Justice [in Greek: Ελληνική Δικαιοσύνη]; Legal Tribune [in Greek: Νομικό Βήμα]; Civil Procedure Review [in Greek: Επιθεώρηση Πολιτικής Δικονομίας]; Achaian Law Reports [in Greek: Αχαϊκή Νομολογία]; Piraeus Law Reports [in Greek: Πειραιϊκή Νομολογία]; Dike [in Greek: ΔΙΚΗ]; Theory and Practice of Private Law [in Greek: Εφαρμογές Αστικού & Αστικού Δικονομικού Δικαίου]; Case File [in Greek: ΔΙΚΟΓΡΑΦΙΑ, Larissa Bar Review]; Maritime Law Review [in Greek: Επιθεώρηση Ναυτιλιακού Δικαίου]. Information on some of the above reviews can be found in: *Yessiou-Faltsi*, Hellas, in: *Blanpain*, International Encyclopedia of Laws - Civil Procedure, pp. 62 et seq. In addition, reference is made to the following legal data bases: 1) ISOCRATES, i.e. the data base of the Athens Bar, and 2) NOMOS, a privately owned data base, which has been the pioneer in the field.

<sup>8</sup> For details regarding the Greek landscape on the matter, see *Yessiou-Faltsi*, Civil Procedure in Hellas (1997), (Kluwer Law International / Ant. N. Sakkoulas Publishers, 1997), pp. 218-219; *Yessiou-Faltsi*, Hellas, in: *Blanpain*, International Encyclopedia of Laws - Civil Procedure, pp. 139-140; *Yessiou-Faltsi*, Greek Law on Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents, in: *Yessiou-Faltsi*, Procedural Legal Order (= Η δικονομική έννομη τάξη), Studies and opinions on national and European law on Civil Procedure, Vol. III (2009), 311 et seq.; *Yessiou-Faltsi*, Die Auslandszustellung durch «rémise au parquet» - Auslegungsfragen aus griechischer Sicht, in: *Recht in Europa*, Festschrift für Hilmar Fenge (1996), 159 ff.; *Kerameus/Kozyris*, Introduction to Greek Law<sup>3</sup> (Kluwer Law International / Ant. N. Sakkoulas Publishers, 2008), pp. 353 et seq.



*remise au parquet*, in other words the so-called fictional or deemed service (Art. 134 & 136 CCivP). Article 134 of the Greek Code on Civil Procedure [henceforth: CCivP] regulates the service of process abroad<sup>9</sup>. In addition, Article 135 CCivP applies also in regards to foreign defendants, in case that the latter are of unknown residence<sup>10</sup>. This provision is crucial in light of the non-application of the Hague Service Convention in respect to recipients of unknown residence [Art. 1 Para. 2]. Finally, it is important to underline that the domestic limits for the appearance of the defendant is regulated under Art. 229 CCivP<sup>11</sup>, which constitutes a pre-requisite for the timeliness of service.

## II. Case Law Analysis

I will now focus on reported case law regarding service of Greek proceedings to defendants / litigants living or having their seat in the USA. There are two groups of decisions concerning the matter: The first group consists of those regarding service of documents instituting proceedings<sup>12</sup>, whereas the second group deals with the issue of application of the 1965 Convention on other documents beyond the claim (summons for sworn statements, court decisions, writs of attachment, etc).

---

<sup>9</sup> According to Article 134 Greek CCivP, for the purposes of serving foreign defendants, documents are to be served to the Public Prosecutor of the competent court, who is entrusted with forwarding the document to the Ministry of Foreign Affairs. From there, the document will be transmitted to the Receiving Agency of the respective country, in order to be delivered to its actual recipient.

<sup>10</sup> According to Article 135 Greek CCivP, persons of unknown residence are to be served in a fashion similar to the particulars of Article 134 Greek CCivP, plus its publication in two newspapers (one in Athens, the capital, the second in the venue of the court).

<sup>11</sup> According to Article 229 Greek CCivP, the claim has to be served 90 days before the hearing. For so called “special proceedings”, the claim has to be served 60 days prior to the hearing, Art. 591 Para. 1 a CCivP.

<sup>12</sup> Claim, appeal or writ of certiorari.



**A. First Group: Documents instituting proceedings**

Greek courts are proceeding with the hearing of the case, when a US certificate of service is produced by the claimant<sup>13</sup>, or when the requirements set under Art. 15 Para 2 (b) & (c) Hague Service Convention are met<sup>14</sup>. The use of US methods of service is also fully compliant with Greek law, given that Art. 137 CCivP<sup>15</sup> clearly provides for such a method of service<sup>16</sup>. In all cases above, the burden of proof lies with the claimant<sup>17</sup>.

Courts proceed also with the hearing when the claimant opts for service to a legally appointed proxy in Greece, thus, avoiding service of process to the US, as long as domestic Civil Procedure rules on the proper appointment of the proxy have been respected. If the above requirement is not fulfilled, the court orders the stay of proceedings<sup>18</sup>.

On the other side, courts refused to render a default judgment under the following circumstances:

a) When the claimant omits to furnish a certificate of service from the USA (Art. 15 Hague Service Convention), and produces to the court solely the certificate of service to the

---

<sup>13</sup> This is the rule in most of the cases; see for instance Athens 1<sup>st</sup> Instance Court (Chamber) 13218/2010, ISOCRATES.

<sup>14</sup> Supreme Court 910/1989, Hellenic Justice 1991, 529; Supreme Court 433/2001, Hellenic Justice 2002, 412 = Chronicles of Private Law 2001, 345; Supreme Court 851/2007, Legal Tribune 2007, 1824; Supreme Court 775/2013, NOMOS. However, if the six months period has not elapsed since the date of the transmission of the document, the court orders the stay of the hearing, CoA Athens 2410/1997, Hellenic Justice 1998, 435.

<sup>15</sup> Pursuant to Art. 137 CCivP, "service to those who have their residence or seat abroad can be also effected in accordance with the formalities of foreign law and by the organs which this law provides for".

<sup>16</sup> CoA Athens 223/2012, Theory and Practice of Private Law 2012, 760 = Civil Procedure Review 2013, 379. The issue at stake was whether an appeal could be served by virtue of the law of the U.S. Federal State addressed. In particular, the appellant, instead of making use of the service methods stipulated in the Convention, in order to notify the appeal to its recipient in the USA, he opted for serving the document pursuant to Rule 1.080 b & f Florida Rules of Civil Procedure. The Athens Court of Appeal accepted the method of service chosen on two grounds: First, because Article 137 Greek CCivP grants the right to serve documents according to the provisions and formalities of the State addressed; and secondly, because Articles 10 c & 19 of the Convention allow any person interested in a judicial proceeding to effect service of judicial documents directly through the judicial officers, officials or other competent persons of the State of destination, to the extent that the internal law of the latter State permits methods of transmission, other than those provided for in the preceding Articles. Given the fact that no indication of the contrary was evidenced in the ensuing proceedings, the court found no reason to reject the certificate of service produced by the appellant.

<sup>17</sup> Supreme Court 1689/2009, Legal Tribune 2010, 723 = Theory and Practice of Private Law 2010, 349; Tripolis 1<sup>st</sup> Instance Court 180/2001, ISOCRATES.

<sup>18</sup> Supreme Court 909/2004, NOMOS; CoA Dodecanese 200/1998, Armenopoulos 1999, 415; CoA Larissa 474/2006, Case File 2006, 539.



competent (Greek) Public Prosecutor's office<sup>19</sup>. Such an omission constitutes also a ground for appeal<sup>20</sup>. In two cases however, courts proceeded with the hearing, in spite of the above failure<sup>21</sup>.

b) When the claimant does not produce a certified translation of the US certificate of service, i.e. (s)he only includes the original or a true copy with no Greek translation<sup>22</sup>.

c) When the document reaches the US competent authority<sup>23</sup> or the defendant<sup>24</sup> after the day of the hearing.

d) When domestic time limits for the appearance of the defendant before court [Art. 229 CCivP] have been violated. In this case, if the defendant does not appear in the proceedings, the hearing will be adjourned, and fresh service is required, even if the claimant produces the US certificate of service and a Greek translation attached<sup>25</sup>.

e) When the claimant surreptitiously opts for fictional service or service by publication [Art. 135 CCivP], without scrutinizing the possibilities for using conventional methods of service<sup>26</sup>. However, if the claimant exhausts the latter with no result, he's allowed to proceed to the former<sup>27</sup>. Hence, a successive option is legitimate if it has been proven that

---

<sup>19</sup> Supreme Court 298/1988, Hellenic Justice 1988, 1663; Supreme Court 250/1993, Hellenic Justice 1994, 1306 = Legal Tribune 1994, 817; Supreme Court 657/1995, Hellenic Jurists Review 1996, 566; Supreme Court 835/2007, Civil Procedure Review 2008, 381; CoA Athens 734/1992, Legal Tribune 1992, 588; CoA Larissa 740/2008, ISOCRATES; CoA Patras 453/1993, Achaian Law Reports 1994, 165; Athens 1<sup>st</sup> Instance Court (Chamber) 3615/1985, Hellenic Justice 1988, 1445; 3939/2005, ISOCRATES; 7606/2007, ISOCRATES, Thessaloniki 1<sup>st</sup> Instance Court 9071/2010, ISOCRATES.

<sup>20</sup> Athens 1<sup>st</sup> Instance Court (Chamber) 4430/1991, Armenopoulos 1992, 259 [quashing the 1<sup>st</sup> instance ruling].

<sup>21</sup> Athens 1<sup>st</sup> Instance Court (Chamber) 258/2008 & 8360/2008, ISOCRATES.

<sup>22</sup> Supreme Court 2095/2007, Legal Tribune 2008, 978; Supreme Court 1223/2009, Legal Tribune 2009, 2404; Athens 1<sup>st</sup> Instance Court (Chamber) 885/2008 & 3735/2008, ISOCRATES.

<sup>23</sup> CoA Athens 734/1992, Legal Tribune 1992, 588: The US Central Authority returned the documents in accordance with Art. 6.2 Service Convention [*if the document has not been served, the certificate shall set out the reasons which have prevented service*], because it received them almost twenty days after the hearing date set in the appeal. Being conscious of the futility of service to its recipient, the US Authority correctly refused to notify a document, which wouldn't serve the litigant's rights of audience.

<sup>24</sup> Amfissa 1<sup>st</sup> Instance Court (Chamber) 105/1992, Armenopoulos 1993, 837: Actual notice of the defendant twenty days after the hearing date.

<sup>25</sup> Supreme Court 1566/2010, Legal Tribune 2011, 989 = Theory and Practice of Private Law 2011, 541.

<sup>26</sup> Supreme Court 503/2011, Civil Procedure Review 2011, 510; CoA Piraeus 730/2008, Civil Procedure Review 2009, 77, granting the reopening against a judgment rendered in default of appearance.

<sup>27</sup> The claimant has the onus of proof in this respect; see Athens 1<sup>st</sup> Instance Court (chamber) 449/2004, ISOCRATES. Accepting the aforementioned, the CoA Piraeus excluded the application of the Hague Service



notice of the proceedings to an address which was the residence of the recipient is no longer possible<sup>28</sup>.

Finally, even if service of process is considered insufficient for the purposes of a proper appearance of the respondent, it is still producing procedural and substantial effects<sup>29</sup>, such as *lis pendens* and interruption of the running of prescription<sup>30</sup>.

## **B. Second Group: Subsequent documents**

As it has been demonstrated above, serving documents instituting proceedings in first and second instance, or even to the Supreme Court, are within the field of application of the Service Convention. Still, Greek case law takes distance from the Hague Service Convention with regard to other documents beyond the claim (e.g. judgments, writs of attachment, etc). In this case, domestic law prevails (Art. 136 CCivP)<sup>31</sup>.

In particular, in the early stages of its application, there was some confusion as to the distinction between the *writ of summons or an equivalent document* and other documents, following the initial stage of proceedings. First instance courts for example have rendered rulings, according to which, personal service was imperative even for judgments or writs of

---

Convention, CoA Piraeus 44/2006, Piraeus Law Reports 2006, 222. The decision was however reversed by the Supreme Court [decision Nr. 1719/2007, Hellenic Justice 2009, 1035].

<sup>28</sup> Thessaloniki 1<sup>st</sup> Instance Court 38292/2009 & 20721/2010, ISOCRATES.

<sup>29</sup> See in detail *Yessiou-Faltsi*, Civil Procedure in Hellas, pp. 220 et seq.

<sup>30</sup> CoA Piraeus 371/2010, Maritime Law Review 2011, 110.

<sup>31</sup> Supreme Court 1447/1988, Legal Tribune 1990, 810; Supreme Court 1658/2009, Legal Tribune 2010, 720 = Theory and Practice of Private Law 2010, 344; Supreme Court 266/2004, Legal Tribune 2005, 273; CoA Dodecanese 81/2008 & 234/2005, NOMOS; CoA Piraeus 44/2006, Piraeus Law Reports 2006, 222. In favor of the application of Art. 15-16 Hague Convention: CoA Athens 12435/1988, Hellenic Justice 1989, 153 = Dike 1989, 42 [concerning the service of a default judgment]. In one reported case [Supreme Court 482/2004, Legal Tribune 2005, 876] the court applied falsely Art. 503 Para 2 CCivP with regard to the notification of a judgment. This provision applies to defendants of unknown residence, and allows fictional service by publication, pursuant to Art. 135 CCivP. The court should have selected Art. 503 Para. 3 CCivP, which refers to Para. 2. On the whole this becomes a rather delicate matter, in light of contradicting judgments on the same issue: For instance, courts referred to the Hague Convention regarding judgments served to Australia and Cyprus, see Supreme Court 220/2006, Legal Tribune 2006, 1059; OLG Dodecanese 337/2006, NOMOS for the former, and CoA Thessaloniki 157/2008, Commercial Law Survey 2008, 751 for the latter. On the other side, an appellate court opted for the application of domestic rules concerning the service of a judgment to Germany, see CoA Thessaloniki 1954/2003, Armenopoulos 2004, 1722.





attachment. In the late '90s, the Supreme Court drew a clear-cut line between documents instituting proceedings and subsequent judicial or extrajudicial documents in the course of the same proceedings: For the former, the requirements stated under Article 15-16 are to be respected under any circumstances, whereas for the latter, there is no obligation to follow the prerequisites of the Service Convention. Hence, service can take place according to the Greek Code of Civil Procedure. The above case law has been constantly enriched over the past 15 years, and constitutes nowadays the prevailing view both in theory and practice, especially after the ruling of the Supreme Court's Plenum in 2009<sup>32</sup>, which marked the following line: The starting point of enforcement proceedings, i.e. the formal notice by the creditor to the debtor, inviting the latter to voluntary performance<sup>33</sup>, must be served to the debtor in accordance with the Hague Convention rules. All subsequent documents within the execution stage are to be served pursuant to domestic rules [Art. 134 & 136 CCivP].

The above stance can be illustrated by giving two particular examples:

1. In the first case<sup>34</sup>, the issue was whether Articles 15-16 of the Convention should be applied in regards to a notice for a sworn statement to be given before a Greek notary public<sup>35</sup>. The novelty of this ruling lies in the fact that it is the first judgment expanding the application of Articles 15-16 of the Convention to affidavits. The court was adamant that actual notice is imperative. For this reason it refrained from evaluating the affidavits submitted.

2. In the second case<sup>36</sup>, the issue was whether Articles 15-16 of the Convention should apply for a notice to appear following the non appearance of both parties in the initial hearing. Pursuant to Art. 260 CCivP, if all parties fail to enter an appearance or duly participate in a hearing, the latter is cancelled. It lies with the parties to reopen the trial. In the case at hand, a new hearing date was set and a summons was sent to the respondent upon initiative of the

---

<sup>32</sup> Supreme Court 22/2009, Civil Procedure Review 2009, 776 et seq., regarding a writ of attachment against a debtor living in Switzerland.

<sup>33</sup> For details see *Kerameus/Kozyris*, Introduction to Greek Law<sup>3</sup>, p. 373.

<sup>34</sup> Samos 1<sup>st</sup> Instance Court (Chamber) 25/2012, Chronicles of Private Law 2012, 528 et seq.

<sup>35</sup> For the notion of "sworn attestation" or "statement" from the Greek point of view, see *Yessiou-Faltsi*, Civil Procedure in Hellas, p. 354 et seq., and *Yessiou-Faltsi*, Hellas, in: *Blanpain*, International Encyclopedia of Laws - Civil Procedure, p. 221

<sup>36</sup> Supreme Court 221/2012, Hellenic Justice 2012, 395.



claimant. The defendant did not appear in the hearing. He then lodged an appeal against the default judgment<sup>37</sup>. Upon dismissal of the appeal grounds, the appellant filed a writ of certiorari, invoking the insufficiency of service of the summons in the first instance proceedings. The Supreme Court dismissed the appeal: The party should have filed an opposition to the default judgment; instead, it opted for lodging an appeal. Hence, putting forward the service of process issue before the Supreme Court for the first time is not admissible. In conclusion, the Supreme Court did not examine the question.

### Epilogue

Thirty years after the entry into force of the Hague Service Convention, the general impression of Greek – USA judicial assistance in the field of service of proceedings is a positive one. Greek courts have developed specific principles, which could be summarized as follows:

- a. All documents instituting proceedings are to be served in accordance with the Convention.
- b. Regarding subsequent documents, the following must be underlined: There is contradicting case law with respect to the service of judgments. Within the Greek-US ambit the rule is that domestic rules apply. However, recent Supreme Court rulings have opted for the application of the Hague Convention. This is a rather confusing discrepancy, which must be surpassed as soon as possible. After all, the Convention should apply on the same terms for all contracting states.
- c. In regards to documents in the enforcement stage, the rule is that domestic rules apply, with the sole exception being the formal notice to the debtor according to Art. 924 CCivP. The latter is considered to be a document instituting the enforcement stage; hence, conventional rules are to be applied here too, so as to safeguard the debtor's rights of audience.

---

<sup>37</sup> According to Art. 528 CCivP, if the default party lodges an appeal, the judgment of the lower court is reversed, and the appellant (who was in default in the first instance proceedings) is allowed to submit all allegations he could have filed in the lower court proceedings. The case is examined de novo from the appellate court (Art. 535 CCivP).



Civil Procedure Review  
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

**Mediação de conflitos, inclusão social e linguagem jurídica:  
potencialidades e superações**

(Mediation of conflicts, social inclusion and legal language: potential  
and overruns)

***Fernanda Tartuce***

PhD and Master of Procedural Law at the University of São Paulo, Brazil.  
Mediator.

and

***Luís Henrique Bortolai***

Masters and Doctorate in Law at the Autonomous Law School of São Paulo (FADISP),  
Brazil. Specialist in Tax Law from the Catholic University of Campinas.

**Resumo:** O presente trabalho objetiva, sob a perspectiva dos direitos humanos, destacar a relevante inclusão social que pode ser alcançada com a utilização de meios eficientes de acesso à justiça. Superar problemas ligados à comunicação é fundamental para a construção de respostas conjuntas pelas partes, sendo a mediação um mecanismo eficiente para facilitar o diálogo entre pessoas em conflito. A atuação do mediador favorece falas simplificadas e, com o uso da técnica de escuta ativa, contribui para o enfrentamento de problemas ligados à tradicional linguagem jurídica. A utilização de uma linguagem acessível a todos é característica



da mediação e colabora para superar incompreensões técnicas, possibilitando a participação ativa de todos na resolução de disputas.

**Palavras-chave:** Mediação. Linguagem. Inclusão Social. Direitos Humanos.

**Abstract:** The present work aims, from the perspective of human rights, highlightes relevant social inclusion that can be achieved with the use of efficient means of access to justice. To overcome problems relating to communication is key to the construction joint responses by the parts, being the mediation an efficient mechanism to facilitate dialogue between the parts in the conflict. The role of the mediator favors simplified conversation using the active listening and contributes to face problems related to traditional legal languages. The use of a language accessible to all is characteristic of mediation and collaboration techniques to overcome misunderstandings, enabling the active participation of all in dispute resolution.

**Key words:** Mediation. Language. Social Inclusion. Human Rights.

## 1. Relevância do tema.

A capacidade limitada das Cortes de Justiça de proporcionar respostas justas e tempestivas aos impasses verificados no meio social é um fator importante na busca de encaminhamentos eficientes para os problemas verificados na sociedade do século XXI.

No cenário brasileiro, a estrutura judicial deficitária, marcada pela escassez de recursos humanos e materiais, conduz a graves problemas na condução do imenso volume de causas em trâmite. Ademais, o reiterado descumprimento de decisões judiciais gera preocupações quanto ao efetivo alcance da pretendida pacificação social, razão pela qual vêm sendo buscadas vias diferenciadas de solução de disputas com especial destaque para os meios consensuais.



Vale destacar que, a despeito da crise institucional, a razão apropriada para adotar uma ou outra forma de abordar conflitos, sob o ponto de vista das pessoas em litígio, tende a ser sua aptidão a gerar respostas produtivas às questões controvertidas<sup>1</sup>.

Um pilar importante nos mecanismos consensuais é a autonomia da vontade, já que a proposta é que os envolvidos consigam encontrar conjuntamente saídas para seus impasses. Para serem protagonistas da própria história e atuarem de modo decisivo no rumo de seus destinos, é essencial comunicar-se de modo eficiente.

Quando se cogita um sistema eficiente de acesso à justiça, qual o papel da linguagem? Sob o prisma jurídico, qual meio de solução de disputas tende a ser mais acessível sob o prisma comunicacional? Como a mediação de conflitos se situa nesse cenário?

Estes questionamentos são importantes porque em todos os sistemas jurídicos busca-se habilitar cada pessoa a tutelar plenamente seus direitos. A linguagem jurídica, porém, nem sempre contribui para tal desiderato, já que seu viés técnico acaba contribuindo para que faltem informações e sobrem incompreensões quanto à existência de direitos e interesses relevantes.

## **2. Direitos humanos, cidadania e inclusão.**

No Brasil a temática dos direitos humanos é a um só tempo recente e urgente: é nova porque passou a integrar o universo cultural a partir de movimentos sociais que enfrentaram a ditadura militar buscando recuperar direitos civis e políticos; é urgente porque a desigualdade

---

<sup>1</sup> Como bem pondera Kazuo Watanabe, as formas diferenciadas de tratamento de conflitos de interesse devem ser pensadas e implementadas com a preocupação fundamental de adoção do meio mais adequado à finalidade de pacificação “e não com a preocupação fundamental de solucionar a crise da Justiça. Não é porque o Poder Judiciário está sobrecarregado que tentaremos descobrir formas de aliviar a carga.” (WATANABE, Kazuo. *Modalidade de mediação*. In: DELGADO, José. *et al.* Seminário mediação: Um projeto inovador. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003, p. 55).



social e econômica – infelizmente histórica – “serviu de resguardo para a formação de uma sociedade muito afeita a privilégios e carências”<sup>2</sup>.

Não há como negar que a efetivação dos direitos humanos constitui importante caminho para aproximar as pessoas de uma resposta satisfatória aos anseios que ostentam em prol de sua dignidade. A efetivação do acesso à justiça se mostra essencial para a materialização dos direitos humanos por possibilitar aos indivíduos a concretização de outros direitos<sup>3</sup>.

Como destacado, o Poder Judiciário brasileiro infelizmente não vem conseguindo atender tantas demandas – muitas, aliás, decorrentes da inação de outros Poderes estatais. Além da crise de eficiência de que padece, tal Poder ainda tem sido visto como incapaz de distribuir justiça com isonomia.<sup>4</sup>

Um aspecto que contribui para tal impressão é o distanciamento que o Poder Judiciário, marcado por intenso ritualismo, acaba revelando em relação aos indivíduos. Como bem destaca Oscar Chase, a decisão judicial “confirma ritualmente a posição diferenciada exercida por seu prolator<sup>5</sup>”.

---

<sup>2</sup> VIOLA, Solon Eduardo Annes; PIRES, Thiago Vieira. *O movimento de direitos humanos e a produção da democracia*. In: BRABO, Tânia Suely Antonelli Marcelino; DOS REIS, Martha. Educação, direitos humanos e exclusão social. Marília: Cultura Acadêmica, 2012, p. 27.

<sup>3</sup> BEDIN, Gilmar Antonio; SPENGLER, Fabiana Marion. *O direito de acesso à justiça como concretização dos direitos humanos: garantias no âmbito nacional e internacional*. In: SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antonio. (orgs.). Acesso à justiça, direitos humanos & mediação. Curitiba: Multideia, 2013, p. 108.

<sup>4</sup> Como bem destaca Maria Tereza Sadek, no Brasil “[...] a percepção popular sobre o Judiciário é notavelmente negativa, fundada no entendimento de que não existe igualdade, de que nossa Justiça é implacável com o ladrão de galinhas e com os pobres, mas morosa e tolerante com os poderosos” (SADEK, Maria Tereza. *Poder judiciário e democracia: Uma vista ao “o poder judiciário no regime democrático”*. In: BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; DE MELO, Claudineu. Direitos humanos, democracia e república: Homenagem a Fábio Konder Comparato. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 716).

<sup>5</sup> CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Tradução: ARENHART, Sergio; OSNA, Gustavo. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 169.



Tal situação é preocupante e enseja reflexões sobre a necessária inclusão social; afinal, “um cidadão que se vê obrigado a aceitar as razões da forma, e não a forma das razões de seu contendor, é um não cidadão.”<sup>6</sup>

Como bem lembra Vicente de Paula Barreto, é a cidadania que permite ao indivíduo sentir-se partícipe da sociedade, que deve mostrar preocupação ativa com sua sobrevivência digna:

Assim, verifica-se que a cidadania é uma relação de mão dupla: dirige-se da comunidade para o cidadão, e também do cidadão para a comunidade. Portanto, só se pode exigir de um cidadão que assuma responsabilidades quando a comunidade política tiver demonstrado claramente que o reconhece como membro, inclusive, através da garantia de seus direitos sociais básicos. O reconhecimento de integração na comunidade depende, deste modo, não apenas da garantia dos direitos civis e políticos, mas também da participação nos direitos sociais indispensáveis para ter uma vida digna.<sup>7</sup>

Como se percebe, a inclusão do outro é essencial para o desenvolvimento de novos pontos de vista e perspectivas na busca de soluções para os problemas existentes na realidade contemporânea.

Lembra Ada Grinover que a participação popular na administração da justiça constitui importante capítulo da democracia participativa, desdobrando-se o princípio participativo em dois momentos principais: 1. intervenção na hora da decisão; 2. controle do exercício do poder por seus representantes.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *Crise da norma jurídica e a reforma do judiciário*. In: FARIA, José Eduardo. (org.). Direitos humanos, direitos sociais e justiça. 1. ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 74.

<sup>7</sup> BARRETO, Vicente de Paulo. *Reflexões sobre os direitos sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 131.

<sup>8</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os fundamentos da justiça conciliativa*. Disponível em <http://wwwh.cnj.jus.br/portal/images/programas/movimento-pela->



Para a autora, tal participação popular “responde a exigências de legitimação democrática do exercício da jurisdição e instâncias prementes de educação cívica”, sendo forjada na informação, no conhecimento, na conscientização, no controle, na corresponsabilidade e na manifestação da participação direta de leigos na distribuição da justiça<sup>9</sup>.

A participação de leigos em atividades judiciárias é interessante porque aproxima o cidadão da gestão de conflitos e o habilita a participar com efetividade da distribuição de justiça. No Brasil, porém, algumas resistências são expostas em relação à atuação de tais sujeitos; como lembra José Reinaldo de Lima Lopes, a premissa de que eles não podem decidir encontra raízes históricas precisas e nada democráticas no direito brasileiro, sendo elas:

[...] fruto do despotismo esclarecido, pombalino, e do controle rígido da máquina arrecadadora colonial. Certo que a justiça profissional é também democrática, liberal e garantia do cidadão. No entanto, os regimes mais democrático-liberais, como os Estados Unidos e Inglaterra, jamais abriram mão da forte presença dos leigos no seu sistema judicial através dos júris e dos juizados de paz.<sup>10</sup>

Na adoção de mecanismos consensuais, a utilização de pessoas leigas tem se revelado importante não só para ampliar os limitados recursos humanos existentes no aparelho judiciário como também com vistas a preservar o julgador para exercer a nobre função decisória caso a tentativa de acordo reste infrutífera.

A inclusão social no modo de gerir o conflito e a promoção de sua pacificação são alcançadas quando os envolvidos têm chance de dar voz às suas percepções e promover a

---

conciliacao/arquivos/cnj\_%20portal\_artigo\_%20ada\_mediacao\_%20e\_%20conciliacao\_fundamentos1.pdf. Acesso em 10 de junho de 2014.

<sup>9</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *A conciliação extrajudicial no quadro participativo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 288.

<sup>10</sup> LOPES, José Reinaldo De Lima. *Crise da norma jurídica e a reforma do judiciário*. In: FARIA, José Eduardo. (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 75.





busca de seus interesses de forma clara e serena, em um ambiente favorável à facilitação do diálogo<sup>11</sup>.

Nas palavras de Andrei Korner, as concepções culturais são muito diferenciadas na sociedade; assim,

[...] é necessário adotar não apenas um modelo de conciliação que satisfaça as condições externas formais de um consenso, mas, também, uma forma para que as diferenças sociais e culturais possam ser levadas em consideração e diferentes padrões valorativos sejam incorporados no momento do consenso<sup>12</sup>.

Sob o prisma jurídico, mecanismos consensuais de solução de disputas tendem a ser mais acessíveis em termos de comunicação ao permitir que as partes possam retomar conversações de modo produtivo.

### 3. Mediação de conflitos para retomada da comunicação.

Desde os primórdios da civilização o acesso à justiça (enquanto possibilidade de composição justa do conflito) pôde ser concretizado pela atuação direta dos interessados ou pela mediação de um terceiro<sup>13</sup>.

Embora sua adoção venha sendo tratada como um novo paradigma na metodologia de composição de conflitos, a história revela a utilização da mediação, de forma constante e

---

<sup>11</sup> TARTUCE, Fernanda. *Técnicas de mediação*. In: DA SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves. (org.). *Mediação de conflitos*. v. 1. São Paulo: Atlas, 2013, p. 42.

<sup>12</sup> KOERNER, Andrei. *Juizados especiais e acesso à justiça*. Anais do Seminário sobre os Juizados Especiais Federais. Brasília: AJUFE, 2002, p. 28.

<sup>13</sup> MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. *A reinvenção da tradição do uso da mediação*, In: WALD, Arnaldo. (coord.). *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, n. 03, set./dez. 2004, p. 145.



variável, desde os tempos mais remotos, em diversas culturas (judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas e indígenas.)<sup>14</sup>

O resgate atual da autocomposição é compreensível: mecanismos tradicionais como a força, o poder e a autoridade vêm perdendo espaço no mundo contemporâneo, sendo crescente a consciência sobre a necessidade de obter o consentimento do outro como método construtivo e de resultados duradouros tanto em contratos como na solução de disputas.<sup>15</sup>

Compreende-se que o cerne do acesso à justiça não é possibilitar que todos possam ir à corte, mas sim que possam realizar a justiça no contexto em que se inserem, com a salvaguarda da igualdade efetiva entre os envolvidos.<sup>16</sup>

Atualmente vem sendo repensada a atitude automática de levar a juízo<sup>17</sup> toda e qualquer situação controvertida; é forçoso considerar, na atual conjuntura, a necessidade de romper o pensamento tradicional e considerar a nova ordem que contempla meios extraprocessuais de abordagem de conflitos. Para tanto, revela-se indispensável a mudança de pensamento e de sentimento de modo a alterar a forma de refletir sobre as demandas<sup>18</sup>.

Ao abordar o acesso à justiça no modelo tradicional, Humberto Dalla destaca que algumas vezes busca-se uma solução que acaba se resumindo a resolver apenas a crise jurídica,

---

<sup>14</sup> MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. *A reinvenção da tradição do uso da mediação*. In: WALD, Arnaldo. (coord.). *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, n. 03, set./dez. 2004, p. 142.

<sup>15</sup> GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação*. ADRS. Mediação, conciliação e arbitragem. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2004, p. 05.

<sup>16</sup> PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. *E a justiça aqui tão perto? – as transformações no acesso ao direito e à justiça*. Disponível em: <http://www.oa.pt/Uploads/%7B3CF0C3FA-D7EF-4CDE-B784-C2CACEE5DB48%7D.doc>. Acesso em 10 de junho de 2014.

<sup>17</sup> Como expõe Humberto Dalla, “[...] verdade que a composição justa dos conflitos vem se tornando cada vez mais complexa, pois além do crescente demandismo representado pelas lides individuais, cuja solução se resume a resolver a pendência na dicotomia vencedor-vencido, a crise na prestação jurisdicional se mostra mais evidente na solução dos megaconflitos que hoje se expandem pela sociedade massificada e competitiva, mostrando-se a solução adjudicada não raro, deficiente.” (Prefácio da obra *Acesso à justiça, direitos humanos & mediação*. SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antonio. (orgs.). *Acesso à justiça, direitos humanos & mediação*. Curitiba: Multideia, 2013, p. 10).

<sup>18</sup> WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. v. 1. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 31.



deixando em aberto crises de outra natureza; como estas não foram conjuntamente dirimidas, a tendência é que elas retornem em um momento futuro “porventura até recrudescidas.”<sup>19</sup>

Em interessante estudo financiado pela União Europeia constatou-se que o tempo perdido por não se buscar a mediação é estimado em uma média de 331 a 446 dias extras, com custos legais extras que variam de 12.471 euros para 13.738 euros por edição; não há como negar que dirimir litígios fora dos tribunais poupa recursos para os sistemas judiciais e pode reduzir os custos legais <sup>20</sup>.

Rapidez nas respostas e redução de custos<sup>21</sup> são dois fatores que certamente tornam a via consensual bem atraente.

Assim, sendo possível (e desejável) que as pessoas resolvam, em conjunto, o conflito, há de se operar a autocomposição, pela qual as partes entram em contato e ajustam entre si uma saída para o conflito com a colaboração de um facilitador do diálogo.

A mediação implica na atuação, junto às pessoas em conflito, de um terceiro imparcial capacitado tecnicamente para facilitar a comunicação de modo a propiciar que os envolvidos, a partir de uma compreensão ampliada dos meandros da situação controversa, possam engendrar respostas conjuntas sobre questões relevantes da controvérsia<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antonio. (orgs.). *Acesso à justiça, direitos humanos & mediação*. Curitiba: Multideia, 2013, p. 10.

<sup>20</sup> “Según un estudio financiado por la UE, el tiempo que se pierde al no recurrir a la mediación se calcula en un promedio de entre 331 y 446 días suplementarios en la UE, con costes jurídicos suplementarios que van de 12 471 EUR a 13 738 EUR por asunto. Solucionar los litigios fuera de los tribunales permite ahorrar recursos a los sistemas judiciales y puede reducir las costas judiciales” (MARTÍN, Nuria Belloso. *El acceso a la justicia como derecho fundamental: la mediación en la Unión Europea como instrumento de acceso a la justicia*. In: SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antonio. (orgs.). *Acesso à justiça, direitos humanos & mediação*. Curitiba: Multideia, 2013, p. 135).

<sup>21</sup> MARTÍN, Nuria Belloso. *El acceso a la justicia como derecho fundamental: la mediación en la Unión Europea como instrumento de acceso a la justicia*. In: SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antonio. (orgs.). *Acesso à justiça, direitos humanos & mediação*. Curitiba: Multideia, 2013, p. 136.

<sup>22</sup> TARTUCE, Fernanda. *Técnicas de mediação*. In: DA SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves. (org.). *Mediação de conflitos*. v. 1. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 42/57.



Nesse sentido, o papel do mediador é restabelecer canais mínimos de comunicação entre as partes<sup>23</sup> de modo a conduzir o debate produtivo entre elas e estimular a compreensão mútua pela apresentação de novos pontos de vista sobre a situação controvertida; tais percepções são extraídas da conversação instaurada podiam ser até então imperceptíveis por conta das falhas de comunicação inerentes ao estado conflituoso<sup>24</sup>.

A partir de tal perspectiva, a retomada da comunicação é vista como a finalidade maior da mediação: entende-se que ela é exitosa quando, por força da facilitação do diálogo, as pessoas podem retomar o diálogo de forma adequada<sup>25</sup>.

Constituem diretrizes essenciais na mediação a participação das partes, a colaboração criativa entre elas e o resultado “ganha-ganha”.<sup>26</sup>

O propósito da mediação é viabilizar o alcance da solução mais apropriada contando com a participação decisiva de todos os envolvidos na controvérsia na busca do resultado que satisfaça seus interesses, destacando-se que tal atuação conjunta poderá preservar seu relacionamento e proporcionar uma sensação de justiça.<sup>27</sup>

Como se percebe, as finalidades são audaciosas, nada havendo de fácil na tarefa do mediador; para bem cumprir sua missão, sobreleva a importância da adoção de técnicas apropriadas na condução dos meios consensuais<sup>28</sup>, dentre as quais se destaca a escuta ativa.

---

<sup>23</sup> CAPPELLETTI, Mauro. (org.), *Access to Justice*, v. II, livro 1, Milano: Sijthoff/Giuffrè, 1978, p. 60.

<sup>24</sup> CAPPELLETTI, Mauro. (org.), *Access to Justice*, v. II, livro 1, Milano: Sijthoff/Giuffrè, 1978, p. 97.

<sup>25</sup> SALES, Lilia Maia de Moraes. *Mediação de conflitos: família, escola e comunidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 35.

<sup>26</sup> KOVACH, Kimberlee; LOVE, Lela. *Mapping Mediation: The Risks of Riskin's Grid*. v. 71. Harvard Negotiation Law Review, 1998, p. 14.

<sup>27</sup> WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In: MORAES, Maurício Zanoide; YARSHELL, Flávio Luiz. (coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, pp. 684/690.

<sup>28</sup> TARTUCE, Fernanda. *Técnicas de mediação*. In: DA SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves. (org.). *Mediação de conflitos*. v. 1 São Paulo: Atlas, 2013, pp. 42/57.



#### 4. Fala e escuta ativa na mediação.

A ineficácia da comunicação, situação marcante em cenários conflituosos, pode se dar por diversos motivos, como ausência (ou até excesso) de informações, falta de concentração e abalo emocional dos envolvidos.

Como bem explana Helena Mandelbaum, facilitadores da comunicação têm “a responsabilidade de, no fluxo de suas falas e escutas, criar condições que possibilitem cenários colaborativos dentro da conciliação e da mediação.”<sup>29</sup>

Na mediação as partes são convidadas a falar para expor sua visão dos fatos e propor saídas para os impasses verificados; sobleva destacar a estratégia de combinar que cada um fale na primeira pessoa, buscando explicar como atuou e o que sentiu sem apontar a culpa para o outro<sup>30</sup>.

A “escuta ativa” configura uma importante técnica da mediação; por meio dela, busca-se valorizar o sentido do que é dito com vistas a compreender o que foi exposto pelo interlocutor.

Para Arménio Rego, a escuta ativa implica em ouvir uma mensagem, pressupondo interesse pela pessoa e pela comunicação com vistas à boa compreensão da mensagem; para o autor, ela é uma pedra de toque da eficácia comunicacional.<sup>31</sup>

Tal técnica é importante por permitir perceber que a pessoa é objeto de atenção, mostrando-se o interlocutor interessado em seus pensamentos e em suas opiniões; é também

---

<sup>29</sup> MANDELBAUM, Helena Gurfinkel. *Comunicação: teoria, axiomas e aspectos*. In: PRADO DE TOLEDO, Armando Sérgio; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira. (org.). *Estudos avançados de mediação e arbitragem*. v. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, pp. 45/68.

<sup>30</sup> TARTUCE, Fernanda. *Técnicas de mediação*. In: DA SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves. (org.). *Mediação de conflitos*. v. 1. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 42/57.

<sup>31</sup> REGO, Arménio; OLIVEIRA, Carlos Miguel; MARCELINO, Ana Regina; PINA E CUNHA, Miguel. *Couching para executivos*. 2 ed., Lisboa: Escolar Editora, 2007, p. 301.



conhecida como "reciprocidade", já que “as duas pessoas estão comprometidas no processo de ouvir ativamente e trocar informações.”<sup>32</sup>

Pela escuta ativa, o mediador não só ouve, mas considera atentamente as palavras ditas e as mensagens não expressas verbalmente (mas reveladas pelo comportamento de quem se comunica). A demonstração de muitos elementos relevantes pode ser depreendida a partir de sua postura, de sua expressão facial e mesmo do contato visual<sup>33</sup>. Como se percebe, a percepção do mediador supera a mera consideração das palavras, razão pela qual se costuma afirmar que “escutar é diferente de ouvir”.<sup>34</sup>

Falhas, contudo, podem fazer com que o “escutar” se torne “ouvir”, passando o mediador a pressupor, a selecionar, a ouvir apenas parte do conteúdo revelado. Por esta razão, é essencial que o mediador não se deixe envolver pela complexa experiência conflituosa das partes, que podem tentar manipulá-lo<sup>35</sup>. Nesse sentido,

Por meio da escuta ativa, o mediador assegura-se de que compreende o conteúdo global da comunicação e o significado de palavras e expressões empregadas pelo mediando, muitas vezes com terminologia e formas que não lhe são familiares. Ela permite identificar sarcasmos, ofensas veladas, críticas dissimuladas, metáforas e analogias eventualmente agressivas ou pouco lisonjeiras, que o mediador deve neutralizar; e confirma que uma parte compreendeu o conteúdo comunicado pela outra. Muitas vezes o mediando não manifesta que não entendeu uma mensagem (para ocultar sentimentos de inferioridade, porque não prestou suficiente atenção, ou simplesmente,

---

<sup>32</sup> MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ. *A escuta ativa e a mediação*. INFORME NMC - XLIII – 09 a 15 de abril, 2010, Ministério Público do Ceará. Disponível em [http://www.pgj.ce.gov.br/nespeciais/nucleomed/pdf/NMC\\_Informe\\_43.pdf](http://www.pgj.ce.gov.br/nespeciais/nucleomed/pdf/NMC_Informe_43.pdf). Acesso em 10 de junho de 2014.

<sup>33</sup> “A mediação valoriza o verbal e o não verbal, o sensorial, a postura corporal, o que acontece no nível energético das pessoas, e nada, em princípio, deve ser desprezado.” (BUITONI, Ademir. *A função da intuição na mediação*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10746> Acesso em 13 de junho de 2014).

<sup>34</sup> TARTUCE, Fernanda. *Técnicas de mediação*. In: DA SILVA. Luciana Aboim Machado Gonçalves. (org.). *Mediação de conflitos*. v. 1. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 42/57.

<sup>35</sup> TARTUCE, Fernanda. *Técnicas de mediação*. In: DA SILVA. Luciana Aboim Machado Gonçalves. (org.). *Mediação de conflitos*. v. 1. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 42/57.



por não tomar conhecimento dela); cabe ao mediador evitar que isso aconteça.<sup>36</sup>

A técnica da escuta ativa é muito utilizada por mediadores como ferramenta eficaz na abordagem de controvérsias.

A escolha das palavras se mostra vital para uma boa comunicação entre as pessoas; segundo estudiosos, a escuta ativa “[...] implica que prestemos atenção não só ao conteúdo da mensagem de cada uma das partes, mas também aos sentimentos e emoções nelas implicadas, aos índices não verbais e ao contexto em que a mensagem é proferida.”<sup>37</sup>

Muitas vezes, quando os mediandos tratam de temas delicados de ordem pessoal, a escuta se mostra fundamental para o bom andamento das interações, sendo importante demonstrar zeloso acolhimento na abordagem do que ali está sendo debatido.

Sobreleva destacar que, a partir da iniciativa de promover a fala e a escuta recíprocas entre os envolvidos na controvérsia, o mediador dá valor às ponderações das partes e as libera do “jugo hermético da linguagem jurídica”; com isso, aproximam-se os destinatários do serviço público essencial, alcançando o desiderato da justiça de forma mais transparente.<sup>38</sup>

## 5. Linguagem jurídica.

A linguagem, enquanto meio de comunicação de informações, é sempre um ponto fundamental a ser considerado, já que sua configuração se mostra essencial para a integral compreensão de conteúdos. Sua simplificação promove um contato mais fácil com o teor a ser comunicado e certamente facilita o diálogo.

<sup>36</sup> FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JÚNIOR, Marcos Júlio Olivé. *Mediação e solução de conflitos: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 62.

<sup>37</sup> FACHADA, Maria Odete. *Psicologia relações interpessoais*. Lisboa: Rumo, 1991, p. 323.

<sup>38</sup> NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 91.



Como bem lembra Helena Abdo, na comunicação a escolha de palavras que formam uma determinada linguagem tem fundamental importância<sup>39</sup>.

Caso uma pessoa se empenhe em conhecer seus direitos e deveres, compreenderá facilmente o teor previsto nas leis? Infelizmente a resposta tende a ser negativa porque o vocabulário jurídico é complexo, não sendo seus termos compreensíveis por qualquer pessoa. Para José Carlos Barbosa Moreira,

[...] em direito, como em tudo mais, formam-se palavras e expressões técnicas de feição capaz de assustar quem não haja feito estudos especializados. Que se pode esperar, por exemplo, quando se atiram a ouvidos inexpertos pedradas sonoras da força de “casamento putativo”, “mútuo feneratício” ou “embargos infringentes”?<sup>40</sup>

É inegável a especificidade da linguagem jurídica; os inúmeros termos técnicos e as expressões peculiares à área formam um léxico que tende a ser totalmente compreendido apenas no meio jurídico. Afinal, o Direito configura uma ciência refinada com vocabulário próprio e demanda apuro na utilização de seus termos<sup>41</sup>.

Obviamente a simplificação da linguagem jurídica configura instrumento fundamental para o acesso à Justiça.<sup>42</sup> Ao ponto, merece destaque a crítica de José Carlos Barbosa Moreira quanto a excessos cometidos por alguns operadores do direito, já que o preciosismo agrava o sentimento de distância em relação à Justiça que já marca normalmente o leigo por não conseguir se identificar com qualquer “dos atores de um espetáculo cujo sentido lhe escapa”<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> ABDO, Helena. *Mídia e processo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 149.

<sup>40</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A linguagem forense*. Disponível em <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAhp0Al/a-linguagem-forense>. Acesso em 14 de fevereiro de 2014.

<sup>41</sup> ABDO, Helena. *Mídia e processo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 149.

<sup>42</sup> GUIMARÃES, Luciana Helena Palermo de Almeida. *A simplificação da linguagem jurídica como instrumento fundamental de acesso à justiça*. In: *Publicatio Ciências Humanas, Linguística, Letras e Artes*. v. 20, n. 2. Universidade Estadual de Ponta Grossa: Editora UEPG, 2012, p. 174.

<sup>43</sup> “O abuso de palavras e expressões não portuguesas, ainda que corretas, denota um exibicionismo que só contribui para fortalecer a má reputação do linguajar judiciário. Para o estranho ao meio, a impressão quase inevitável é a de que lhe estão querendo sonegar o acesso à compreensão do que se passa - e não espanta que ele





Tem plena razão o jurista: o discurso floreado e empolado exclui do diálogo os interlocutores que não são versados na área e enseja natural desconfiança.<sup>44</sup>

No ambiente judiciário predominam expressões técnicas, não sendo raro que os litigantes se sintam alijados da comunicação entabulada entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público. Mesmo ao buscar informações nas serventias judiciais é comum que os cidadãos não consigam compreender o teor dos dados apresentados por conta do uso de expressões jurídicas ininteligíveis para os leigos.

É necessário mudar tal cenário e atuar com clareza na gestão dos conflitos, sendo de todo apropriadas as advertências de José Carlos Barbosa Moreira:

Seria mais prudente, na maioria dos casos, aderir aos modos corriqueiros de dizer; e sobretudo, na falta de melhor, buscar a clareza, que não é qualidade desprezível. Quem pleiteia deve lembrar-se, antes de mais nada, de que necessita fazer-se entender ao menos por quem vai decidir; quem decide, de que necessita fazer-se entender ao menos por quem pleiteou. Linguagem forense não precisa ser, não pode ser sinônimo de linguagem cifrada. Algum esforço para aumentar a inteligibilidade do que se escreve e se diz no foro decerto contribuiria para aumentar também a credibilidade dos mecanismos da Justiça. Já seria um passo aparentemente modesto, mas na realidade importante, no sentido de introduzir certa dose de harmonia no tormentoso universo da convivência humana<sup>45</sup>.

---

suspeite de querer-se ocultar por trás disso alguma inconfessável cavilação. O mesmo se dirá, aliás, do preciosismo que se compraz em exumar modos arcaicos de dizer, em esquadrihar dicionários à cata de vocábulos raros, em retorcer as frases num labirinto de circunlóquios.” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A linguagem forense*. Disponível em <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAhp0AI/a-linguagem-forense>. Acesso em 14 de fevereiro de 2014).

<sup>44</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A linguagem forense*. Disponível em <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAhp0AI/a-linguagem-forense>. Acesso em 14 de fevereiro de 2014.

<sup>45</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A linguagem forense*. Disponível em <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAhp0AI/a-linguagem-forense>. Acesso em 14 de fevereiro de 2014.



Na mediação, a partir da proposta de que o indivíduo em conflito tenha oportunidade de falar sobre a situação controvertida com liberdade e sem formalismo, à tendência é que o peso da linguagem jurídica tenha menor impacto.

## 6. Superação de problemas da linguagem jurídica na mediação.

Nos meios consensuais, a linguagem pode ser vista como a matéria prima do terceiro facilitador, pois é por ela que se pode estabelecer com o outro um domínio consensual de significados comuns.<sup>46</sup>

A retirada do rigor e do formalismo comuns à atuação junto ao Poder Judiciário permite a participação mais ativa na busca por um denominador comum nos interesses em disputa. A disseminação de ideias e pensamentos de forma simples se mostra um relevante mecanismo para possibilitar um diálogo eficiente.

Logo na carta convite para que o contendor compareça à sessão de mediação costuma-se evitar o uso da linguagem jurídica tradicional: são utilizados termos facilmente compreensíveis para que o convidado saiba rapidamente o que se propõe, de modo que termos impositivos como “citação” e “intimação” são evitados<sup>47</sup>.

Sendo aceito o convite e estando os contendores à mesa prontos para o início do procedimento, o papel do mediador será fundamental para suprir falhas de comunicação e gerar um bom aproveitamento do diálogo estabelecido entre os envolvidos<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> MANDELBAUM, Helena Gurfinkel. *Comunicação: teoria, axiomas e aspectos*. In: PRADO DE TOLEDO, Armando Sérgio; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira. (org.). *Estudos avançados de mediação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 53.

<sup>47</sup> PEREIRA JUNIOR, Ricardo. *Os centros judiciários de solução de conflitos e cidadania*. In: PRADO DE TOLEDO, Armando Sérgio; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira. (org.). *Estudos avançados de mediação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 36.

<sup>48</sup> MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. *A reinvenção da tradição do uso da mediação*. In: WALD, Arnaldo. (coord.). *Revista de arbitragem e mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, n. 03, set./dez. 2004, p. 146.



Para cumprir sua missão enquanto facilitador de uma conversação salutar é essencial que o mediador promova uma comunicação clara, empática, apreciativa, inclusiva e respeitosa.<sup>49</sup>

Nas etapas iniciais do procedimento de mediação cada pessoa é chamada a expor sua visão sobre os fatos controvertidos de modo tanto o mediador quanto o contendor possam compreender sua percepção sobre o ocorrido.

Simplificar a linguagem é uma via propícia ao bom andamento da mediação por equalizar a comunicação e viabilizar que seus participantes atinjam máxima compreensão sem gerar percepções distorcidas ou desequilibradas.

Como a mediação busca a retomada do diálogo eficiente, não faz sentido que uma parte tenha maiores oportunidades de se comunicar do que outra. Na mediação, as partes têm igual chance de se manifestar, já que todas estão ali para buscar conjuntamente meios de superar a situação controvertida.

Ao abordar a mediação comunitária, aponta Fabiana Marion Splenger que sua função é reabrir os canais de comunicação interrompidos e reconstruir laços destruídos; nesse contexto, seu mais relevante desafio “é aceitar a diferença e a diversidade, o dissenso e a desordem por eles gerados. Sua principal ambição não consiste em propor novos valores, mas em restabelecer a comunicação entre aqueles que cada um traz consigo.”<sup>50</sup>

Uma técnica interessante é que o mediador use o modo afirmativo para checar a compreensão de certas afirmações e seguir evoluindo na comunicação; ao parafrasear e

---

<sup>49</sup> MANDELBAUM, Helena Gurfinkel. *Comunicação: teoria, axiomas e aspectos*. In: PRADO DE TOLEDO, Armando Sérgio; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira. (org.). Estudos avançados de mediação e arbitragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 66.

<sup>50</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. *A mediação comunitária enquanto política pública eficaz no tratamento dos conflitos*. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (orgs.). Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos. Tomo 11. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011, p. 176.



resumir o que foi dito, o mediador permite que o interlocutor possa ouvir-se e perceber de forma clara o que expressou.<sup>51</sup>

Como bem destaca Mirian Blanco Muniz, esta ferramenta tende a levar o mediando a conscientizar-se, “uma vez que lhe é oferecida a oportunidade de ouvir-se na fala do mediador.”<sup>52</sup>

Quando devidamente realizada, a mediação tem se revelado um meio útil na abordagem de conflitos por possibilitar maior interação entre as partes e viabilizar que elas cheguem à resposta mais viável para a situação apresentada.

Para Helena Mandelbaum, a linguagem gera possibilidades:

“[...] estas residem nas interpretações que fazemos do que acontece e, conseqüentemente, são geradas nas conversações com os outros e conosco mesmos. Com a criação de possibilidades, construímos um futuro diferente, que é o resultado do que acontece ou não acontece no presente.”<sup>53</sup>

Por fim, vale destacar que, caso a mediação resulte em um acordo, seu teor deve ser exposto em linguagem clara e objetiva para que os signatários possam, independentemente de seu grau de escolaridade ou de condição sócio econômica, compreendê-lo integralmente.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> TARTUCE, Fernanda. *Técnicas de mediação*. In: DA SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves. (org.). *Mediação de conflitos*. v. 1. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 42/57.

<sup>52</sup> MUNIZ, Mirian Blanco. *Mediação: técnicas e ferramentas*. In: PRADO DE TOLEDO, Armando Sérgio; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira. (org.). *Estudos avançados de mediação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 226.

<sup>53</sup> MANDELBAUM, Helena Gurfinkel. *Comunicação: teoria, axiomas e aspectos*. In: PRADO DE TOLEDO, Armando Sérgio; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira. (org.). *Estudos avançados de mediação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, pp. 53/54.

<sup>54</sup> RIBAS, Claudio Aparecido. *Etapas da conciliação*. In: PRADO DE TOLEDO, Armando Sérgio; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira. (org.). *Estudos avançados de mediação e arbitragem*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 129.



## 7. Considerações finais

Quando se cogita de um eficiente sistema de acesso à justiça, a linguagem desempenha um papel essencial para efetivar direitos humanos e gerar concreta inclusão social; afinal, é preciso que o indivíduo não só conheça e compreenda seus direitos, como também que possa se comunicar de modo eficiente.

Sob o prisma jurídico, a mediação configura um mecanismo de solução de disputas acessível sob o aspecto comunicacional por viabilizar participação ativa dos envolvidos e interação direta entre eles com a qualificada intervenção de um terceiro imparcial.

A linguagem jurídica pode ensejar falta de compreensão e piorar o distanciamento entre as pessoas por dificultar sua comunicação de modo claro e eficiente; é essencial superar tal óbice, sendo de todo recomendável a adoção de meios de abordagem de disputas que liberem as pessoas do jugo hermético dos termos técnicos.

A mediação pode contribuir decisivamente para a efetiva participação social na gestão de conflitos ao envolver atividades de fala, escuta e considerações recíprocas que buscam superar formalismos e gerar diálogos produtivos entre os envolvidos, viabilizando-lhes o pleno entendimento e o amplo atendimento de seus interesses.

## 8. Referências bibliográficas.

ABDO, Helena. *Mídia e processo*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARRETO, Vicente de Paula. *Reflexões sobre os direitos sociais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 107/134.

BITONI, Ademir. *A função da intuição na mediação*. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10746>. Acesso em 13 de junho de 2014.



CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*. Tradução: ARENHART, Sergio; OSNA, Gustavo. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro. (org.), *Access to Justice*, v. II, livro 1, Milano: Sijthoff/Giuffrè, 1978.

FACHADA, Maria Odete. *Psicologia relações interpessoais*. Lisboa: Rumo, 1991.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JÚNIOR, Marcos Júlio Olivé. *Mediação e solução de conflitos: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2008.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação*. ADRS. Mediação, conciliação e arbitragem. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *A conciliação extrajudicial no quadro participativo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pp. 277/295.

\_\_\_\_\_. *Os fundamentos da justiça conciliativa*. Disponível em [http://wwwh.cnj.jus.br/portal/images/programas/movimento-pela-conciliacao/arquivos/cnj\\_%20portal\\_artigo\\_%20ada\\_mediacao\\_%20e\\_%20conciliacao\\_fundamentos1.pdf](http://wwwh.cnj.jus.br/portal/images/programas/movimento-pela-conciliacao/arquivos/cnj_%20portal_artigo_%20ada_mediacao_%20e_%20conciliacao_fundamentos1.pdf). Acesso em 10 de junho de 2014.

GUIMARÃES, Luciana Helena Palermo de Almeida. *A simplificação da linguagem jurídica como instrumento fundamental de acesso à justiça*. In: *Publicatio Ciências Humanas, Linguística, Letras e Artes*. v. 20, n. 2. Universidade Estadual de Ponta Grossa: Editora UEPG, 2012, pp. 173/184.

KOERNER, Andrei. *Juizados especiais e acesso à justiça*. Anais do Seminário sobre os Juizados Especiais Federais. Brasília: AJUFE, 2002, pp. 28/31.

KOVACH, Kimberlee; LOVE, Lela. *Mapping Mediation: The Risks of Riskin's Grid*. v. 71. *Harvard Negotiation Law Review*, 1998, pp. 01/29.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Crise da norma jurídica e a reforma do judiciário*. In: FARIA, José Eduardo. (org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. 1. ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 1994, pp. 68/93.

LUCAS, Douglas Cesar; BEDIN, Gilmar Antonio. *Desafios da jurisdição na sociedade global: Apontamentos sobre um novo cenário para o direito e o papel dos direitos humanos*. In:



SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antonio. (orgs.). Acesso à justiça, direitos humanos & mediação. Curitiba: Multideia, 2013, pp. 45/64.

MARTÍN, Nuria Belloso. *El acceso a la justicia como derecho fundamental: la mediación la Unión Europea como instrumento de acceso a la justicia*. In: SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antonio. (orgs.). Acesso à justiça, direitos humanos & mediação. Curitiba: Multideia, 2013, pp.111/166.

MANDELBAUM, Helena Gurfinkel. *Comunicação: teoria, axiomas e aspectos*. In: PRADO DE TOLEDO, Armando Sérgio; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira. (org.). Estudos avançados de mediação e arbitragem. v. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, pp. 45/68.

MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. *A reinvenção da tradição do uso da mediação*. In: WALD, Arnaldo. (coord.). Revista de arbitragem e mediação. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, n. 03, set./dez. 2004, pp. 142/153.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO CEARÁ. *A escuta ativa e a mediação*. INFORME NMC - XLIII – 09 a 15 de abril, 2010, Disponível em [http://www.pgj.ce.gov.br/nespeciais/nucleomed/pdf/NMC\\_Informe\\_43.pdf](http://www.pgj.ce.gov.br/nespeciais/nucleomed/pdf/NMC_Informe_43.pdf) . Acesso em 10 de junho de 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A linguagem forense*. Disponível em <http://www.ebah.com.br/content/ABAAAhp0AI/a-linguagem-forense>. Acesso em 14 de fevereiro de 2014.

MUNIZ, Mirian Blanco. *Mediação: técnicas e ferramentas*. In: PRADO DE TOLEDO, Armando Sérgio; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira. (org.). Estudos avançados de mediação e arbitragem. v. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, pp. 219/244.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PEREIRA JUNIOR, Ricardo. *Os centros judiciários de solução de conflitos e cidadania*. In: PRADO DE TOLEDO, Armando Sérgio; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira. (org.). Estudos avançados de mediação e arbitragem. v. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, pp. 23/44.

PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. *E a justiça aqui tão perto? – as transformações no acesso ao direito e à justiça*. Disponível em:



<http://www.oa.pt/Uploads/%7B3CF0C3FA-D7EF-4CDE-B784-C2CACEE5DB48%7D.doc>. Acesso em 10 de junho de 2014.

REGO, Arménio; OLIVEIRA, Carlos Miguel; MARCELINO, Ana Regina; PINA E CUNHA, Miguel. *Couching para executivos*. 2 ed. Lisboa: Escolar Editora, 2007.

RIBAS, Claudio Aparecido. *Etapas da conciliação*. In: PRADO DE TOLEDO, Armando Sérgio; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira. (org.). *Estudos avançados de mediação e arbitragem*. v. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, pp. 107/136.

ROTH, André-Noël. *O direito em crise: o fim do Estado moderno?* In: FARIA José Eduardo. (org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. São Paulo: Malheiros, 1996, pp. 15/27.

SADEK, Maria Tereza. *Poder judiciário e democracia: Uma vista ao “o poder judiciário no regime democrático”* In: BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; DE MELO, Claudineu. *Direitos humanos, democracia e república: Homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 713/723.

SALES, Lilia Maia de Moraes. *Mediação de conflitos: família, escola e comunidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antonio. (orgs.). *Acesso à justiça, direitos humanos & mediação*. Curitiba: Multideia, 2013.

SPENGLER, Fabiana Marion. *A mediação comunitária enquanto política pública eficaz no tratamento dos conflitos*. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 11. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011, pp. 174/193.

TARTUCE, Fernanda. *Técnicas de mediação*. In: DA SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves. (org.). *Mediação de conflitos*. v. 1. São Paulo: Atlas, 2013, p. 42-57.

VIOLA, Solon Eduardo Annes; PIRES, Thiago Vieira. *O movimento de direitos humanos e a produção da democracia*. In: BRABO, Tânia Suely Antonelli Marcelino; DOS REIS, Martha. *Educação, direitos humanos e exclusão social*. Marília: Cultura Acadêmica, 2012. , pp. 23/36.





WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In: MORAES, Maurício Zanoide; YARSHELL, Flávio Luiz. (coords.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005. , p. 684/690.

WATANABE, Kazuo. *Modalidade de mediação*. In: DELGADO, José *et al.* Seminário mediação: Um projeto inovador. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003. , pp. 42/50.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001.



## **Brazilian new civil procedure code strengthens cooperation between state courts and arbitral tribunals**

***Deborah Alcici Salomão***

Master of Laws (LL.M.) from the Philipps-University of Marburg, Germany. Ph.D. candidate at the Justus-Liebig University in Gießen, Germany.

**Abstract:** Brazil is in the eminence of having a new civil procedure code. Considering this context, the present article wants to demonstrate the interaction between this new code and arbitration. Since the code only rules over court proceedings, the focus lays on how it influences the cooperation between the state courts and the arbitral tribunals. The new code explicitly confirms the jurisdiction of arbitral tribunals and gives it a new communication tool for arbitrators to request courts in Brazil to execute arbitral orders. In particular, these two innovations shows how the new procedure code strengthens a collaborative relationship between courts and arbitral tribunals in the country.

**Key Words:** Arbitration, Brazil, Arbitral Letter, Carta Arbitral, judicial assistance, arbitral jurisdiction

### **1. Introduction**

Brazil has newly approved a New Civil Procedure Code (hereinafter NCPC). The impact of the NCPC on arbitration is of utmost importance to the institute in the country. Differently from



the German model, where arbitration is ruled in one chapter of the code of civil procedure,<sup>1</sup> Brazil has an Arbitration Law separately from the Civil Procedure Code. That means that the Arbitration Law exclusively rules the proceedings in front of arbitrators and arbitral tribunals and the Civil Procedure Code rules solely over court proceedings. Although these are different and separate proceedings, there are many interfaces between them. Courts cooperate with arbitral tribunals for instance when a party to an arbitral proceeding seeks for interim measures in State courts, or when the party requests the courts to oblige the other party to nominate an arbitrator, or even when courts enforce or set aside the arbitral award. Consequently, changes in the Civil Procedure Code may also affect arbitration, by changing the relationship between courts and arbitral tribunals and the way courts should perform this cooperation. Therefore, it is important to analyze in this paper some of the effects that the NCPC may have on the Brazilian arbitration.

Amongst other important changes brought by the project of the NCPC, two stand out in the field of arbitration. Firstly, Art. 3, §1<sup>o</sup> NCPC, expressly recognizes the jurisdiction of arbitral tribunals. Secondly, Art. 69, §1<sup>o</sup> and Art. 237, IV NCPC introduce the Arbitral Letter (*Carta Arbitral*) as a communication tool between arbitrators and courts. Both these articles support a collaborative relationship between courts and arbitral tribunals.

Hereinafter, I will first shortly introduce the legislative process of enacting the NCPC. Then, I will discourse about the cooperation between courts and arbitral tribunals presenting the two aforementioned important changes, where the NCPC not only interacts with arbitration, but strengthens it.

## 2. The NCPC legislative process

A commission of jurists engaged by the Senate drafted the NCPC project (Law-Project no.

---

<sup>1</sup> The Arbitration Law is ruled in the 10<sup>th</sup> Book of the German Code of Civil Procedure (10. Buch der Zivilprozessordnung). Karl-Heinz Böckstiegel, Stefan Michael Kröll & Patricia Nacimiento, *Arbitration in Germany: THE MODEL LAW IN PRACTICE* (Kluwer Law International 2007), para General Overview, para. 11.



8046/2010)<sup>2</sup>. Many reasons encouraged the Brazilian legislative to suggest a new Civil Procedure Code. The development of proceedings and dispute resolution methods in the country count as motives. For instance, many petitions nowadays are protocolled electronically. The use of ADR methods in the country raises. The kind of disputes that come to the courts changes in line with the society profile's modifications. To catch up with all these changes a New Civil Procedure Code had to come in. Moreover, the current Civil Procedure Code (hereinafter CPC) was enacted in 1973.<sup>3</sup>

In these more than 40 years of duty, the CPC has faced many small reforms to catch up with the society's development.<sup>4</sup> With so many pieces that did not actually connect to the original idea of the CPC, the Law ended up as a patchwork and was mischaracterized as a whole. Hence, Brazilian jurists recommended the proposal of a new CPC in order to bring singularity and freshness back to the procedure law.

The NCPD has now made its way through both legislative houses<sup>5</sup> to enter into force in Brazil. On 26 March 2014 the special commission that discusses the law-project in the chamber of deputies approved the Senate's law project and only made small amendments to it. According to the rapporteur of the commission, Mr. Paulo Teixeira, the amendments do not interfere with the content of the original NCPD project.<sup>6</sup> After that, the project must go for voting in the Senate. The rapporteur of the project in the Senate, Senator Vital do Rêgo, has promised to bring the issue to plenum as soon as elections were over in the end of October 2014.<sup>7</sup> Pursuant to that, in the end of 2014 the law-project was sent to the Senate, which approved the base text of the NCPD on 16<sup>th</sup> December 2014 and also approved the changes

---

<sup>2</sup>Senado Federal - José Sarney - PMDB/AP, Projeto de Lei 8046/2010, <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267> (accessed 11 Feb. 2015).

<sup>3</sup> *Código de Processo Civil, Lei 5.869 - 11 janeiro 1973*, [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm) (accessed 11 Feb. 2015).

<sup>4</sup> Bretas de Carvalho Dias, Ronaldo & Luciana Diniz Nepomuceno, *Processo Civil reformado* (Del Rey 2007), p. 221. Duarte Neto, Bento Herculano, dos Santos Lucon, Paulo Henrique & Sérgio Torres Teixeira, *Teoria geral do processo* (5th ed., IESDE Brasil 2012), p. 21.

<sup>5</sup> Brazil has a bi-cameral legislative power composed by the chamber of deputies and the senate.

<sup>6</sup> Migalhas, *Redação final do novo CPC está pronta*, <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI197872,91041-Redacao+final+do+novo+CPC+esta+pronta> (accessed 11 Feb. 2015).

<sup>7</sup> Pedro Canário, *Senado deve votar reforma do CPC depois das eleições*, <http://www.conjur.com.br/2014-set-03/senado-votar-cpc-depois-eleicoes-paulo-teixeira> (accessed 30 Oct. 2014).



made by the deputy's chamber on the following day. After that, the president sanctioned the NCPC on 16<sup>th</sup> March 2015. On 17<sup>th</sup> March 2015 the NCPC went from being a project to becoming the Law No. 13.105. It will have a *vacatio legis* of one year. The NCPC will completely revoke the Law 5.869 from 1973, the Civil Procedure Code currently in force.

### 3. Arbitral Jurisdiction in Brazil

The Jurisdiction of arbitral tribunals in Brazil has not always been uncontested. Although arbitration is a well-recognized dispute resolution method worldwide and since long experiencing a growing significance in Brazil, in the past, many discussions wanted to discredit arbitration in Latin America attributing resistance of domestic courts to recognize the jurisdiction of arbitral tribunals.<sup>8</sup> This is considered an inheritance of the Calvo Doctrine<sup>9</sup> adopted by many Latin American States in the past to regulate disputes regarding foreign investments. Although the doctrine can be considered as a protection for the developing countries against the excessive interference of more powerful countries, it harmed the arbitration's reputation in Brazil, since foreign investors could not arbitrate their disputes, but had to subject them to national courts. Those foreigners who had to solve investment matters in the national courts regarded them to be favorable to the national companies. This harmed the reputation of arbitration in Latin America, including Brazil. For a long time these countries were not considered as friendly towards arbitration.

---

<sup>8</sup> Clint A. Corrie, *Comparative Law Yearbook of International Business*, 113 and 114 (2013). Henri. Alvarez, *Recent Developments in International Commercial Arbitration in Latin America*.

<sup>9</sup> Calvo Carlos, *El Derecho Internacional Teórico y Práctico de Europa y América* (1868). Calvo was a scholar from Argentina. His doctrine wanted to protect weaker countries from prejudicial interference of powerful countries. Therefore, he supported that aliens who made investments in a certain country were supposed to be subject to the jurisdiction of the country where the investment was made, in case any disputes arose, consequently protecting the sovereignty of that country. Many Latin American countries adopted this doctrine. Foreign investors who had to solve investment matters in the national courts regarded them to be favorable to the national companies. This harmed the arbitration's reputation in Brazil and Latin America. For a long time these countries were not considered as friendly towards arbitration.



In contrast with this past situation, since the late 80's Brazil has been experiencing a fast economical growth,<sup>10</sup> what increased the need for an arbitration friendly environment. Consequently, it has become a signatory country of various important conventions for the international trade scenario and for arbitration, like the Panama Convention (1995),<sup>11</sup> the New York Convention (2002),<sup>12</sup> the Mercosur Olivos Protocol for the Settlement of Disputes (2003) and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (2014).<sup>13</sup> Most importantly, it has enacted its Arbitration Law no. 9.307 in 1996, demonstrating its favorable position towards arbitration.

Additionally, in 2001 the Brazilian Supreme Court has finally overcome an important challenge to arbitral jurisdiction. Arbitration opponents have doubted the constitutionality of arbitral decisions under the fundament that it goes against the State's guarantee that the law will not exclude any injury or threat to a right from the judiciary's jurisdiction, present in Art. 5, XXXV of the Brazilian Constitution. The Brazilian Supreme Court had the opportunity to deal with this argument in a constitutional complaint brought to it in 1997. In its decision in 2001, the court reaffirmed the constitutionality of arbitration recognizing the legitimacy of the arbitration clause based on the principle of party autonomy.<sup>14</sup>

Now, the NCPC, reinforces the reasoning of the Supreme Court's decision about the jurisdiction of arbitral tribunals, eliminating any possibly remaining doubts as to the legitimacy of arbitral decisions for the Brazilian Judiciary. The NCPC in its Art. 3 *caput* clearly states that no threat or harm to a right can be excluded from judicial appreciation, unless the dispute has been voluntarily submitted to arbitration in the terms of the arbitration law. The *caput* of Art. 3 NCPC mirrors the phrasing of the fundamental right to go to courts, expressed in the Brazilian

---

<sup>10</sup> Brazil has achieved the 7th position in the biggest world economies ranking in 2013. *The first six countries in the ranking are successively: the USA, China, Japan, Germany, France and the United Kingdom. International Monetary Fund, World Economic Database Report, April 2013, www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2013/01/index.htm (accessed 18 Jun. 2013).* As a member of the BRICS, the country consolidates its relevance in the global scenario and calls the attention of many investors around the globe.

<sup>11</sup> The Inter-American Convention on International Commercial Arbitration of 16 June 1976.

<sup>12</sup> United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 10 June 1958.

<sup>13</sup> United Nations Convention on the Contracts for the International Sale of Goods of 11 April 1980.

<sup>14</sup> Supremo Tribunal Federal SE 5206 (STF - Supremo Tribunal Federal 2001), STF - Supremo Tribunal Federal, SE 5206.



Constitution in Art. 5, XXXV, which was used as fundament to the constitutional complaint. The exception made for arbitration in the first paragraph of this article is an active recognition of the equivalence of jurisdiction from arbitral tribunals and courts. The NCPC recognizes that the right to go to courts is not harmed by arbitration, on the contrary, the right go to courts essentially expresses the right to have jurisdiction in the etymological sence: *juris* meaning right or law and *dictio* meaning to say. Consequently, the right to jurisdiction expresses the fundamental right to have someone decide what is right in a dispute, someone to “say the right”. In this regard, the NCPC identifies that not only State courts can “say the right” but arbitral tribunals that comply with the due process of law are a legitimate alternative to satisfy the right to have jurisdiction, if the parties so wish.

In conclusion, the NCPC strengthens the arbitral jurisdiction, leaving no space for doubts as to the legitimacy of arbitration in Brazil.

#### **4. The new scenario of cooperation between courts and arbitral tribunals with the NCPC**

When parties choose arbitration as their dispute resolution method, they are thereby excluding the matter from the competence of the courts.<sup>15</sup> An arbitration agreement or clause expresses the will of the parties not to submit their dispute to the judiciary. However, although courts will not have the decision power over the dispute, there are many contact points between arbitration and court proceedings. Courts maintain a helping function and even a control function over the arbitration proceedings. The control function relates to the objectives of the State as carrier of the order and jurisdiction. Hence, the State verifies if a certain arbitration proceeding complied with the due process of law, *ordre public* and other principles of public interest, for instance in the setting aside and enforcement proceedings.

On the other hand, the helping function evidences a cooperation between courts and arbitral tribunals. This cooperation is of utmost importance for the efficiency of arbitration,

---

<sup>15</sup> Art. 485, VII NCPC states that the judge should extinguish the court proceedings without any resolution on the merits, if there is a valid arbitration agreement ruling over the case.



because the arbitrator lacks two of the five elements of the jurisdiction: the *coertio* and the *executio* powers, without which jurisdiction could not be effective.<sup>16</sup> Therefore, the State courts play the helping function, cooperating with the arbitral tribunal to supply them with the necessary assistance when the two elements above are needed. According to the Brazilian Arbitration Law, the courts may help in case one of the parties refuse to arbitrate<sup>17</sup>, by nominating the arbitrators to avoid tactic delays from one part<sup>18</sup> and especially by issuing interim measures, even before the tribunal is composed.<sup>19</sup>

Additionally, the court cooperates with the arbitral tribunal by enforcing the arbitral award. Without the courts' enforcement power the award would be of no avail. Although in most of the proceedings awards are complied with voluntarily by the parties<sup>20</sup>, the mere fact that it could be enforced if needed, gives it legitimacy and strength.

Hence, the cooperation between courts and arbitral tribunal plays a significant role in the effectiveness of arbitration and supplies the arbitral proceedings with the necessary coercion and enforcement powers.

Considering the aforementioned importance of cooperation between the judiciary and arbitral tribunals and the increasing use of ADR in Brazil, the NCPC brought up a new communication tool for arbitrators and courts. Thereby, it did not forget to pay due concern to the confidentiality aspect of court proceedings initiated because of arbitration. The sub-points below will give further information on these topics.

#### **4.1 The Arbitral Letter and an analogy to Judicial Assistance**

The NCPC brings a great innovation. It creates a tool to facilitate a certain kind of judicial

---

<sup>16</sup> The other three elements of jurisdiction are *notion*, *vocatio* and *iudicium*.

<sup>17</sup> Art. 7 Brazilian Arbitration Law.

<sup>18</sup> Art. 13, §2 Brazilian Arbitration Law.

<sup>19</sup> Art. 22 Brazilian Arbitration Law.

<sup>20</sup> Michael Dunmore, Chapter III: The Award and the Courts, Enforcement of Awards Set Aside in their Jurisdiction of Origin, in Klausegger, Christian, Klein, Peter (ed), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2014* (: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung 2014), 285–315 at p. 285.





assistance between the arbitral tribunal and the Brazilian courts.

In court proceedings, judicial assistance takes place in case the taking of evidence or service of process must be done outside the territorial competence of the originally competent court. For instance, if it is necessary to hear a witness in another State, the originally competent court will then formally ask the court competent in the place of residence of that witness to take this evidence and then send the findings to the court to compose to the original process. This is only possible because the States sign a treaty setting their will to perform judicial cooperation and in general, confirm reciprocity. The treaties normally state how this communication between the two courts will occur. Typically, the mean of communication between these two courts is the Letter Rogatory.<sup>21</sup> Letter Rogatory is the name of the formal request that a court send to another court to perform judicial assistance.

Taking the example of the Letter Rogatory, the Brazilian lawmaker proposed the use of an Arbitral Letter (*Carta Arbitral*) in the law-project of the NCP. The Arbitral Letter will, like the Letter Rogatory, be the mean of communication between the Arbitral Tribunal or the sole arbitrator and the courts. Therewith, the cooperation between courts and arbitral tribunal is fortified and facilitated.

The Arbitral Letter fills a gap between the Civil Procedure Code and the Arbitration Law of Brazil. Art. 22, §§2 and 4 of the Brazilian Arbitration Law allows the arbitrator or the arbitral tribunal to request the court, that would originally be competent to decide the dispute, to issue or enforce interim measures or to take evidence. However, neither the Arbitration Law nor the Civil Procedure Code specifically regulates how this request could be made.

The Arbitral Letter is not new in the sense of enabling the cooperation between courts and arbitration. Courts have been issuing the measures requested by arbitrators, pursuant to Art. 22 of the Brazilian Arbitration Law, already before the introduction of the Arbitral Letter. Yet, this tool facilitates the proceedings by giving it the formal frames it needs to be processed in the courts. Now the court's administration knows how to name the request coming from the

---

<sup>21</sup> In Brazil the Letter Rogatory is used solely for communication between courts from different countries. The mean of communication used between two Inland courts is the Letter Precatory.



arbitral authority and how to protocol it and distribute it to the competent judge inside the judiciary. Additionally, the NCPC in Art. 260, §3<sup>o</sup> NCPC, requires that a copy of the arbitration agreement and a proof of the nomination of the arbitrators must accompany the Arbitral Letter, thus the courts can directly check the competence of the requesting authority under that dispute.

On the other hand, Art. 267 presents three reasons for the refusal of the Arbitral Letter. Pursuant to subsection (i), the judge may decline to comply with the Letter if it lacks the legal requirements, meaning formal defects. Subsection (ii) authorizes refusal if the judge is not competent to comply with the Letter, in which case he/she can forward it to the competent judge. Finally, the Arbitral Letter can be refused if there are doubts as to its authenticity, according to subsection (iii).

Although the collaboration between courts and arbitral tribunals is widely recognized and alive in Brazil, the literature does not identify it as a judicial assistance in its specific sense, but only in a broad sense of cooperation or intersection.<sup>22</sup> This probably originates from the previous lack of formality of the collaboration and the lack of its mention in the civil procedure code. Now, with the new step made by the Brazilian Lawmaker, one could sustain that a certain type of judicial assistance in specific sense will indeed occur in Brazil as soon as the Arbitral Letter starts being used. This is because the procedure code itself introduced a communication tool extremely comparable to that used in cooperation between courts. The fact that the Arbitral Letter figures beside the Letter Precatory in Art. 69, §1<sup>o</sup> and that this provision explicitly verses about jurisdictional cooperation may reinforce this theory.

#### **4.2 Confidentiality in the courts assisting arbitral proceedings**

While framing the cooperation of courts to arbitration, the lawmaker did not ignore the important feature of confidentiality in arbitration. Although the principle of publicity rules all acts of the judiciary, with few exceptions, according to Art. 189, IV NCPC, the process arisen out

---

<sup>22</sup> Karl Heinz Schwab & Gerhard Walter, *Schiedsgerichtsbarkeit* (7th ed., C. H. Beck 2005), para. 46.



of the Arbitral Letter will be confidential, as long as it remains demonstrated that the arbitral proceedings themselves are confidential<sup>23</sup>. Therefore, it is important to file, together with the Arbitral Letter, a copy of the confidentiality clause stipulated by the parties in their arbitration agreement or of the article of the arbitration rules applicable to the certain arbitration, which imposes on the parties, arbitrators and institution the duty of confidentiality.

## 5. Conclusion

In conclusion, the will of the lawmaker to strengthen arbitration and give the arbitral tribunal effective means to search for court cooperation is evident in the NCPC. The confirmation of the jurisdiction of duly empowered arbitral tribunals in the law itself marks an express recognition of the legitimacy of arbitration in Brazil. Further, the Arbitral Letter will probably be an effective mean of communication between the arbitral authorities and the courts. By giving the arbitrators a formal tool to make specific requests to courts during the arbitral proceedings, Brazil innovates framing the way assistance should be required between these two jurisdictional bodies.

We hope that the few changes brought in by the NCPC to the court cooperation with arbitration represents an advance to this dispute resolution method in Brazil.

---

<sup>23</sup> de Paiva Muniz, Joaquim, Katherine S. Spyrides & Graca Prado, Maria da, The Baker & Mckenzie International Arbitration Yearbook 2010- 2011: *BRAZIL*. Brazil (Juris 2011), p. 499.



## Spanish Mortgage Foreclosure and Unfair Terms in Banking Contracts

***Yolanda De Lucchi López-Tapia***

Associate Professor in Procedural Law at the University of Málaga

**Abstract:** Mortgage foreclosure in Spain has been in the spotlight of all legal practitioners since the economic crisis began. At the time many debtors found themselves to have severe difficulties in meeting the payments of their debt which was secured by a mortgage and, from this resulted in losing their homes, the privileges of these proceedings set forth within the Spanish Civil Procedure Act began to arise. As a consequence of this, many courts started to refer questions for preliminary rulings to the Court of Justice of the European Union, in order to examine the compatibility of them with European standards. Due to many rulings of the European Court, Spanish legislation has been modified accordingly. We have arrived to a point where social awareness has imposed and the consumer's protection has been increased. The aim of this paper is to show the way this change has been generated.

**Keywords:** mortgage foreclosure, enforcement, unfair terms, dation in payment, preliminary rulings, fresh start.

**Summary:** I.- Introduction.- II.- Mortgage enforcement proceedings in Spain: recurrent problems related with consumers.- a) Dation in payment.- b) Unfair terms. III.- The CJEU rulings in the subject and their changes in legislation.- IV.- The current situation in the mortgage market.



## I. Introduction.-

The western economic crisis has particularly affected our country, thus leading to a rise in enforcement proceedings, notably mortgage enforcement proceedings. The causes for this explosion of mortgage defaults and subsequent foreclosures can be described as the combination of heavy household indebtedness levels secured by mortgages and a rising of unemployment rate as well as a decrease in household revenues<sup>1</sup>. As we are told, the situation is tending to change slowly, and so the figures show.

Spanish mortgage foreclosure has been always a quick way, different from the “general” enforcement proceedings, for the creditor to enforce the debt secured by the mortgage. In these proceedings, the debtor has very little chance to object it, either because the price for the auction is set in the deed, with no possibility to a new appraisal if the value changes, or because there are no possibilities for him to claim the staying of the proceedings nor to allege other causes of objection. For these and other reasons, these type of proceedings have been questioned of unconstitutionality before the Constitutional Court, but this Court has always ruled the legality of them.

At the moment when the crisis hit strongly the consumers, social movements and civil platforms were born claiming for a solution for the people losing their homes<sup>2</sup>, because of their inability to pay the installments of the debt, and the banks filing “inevitably” enforcement claims. Fortunately, all legal operators started to realize that mortgage foreclosure in Spain was a privileged procedural instrument which affected consumer’s rights and did not comply with European Law. Specifically, two different problems broke into the scene:

-The situation when a debtor, after the repossession of his home, found himself in a position that the price of the mortgaged asset was insufficient to cover the whole debt, so he still had to pay back the outstanding amount to the bank.

---

<sup>1</sup> GÓMEZ POMAR, F. and LYCZKOWSKA, K. “Spanish Courts, the Court of Justice of the European Union, and Consumer Law. A theoretical model of their interaction” *Indret* 4/2014, pág. 5.

<sup>2</sup> PAH is the most famous in Spain.



-The numerous unfair terms the mortgage contracts incorporate and the helplessness of the debtor to void them with effect in mortgage foreclosure.

This being so, Spanish courts have been very active in referring questions for preliminary rulings to the Court of Justice of the European Union (CJEU) related with the compatibility of Spanish procedural rules with European Law, basically with Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 of unfair terms in consumer contracts.

At the same time, a consequence of different CJEU rulings provoked the government to enact legislation in order to protect the consumer in this field. Though, the protection has been being enacted very gradually and always almost after a “*slap on the wrists*” from the CJEU<sup>3</sup>.

Although these different provisions have changed the scenario in mortgage foreclosure in Spain, yet we have a way to go. The CJUE insists in that one remaining aspect of Spanish mortgage proceedings does not comply Directive 93/13 but Spanish government refuses to modify the rules of procedure in that direction.

## **II. Mortgage enforcement proceedings in Spain: recurrent problems related with consumers.-**

As mentioned previously, in case of a default in payment, creditors with their credits guaranteed by a mortgage can bring action to demand its payment through special proceedings –different from the normal enforcement proceedings- regulated in articles 681 to 698 of Civil Procedure Act. As their security is documented in a public deed, the creditor is exempted from going to a declaratory trial in first instance to obtain an enforcement title<sup>4</sup>.

The use of these special proceedings means that enforcement shall be directed against the mortgaged assets, laying aside other debtor’s assets. In other words, the proceedings shall

---

<sup>3</sup> The different provisions enacted are as follows: RD-Ley 8/2011, 1<sup>st</sup> July, RD-Ley 6/2012, 9<sup>th</sup> March, Rd 27/12, 15<sup>th</sup> November, Ley 8/2013, 26<sup>th</sup> June, Ley 10/2014 26<sup>th</sup> June, Rd-Ley 11/2014, RD 1/2015 27<sup>th</sup> February.

<sup>4</sup> Creditors can also bring action through a normal enforcement proceeding, a declaratory proceeding or extrajudicial proceedings to be followed before a Notary Public. The election implies different types of protection for the mortgagee or the mortgagor. For the advantages and disadvantages of all of them, see RUIZ-RICO RUIZ, J.M and DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y. “*Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores. Análisis y propuestas para una adecuada conciliación de los intereses en juego*”. Madrid, 2013, págs. 21 to 44.



be focused only on the repossession of the mortgaged asset. If the debt is not covered fully with the proceeds obtained with the sale or awarding of the mortgaged asset, the mortgagee will continue to enforce the debt through general enforcement proceedings. This situation was very common before the latest reforms were enacted, because the price for the award of the asset by the bank –in cases such as there was no bidders, which occurs very often- was really low (50% of the price set in the public deed). Moreover, the mortgagee also enjoys the speediness of the proceedings, and also the lack of grounds to challenge a foreclosure from the mortgagor perspective.

It is required to bring action in these proceedings that the mortgage deed shall include the price at which the mortgage property is valued (based on an official appraisal). This might serve as a rate in the auction. It is also required an address of the debtor for notifications and summons that shall be included in that deed.

The proceeding shall begin with an enforcement claim that must be made against the debtor. It can also be made, if applicable, against the non debtor party which has taken on the mortgage or against the third party which owns the assets mortgaged.

A certificate of ownership from the Registry shall be claimed, together with a statement that the mortgage in favour of the mortgagee subsists and has not been cancelled. If the registration certificate shows that the person in favour of the last registration of ownership was made and has not been requested to pay in any notary or judicial form, this person shall be notified of the existence of the procedure so that he may intervene in the proceedings.

The mortgagor has very little grounds to challenge foreclosure in case the enforcement claim has been correctly filed, mainly the payment of the debt and, after Law 1/2013 the inclusion of some unfair terms in the contract.

Once the above has been complied with, and at the request of any of the parties at the proceeding, the property or asset mortgaged shall be auctioned. In order to attend the auction, bidders must deposit the 5% of the auction price (it was 30% before Royal Decree 8/2011 and



20% before Law 1/2013 ). The enforcing party may only bid when there are other bidders and will not be required to make a deposit. These are the possible scenarios in the auction:

Bid equal to or higher than 70% of the price for which the asset is auctioned: the Court Clerk shall, by order issued on the same or the following day, award the foreclosed asset to the highest bidder.

Bid higher than 70% of the appraisal value with payment in instalments: if only bids in excess of 70% of the appraisal value are made, but offering to pay in instalments with sufficient bank or mortgage guarantees of the deferred price, the agreed bids shall be notified to the enforcement creditor who, within the next twenty days, may request the adjudication of the real property at 70 percent of the start value. If the enforcement creditor does not make use of this right, the final bid shall be approved in favour of the most favourable of the said bids, with the conditions of payment and guarantees offered in the latter.

Bid lower than 70% of the appraisal value: the enforcement creditor may, within a time limit of ten days, present a third party improving the bid by offering an amount in excess of 70 percent of the appraisal value or that, albeit lower than the said amount, proves to be sufficient for the complete satisfaction of the right of the enforcement creditor.

Awarding of the asset by the mortgagee. If, upon expiry of the said time limit, the enforcement debtor has failed to present a third party paying an excess of 70 percent of the appraisal value or that, albeit lower than the said amount, proves to be sufficient for the complete satisfaction of the right of the enforcement creditor, the mortgagee may, within the time limit of five days, seek the awarding of the property at 70% of the aforementioned value or for the amount owed to him for all items, but it must be provided that such amount does not exceed sixty per cent of its appraisal value and of the highest bid.

Bid higher than 50% of the appraisal value. If the mortgagee does not make use of this faculty, the final bid shall be approved in favour of the highest bid provided that the amount offered by the latter is higher than 50 percent of the appraisal value or, if lower, covers at least





the amount for which the enforcement was dispatched, including the provision for interests and costs.

Bid lower than 50% of the appraisal value: if the best bid does not meet the above requirements, the parties may allege whether or not the award is admissible and the Court Clerk will resolve on the basis of a series of circumstances, mainly the attitude of the foreclosed debtor regarding its obligations under the agreement.

No bidders: if there are no bidders to the auction the mortgagee may request the award of the asset. Depending on the consideration of the immovable asset as primary residence or not, the awarding price would be different. If it is, the award would be for an amount equal to 70% of the appraisal value (it was 50% before Royale Decree 8/2011 and 60% before Law 1/2013) or 60% if the amount owed is lower than that. If it is not, then the awarding value would be for an amount equal than 50% of the appraisal value.

When the secured creditor fails to use this faculty within a time limit of 20 days, the Court Clerk will order the lifting of the attachment over the asset at the request of the foreclosed debtor.

This brief outlook of the mortgage proceedings in Spain lead us to highlight where the difficulties were in order to comply European Consumer Law and over all, to protect consumers from the devastating effects of the economic crisis.

a) **Dation in payment.**

"Dation En Paiement" (derived from French) means giving in lieu of payment. It is an act by which a debtor gives a movable or immovable asset or property to the creditor, instead of paying a debt he or she owes in money. The creditor is generally willing to receive it, in payment of a sum which is due. It is similar to cession of assets, as well known as "datio pro solvendo", established in section 1175 Civil Code. Under the dation in payment the credit is paid and discharged fully by giving the property or asset to the creditor, who becomes the new owner of the property, whereas the cession of assets does not discharge the debt until the



creditor sells and gets the full amount for the debt. This means that the creditor does not become the owner of the property and will only get a profit through a sale, the debt will then be considered cancelled. The Spanish jurisprudence states that although dation in payment is not expressly regulated under civil law, rules of purchase and sale must be applied<sup>5</sup>.

Under the provisions set in Article 140 of the Mortgage Act, the parties can agree that the guaranteed obligation is subject only to the mortgaged properties. In the event of the default of payments, the obligation of the debtor and the action of the creditor will be limited to the amount of the mortgaged properties and will not refer to the rest of the estate of the debtor. Agreeing this type of mortgage contract means higher interest rates and more difficulties in getting the loan, as a result of the limited liability. Furthermore, it is a voluntary agreement between creditor and debtor.

This type of contract is wrongfully called dation in payment. On the contrary, what society demands as dation in payment is the total cancelation of the remaining debt after mortgage foreclosure, so the creditor cannot prosecute other debtor's assets.

The situation works as follows: If there is no such agreement of limited liability, normal conditions shall apply. Those conditions are basically set in article 1911 of the Civil Code which sets forth the debtor's universal liability for the performance of his obligations with all present and future property. In connection with this provision, article 579 of the Civil Procedure Act sets forth that, if the proceeds from auctioned mortgaged are insufficient to cover the debt, the enforcement creditor may seek the enforcement of the remaining amount against whomever it may be appropriate –the guarantor-, and the enforcement action shall proceed in accordance with the normal rules that apply to any enforcement action. So, once the special mortgage proceedings have ended, and the amount obtained in the auctioning of the asset or the price for which the creditor has awarded the asset is below the amount owed, the creditor shall continue the enforcement proceedings, bringing action towards the rest of the debtor's assets.

---

<sup>5</sup> <http://www.legaltoday.com/blogs/civil/legal-english-blog/dation-en-paiement-or-datio-pro-solutio#n2>.



Having said so, dation in payment involve the breakage of the principle of universal debtor's liability and cannot be a general rule in our enforcement proceedings. It is certainly true to say that this has not been an immovable principle and could have been moderated by the legislator, but certain conditions will have to apply.

As we stated in our introduction, dation in payment is a general demand that social groups have been claiming just right from the starting point of the crisis, where lots of people were evicted from their homes and they still had a remaining debt to the bank. They claimed for the changing of the law to set dation in payment as a general rule. The courts also started to move towards the consideration of dation in payment within our regulations before all the legal reforms where enacted, which was a bit forced.

In December 2010 and February 2011, the Court of Appeal in Navarra issued two different and opposite rulings. The first one, in which the BBVA bank was obliged to accept the solution of dation in payment to cancel the debt and the second one ruled just the opposite. The Court of Appeal's first judgment considered that by giving a house to the bank, its value was enough to cover the debt, and discharged it, moreover, if the bank granted the loan was because the house had a higher value than the credit. On the other hand, the second judgment was totally different and stated that, even if the value of the property was then 70.000€ lower than when it was firstly valued, the court challenged what the previous court issued and stated that, applying a principle of Spanish Civil Code, the debtor will have to pay all the debts with current or future assets and that judges should be independent and fulfill the law accordingly. After those judgments, most of the court started to issue rulings trying to interpret the law according with the consumer's interest, but forcing the statutory law.

A situation of legal uncertainty was being generated, because depending on the court the mortgage foreclosure had been filed, you would have had the luck of seeing your debt cancelled as a consequence of court interpretations of article 579 of the Civil Procedure Act.

So, preliminary rules in this sense were asked to the CJUE, which ruled that dation in payment is a decision which internal legislative body of each country has to enact. In this context, Spanish government has been aware of the situation and important changes have



been made in Spanish legislation towards that end. Indeed, many recent laws have provided a case-by-case dation in payment –always with the bank consent- and also, the staying of the eviction of their homes of families in risk of social exclusion –meeting specific requirements that successively have been amplified- for up to four years.

**b) Unfair terms**

The second issue brought here that initially affected mortgage foreclosure proceedings was the one related with unfair terms in mortgage contracts with banks and the possibility of the debtor to challenge the unfairness of them.

Following rulings of the CJUE<sup>6</sup>, the concept of *unfair term* within Article 3(1) and (3), and Annex I, of Directive 93/13 is a contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer.

In order to determine whether this imbalance arises “contrary to the requirement of good faith”, courts must assess whether the seller or supplier is dealing fairly and equitably with the consumer, and can reasonably assume that they would have agreed to such a term. Lastly, the unfairness of a contractual term should be assessed by taking into account all the circumstances in which the contract was concluded, and the nature of the goods or services for which it was.

In relation with mortgage contracts, unfair terms would be the inclusion of acceleration clauses in long-term contracts that allows the bank to call in the totality of the loan after a single failure to meet a due payment of principal or interest; a high default interest rate of automatically applicable to sums not paid when due; the clause on unilateral quantification of the unpaid debt stipulates that the bank may immediately quantify that amount in order to initiate mortgage enforcement proceedings; and what we called ground clause -a minimum

---

<sup>6</sup> Aziz case. Judgment 14<sup>th</sup> March 2013 (C-415/11)



interest rate that banks and other financial institutions applied to the loans so the client would pay a minimum monthly amount even if the *Euribor* rate would fall below this limit<sup>7</sup>.

At the beginning of the situation that caused this stir in the legal world, neither in the general enforcement proceeding nor the mortgage proceedings, the debtor could contest the enforcement alleging the inclusion of an unfair term in his contract. There was not a procedural way for the court to deem such unfairness, although many courts had been doing so.

Having stated that initial impossibility –it has already been amended in our legislation, as we will see afterwards-, the only solution for the debtor to challenge such unfairness was bringing the action to declaratory proceedings which is a long process. Moreover, the interrelation between the declaratory proceedings and the enforcement proceedings could be disastrous; if a debtor want to challenge the unfairness of a term, which leads into the illegality of the entire enforcement proceeding, he would have to file a claim into a declaratory proceeding. During those declaratory proceeding, the mortgage enforcement proceedings will continue because it is absolutely forbidden the staying of the proceeding for that specific cause. Indeed, article 698 of the Civil Procedure Act provides that *“any claim that the debtor, a third-party holder or any other interested party may bring which is not included under the preceding articles, including any concerning the nullity of title or on the expiry, certainty, extinction or amount of the debt, shall be dealt with in the relevant trial without ever having the effect of staying or hindering the proceedings set forth in this chapter”*.

This meant that, when the court issue a ruling stating the unfairness of the term which leads into the illegality of the enforcement, the enforcement proceedings would have already

---

<sup>7</sup> The so-called ground clause is still causing a legal debate in Spain. The Supreme Court ruled the unfairness of it when its consequences had not been carefully explained to customers and they did not know or clearly understood the effects it would have in their monthly payments. In this ruling the banks or financial institutions were forced to withdraw the “ground clause” from the conditions of the mortgage loan and the loans title deeds. This directly affected at least 400,000 contracts from BBVA bank, 90,000 contracts in the case of Novagalicia Bank and 100,000 in the Cajamar entity. But he Supreme Court ruled that the banks shall refund the amounts illegally charged from the date of the ruling and not from when the contract was signed. We are now awaiting for a new ruling from that court to clarify the situation. Vid. DE TORRES PEREA, J.M. *Nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario. En especial, sobre la idoneidad de su impugnación mediante el ejercicio de la acción de cesación*. Revista jurídica valenciana, Nº. 2, 2014, págs. 23-62.



finished and the asset sold to the best bidder. The only way to grant relief to the debtor would be a compensation on the price of the asset. This solution is way too far from the right to effective protection of the court (due process) guaranteed in Article 24.1 of the Spanish Constitution.

The situation provoked different referrals to the CJEU for preliminary rulings in the matter of deeming unfair terms in mortgage proceedings, most of them are analyzed in next section.

## **II. The CJEU rulings in the subject and its consequent changes in Spanish legislation.**

As the situation was precarious, with many homeowners losing their homes, a number of cases regarding the compliance of Spanish law on mortgage enforcement with EU consumer law started to make its way through preliminary reference proceedings before the CJEU<sup>8</sup>. A point that draws the attention is the interaction between national and supranational judiciaries in this field, in which the principle of effectiveness functions as leverage for 'upgrading' national laws to EU standards. As a consequence of this, Spanish legislation has been amended to meet those EU standards.

### **a) Calderón case: Judgment 14<sup>th</sup> June 2012 (C-618/10)**

One of the first rulings coincident with the economic situation was this case. Although the dispute is not about a mortgage contract, the ruling was interesting if we compared it with one of the latest of the CJEU.

---

<sup>8</sup> Hans-W. Micklitz, Norbert Reich, "The Court and Sleeping Beauty: The revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)" 51 *Common Market Law Review*, 20014.Issue 3, pp. 771–808. *The paper gives an overview of the increased litigation leading to innovative case law of the CJEU concerning the scope and effects of the Unfair Contract Terms Directive (Directive 93/13/EEC) on consumer contracts, in particular financial services and services in the general economic interest. The originally limited impact of the Directive on Member State contract law and procedure has been substantially extended - as a metaphor, one may even say that a "Sleeping Beauty has been kissed awake" by the Court.*



Mr Calderón Camino entered into a loan agreement for the sum of EUR 30 000 with Banesto in order to purchase a vehicle. The nominal interest rate was 7.950%, the APR (Annual Percentage Rate of Charge) 8.890% and the rate of interest on late payments 29%. In September 2008, reimbursement of 7 monthly repayments had not yet been made. Thus, Banesto submitted, before the Court of First Instance, No 2 of Sabadell, in accordance with Spanish law, an application for an order for payment in the amount of EUR 29 381.95, corresponding to the unpaid monthly repayments plus contractual interest and costs. The Court of First Instance held of its own motion that the term relating to interest for late payment was automatically void, on the ground that it was unfair. It also fixed that rate at 19%, referring to the statutory rate of interest and to the rates of interest for late payment included in national budget laws from 1990 to 2008, and ordered Banesto to recalculate the amount of interest for the period at issue in the dispute before it.

Banesto appealed against that order to the Audiencia Provincial de Barcelona, who found, that the Spanish legislation on the protection of the interests of consumers and users does not empower the courts before which an application for order for payment has been brought to hold, of their own motion and *in limine litis*, that unfair contract terms are void, so they referred the preliminary ruling to the CJEU, referring also the question whether the court that finds that an unfair term in a contract concluded between a seller or supplier and a consumer is void, can modify that contract by revising the content of that term instead of merely setting aside its application to the consumer.

The answers of the CJEU for the questions referred to above are as follows:

-Firstly, the CJEU ruled that Directive 93/13 had to be interpreted as precluding legislation of a member state which did not allow the court before an application for an order of payment has been brought to assess of its own motion, in *limine litis* or at any other stage of the proceedings, if a term shall be considered unfair.

-Secondly, the Court insisted on the necessity to remove an unfair clause within the meaning of Article 3 of Directive 93/13. If a national court deems the unfairness of a term, the legislation that allows the court to modify the contract by revising the content of that term



does not comply within the Directive 93/13. The idea would be to invalidate the term and not moderate it. The reason behind the ruling of the court is that if it was open to a national court to revise the content of unfair terms, that power would seriously undermine the dissuasive effect for sellers or suppliers of straightforward non-applications with regards to the consumer of those unfair terms, because those sellers or suppliers would still be tempted to use such terms in the knowledge that, even if they were declared invalid, the contract could nevertheless be adjusted, to the extent necessary, by the national court in such a way as to safeguard the interest of those sellers or suppliers. An exception to this case-law is made where the invalidity of the unfair term would require the court to annul the contract in its entirety, thereby exposing the consumer to disadvantageous consequences.

**b) Aziz case: Judgment 14<sup>th</sup> March 2013 (C-415/11)**

The most famous ruling of the CJEU in the matter of unfair terms and mortgages is the Aziz case which attracted the media and caused a great stir. This case is directed related with mortgage contracts.

The court judgment is originated from a preliminary ruling handed down by the Commercial Court nº 3 of Barcelona, as a result of the mortgage foreclosure procedure between Aziz and *La Caixa* Bank.

Mr. Aziz concluded with Catalunyacaixa, before a notary, a loan agreement secured by a mortgage. The immovable property subject to the mortgage was Mr Aziz's family home. The principal sum lent by Catalunyacaixa was EUR 138 000. It was to be reimbursed in 396 monthly instalments. That loan agreement entered into with Catalunyacaixa provided for annual default, interest of 18.75%, automatically applicable to sums not paid when due, without the need for any notice. In addition, clause 6a of that agreement conferred on Catalunyacaixa the right to call in the totality of the loan on expiry of a stipulated time-limit where the debtor failed to fulfil his obligation to pay any part of the principal or of the interest on the loan. Finally, clause 15 of that agreement, concerning the agreement on determination of the amount due, stipulated not





only that CatalunyaCaixa had the right to bring enforcement proceedings to reclaim any debt but also, for the purposes of those proceedings, that it could immediately quantify the amount due by submitting an appropriate certificate indicating that amount. Mr Aziz paid his monthly instalments regularly from July 2007 until May 2008 but stopped payments with effect from June 2008. Having called in vain upon Mr Aziz to pay, CatalunyaCaixa instituted enforcement proceedings against him before the Court of First Instance No 5 de Martorell, seeking recovery of the sums owed. Since Mr Aziz failed to appear, that court ordered enforcement. Mr Aziz was then sent an order for payment but he neither complied with it nor objected to it. Accordingly, a judicial auction of the immovable property was arranged, but no bid was made. Therefore, in accordance with the provisions of the Code of Civil Procedure, the Court of First Instance No 5 of Martorell consented to the awarding of that property at 50% of its value. Mr Aziz had however applied to the Commercial Court No 3 de Barcelona for a declaration seeking the annulment of clause 15 of the mortgage loan agreement, on the ground that it was unfair and, accordingly, of the enforcement proceedings. In that context, the Juzgado de lo Mercantil No 3 de Barcelona expressed doubts concerning the conformity of Spanish law with the legal framework established by the directive.

The questions referred were related to; firstly, determine if the restricted grounds of objection of the Spanish mortgage proceedings, as seen before in Section II, consisted of a clear limitation of consumer protection in the terms of Directive 93/13; and secondly, the national court asked about several terms included in Aziz's mortgage contract and how can they be understood in terms of disproportion as in Directive 93/13 set forth.

The court recalls two important principles of implementation of European Law in order to rule the case; the principle of equivalence -legislation may not be any less favourable than that governing similar situations subject to domestic law- and principle of effectiveness – legislation must not make it in practice impossible or excessively difficult to exercise the rights conferred on consumers by EU law-.

In the absence of harmonization of the national mechanisms for enforcement, the grounds of opposition allowed in mortgage enforcement proceedings and the powers conferred



on the court hearing the declaratory proceedings are a matter for the national legal order of each Member State. However, taking into account those two principles, the answer to the alluded case are that Spanish legislation listed the grounds, which were very limited, upon which a debtor might object to mortgage enforcement proceedings. Those grounds did not include the existence of an unfair term in the mortgage loan agreement.

Moreover, the Court considered that the Spanish procedural system impairs the effectiveness of the protection which the directive seeks to achieve. That is so in all cases where enforcement is carried out in respect of the property before the court hearing the declaratory proceedings declares the contractual term on which the mortgage is based unfair and, accordingly, annuls the enforcement proceedings. Since the court hearing the declaratory proceedings is precluded from staying the enforcement proceedings, that declaration of invalidity allows the consumer to obtain only subsequent protection of a purely compensatory nature. That compensation is thus incomplete and insufficient, and would not constitute either an adequate or effective means of preventing the continued use of those terms. That applies all the more strongly where, as in this case, the mortgaged property is the family home of the consumer whose rights have been infringed, since that means of consumer protection is limited to payment of damages and interest and does not make it possible to prevent the definitive and irreversible loss of the home. It would thus be sufficient for sellers or suppliers to initiate mortgage enforcement proceedings in order to deprive consumers of the protection intended by the directive.

The Court therefore holds that the Spanish legislation does not comply with the principle of effectiveness, as it makes it impossible or excessively difficult, in mortgage enforcement proceedings initiated by sellers or suppliers against consumer defendants, to apply the protection which the directive confers on those consumers.

Following Aziz's rulings, Spanish legislation in mortgage proceedings was amended in *Law 1/2013 14<sup>th</sup> of May, laying down measures for the strengthening of the protection of mortgagors, the restructuring of debt and social rent*. The provisions of the law changed substantially the situation, so much in procedural law as well as in substantive law.



The main amendments were as follows:

### **Amendments to the mortgage market**

-Limitation of default interest on mortgages created on primary residences to three times the statutory interest rate.

-Acceleration of payment clause must be applicable only within three months of default of payment or on a number of installments equivalent to three monthly payments.

### **Amendments to the enforcement proceedings**

-The law grants judges the power to deem, at their own initiative or at the request of the interested party, the existence of unfair terms in the enforceable title. Article 552.1 of the Civil Procedure Act has been amended, to authorize Judges to be able to warn the parties if they discern that some of the clauses of the enforceable nonjudicial ownership instrument might be unfair, granting them a five-day hearing.

-The mortgagor also can object the enforcement alleging unfair terms in the enforceable title. New grounds for opposition in nonjudicial foreclosure processes have been included in article 557.1 of the Civil Procedure Act, one of which is if the instrument contains unfair clauses. In cases where one or more clauses are found to be unfair, the court will rule that the foreclosure is unjustified, or it will carry out the foreclosure without applying those unfair clauses, as appropriate (article 561.1 of the Civil Procedure Act). The same provision has been included in mortgage proceedings, where the mortgagor can object the unfairness of a clause, but the grounds are more restrictive in this type of proceedings, because the unfairness can only be objected if the contractual term constitutes the grounds for enforcement or has determined the amount due.



### **Judicial auction**

-The auction will be announced, not only by edict, but also on a judicial and electronic auctions portal belonging to the Ministry of Justice (article 668 of the Civil Procedure Act).

The period within which the price at which the property is awarded must be deposited has been extended to 40 days (article 670.1 of the Civil Procedure Act)

- The starting price at auction set out in the mortgage deed cannot be lower than 75% of the appraisal value –in mortgage proceedings where the auction price is set in the deed-

-It possible to remit part of the outstanding debt in the monetary foreclosure proceeding following the foreclosure of a mortgage on a principal residence;

-Reduction by up to 2% of the debt if permission to inspect the mortgaged property is granted. During the 20-day auction announcement period, anyone interested in the auction may ask the court for permission to inspect the mortgaged property, in which case the court will ask the owner of the property for permission and the mortgage debt could be reduced by up to 2% of the repossession value (article 691.2 of the Civil Procedure Act).

-The amount secured by the guarantee needed to take part in the auction from decreases from 20% to 5% of the appraisal value (article 674 Civil Procedure Act)

- The percentage at which the property (primary residence) will be awarded if there are no bidders at auction increases to 70% of the starting price;

-The period afforded to the successful bidder to deposit the price at which the property is awarded extends from 20 to 40 days;

**Monetary foreclosure following foreclosure of a mortgage on a primary residence** (Art. 579 Civil Procedure Act)

If the proceeds from auctioned mortgaged assets are insufficient to cover the debt, the enforcement creditor may seek the enforcement of the remaining amount against whomever it may be appropriate, and the enforcement action shall proceed in accordance with the normal



rules that apply to any enforcement. As aforementioned, this is the provision that do not cover what we have defined as dation in payment. However, Law 1/2013 has amended that article and now two cases are set out in which the foreclosed borrower may be released: where 65% of the borrower's outstanding debt at the time of approval of the bid is paid off, in 5 years, plus, exclusively, the statutory interest accrued until the time of payment; or where 80% is paid off in 10 years. Also, to allow the debtor to benefit from a future increase in value of the foreclosed property, the debt may be reduced by 50% of the gain obtained on a sale made within 10 years of the repossession.

As can be noticed, there is no amendment in full to this article, which would have meant the entry in force of a general dation in payment, which is not the solution to the mortgage market, as we mentioned before.

One of the points the CJEU ruled in Aziz's case was the opposition of Spanish legislation to the Directive 93/13 in the grounds of potential staying of the mortgage proceedings while declaratory proceedings are being heard to determine the unfairness of a term. Since article 698 of Civil Procedure Act does not permit this staying, the Court concluded that Council Directive precludes Spanish legislation insofar as it does not allow the court before which declaratory proceedings have been brought, which does have jurisdiction to assess whether such a term is unfair, to grant interim relief, including, in particular, the staying of those enforcement proceedings, where the grant of such relief is necessary to guarantee the full effectiveness of its final decision.

However, Spanish legislation has not been amended in this sense. It is true that with the changes already made by Law 1/2013 the unfairness can be deemed in the enforcement proceedings and it will be not necessary to seek protection under a declaratory proceeding.

**c) Case Sánchez/Chacón: Judgment 30 April 2014 (c-280-13)**

The dispute in this case is about the possibility of dation in payment within spanish legislation:



The debtors concluded a loan contract with the Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Baleares for EUR 91 560. In order to secure that loan they mortgaged the dwelling in which they lived. The parties included in the mortgage deed a specific term providing that, in the event of any auction which might be held, with reference to the value of the dwelling would be EUR 149 242.80. According to Barclays, the parties to the contract also agreed to the unlimited personal liability of the debtors, without limiting that liability to the value of the mortgaged property. Barclays was substituted to the contractual position of the lender. Barclays and the debtors agreed by an act of the same date to an increase in the capital lent to EUR 153.049,08. The estimation of the value of the property mortgaged and the term relating to the liability of the debtors was not changed. As regards the points which were not expressly set out in the new act, the provisions of the original mortgage loan contract were to apply. Having ceased the debtors to pay the monthly loan instalments Barclays brought an action before the Court of First Instance, Palma de Mallorca, seeking the enforcement of the whole debt against the debtors. The property was auctioned, but no bidders were present, so the property was awarded to Barclays, in accordance with the wording of Article 671 of the Civil Procedure Act in force at that time, that is, 50% of the estimated value which the parties had entered in the .mortgage deed.

Barclays requested an order for enforcement for the outstanding debt, which was granted. Within the statutory period prescribed for that purpose, the debtors lodged an objection to that order. They claim that the debt must be deemed to have been cleared and repaid in full because of the value estimated in the deed. They also rely on the abuse of rights and unjust enrichment by Barclays.

The questions referred a preliminary ruling in this case can be resumed in two points:

The first matter concerns whether Directive 93/13 precludes on mortgage regulation which, although it provides that the mortgagee may request an increase of the security where the valuation of a mortgaged property decreases by 20%, does not provide, in the context of mortgage enforcement proceedings, that the debtor may request, following a valuation involving the parties concerned, revision of the sum at which the property was valued, at least



for the purposes stipulated in Article 671 of the Civil Procedure Act, where that valuation has increased by an equal or higher percentage during the period between the creation of the mortgage and the enforcement thereof.

As previously mentioned in the second section of this paper, Spanish procedural rules on mortgage enforcement provide that the creditor seeking enforcement may be awarded the mortgaged property at 50% at the time of the judgment (now 70% for primary residence) of the sum at which the property was valued, which entails an unjustified penalty for the debtor equivalent to 50% (30% in case of primary residence) of that valuation. The referring court asked whether Directive 93/13 is precluding such dispositions.

The second question settled for a preliminary ruling was whether Directive 93/13 could be interpreted as meaning that there is an abuse of rights and unjust enrichment where, after being awarded the mortgaged property at 50% (now 70% for primary residence) of the sum at which the property was valued, the creditor applies for enforcement in respect of the outstanding amount in order to make up the total amount of the debt, despite the fact that the sum at which the property awarded was valued and/or the actual value of the property awarded is higher than the total amount owed, even though such action is permitted under national procedural law.

The answer of the CJEU was completely different from the case *Aziz*, because in this case, the national court did not invoke any contractual term that could be classified as unfair. On the contrary, it did invoke national Spanish provisions, which are laws or regulations that were not set out in the contract at issue in the main proceedings. Such provisions do not fall within the scope of that directive which aims to prohibit unfair terms in contracts concluded with consumers.

This means that, in relation with the prior section, an eventual request for installment of payment into Spanish legislation on the grounds of incompatibility to European consumer law is not applicable.



**d) Case Sanchez Morcillo: Judgment 17 July 2014 (C-169-14)**

The case of *Sánchez Morcillo and Abril García v Banco Bilbao* once more concerned the weak position of consumers under Spanish law regarding the enforcement of mortgage contracts by banks. The home owners found themselves in the position where the contract allowed the bank to claim payment of the entire amount of the mortgage loan upon the failure to pay a certain number of monthly instalments.

In this case, the CJEU again came to the conclusion that the Spanish rules on enforcement of mortgages do not live up to the standards of the Unfair Terms Directive. This time, moreover, the Court explicitly grounded its assessment on Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights, which safeguards the right to an effective remedy and a fair trial in accordance with the principle of equality of arms.

Indeed, the question arising in this case is a direct consequence of the reform of Article 695 of the Civil Procedure Act following the *Aziz* judgment, as we will see in next paragraph. Procedure stipulated that in such cases appeals might only be brought against a judicial order staying the proceedings or displaying an unfair contract term. This effectively offered the bank a possibility to immediately appeal against the substance of a home owners objection to enforcement, whereas the party against whom enforcement was sought (the owner of the house) might not appeal if his or her objection is dismissed. In other words, Article 695(4) allowed the bank to appeal against the staying of proceedings, whereas the debtors did not have similar possibilities. The national judge in the present case doubted whether this is in line with the consumer protection offered under the Unfair Terms Directive, read in combination with Article 47 of the EU Charter, as aforementioned.

The CJEU ruled that this different treatment to the mortgagee and the mortgagor violated the principle of equality of procedural defense mechanisms available to the parties involved in mortgage enforcement proceedings.





This ruling soon provoked changes in Spanish legislation. Indeed, by RD Law 11/2014 5<sup>th</sup> September, about urgent measures in Insolvency Law, article 695.4 was modified entitling the debtor to seek appeal in case of dismissal of his objection.

And once more, the CJEU insisted that Spanish system of mortgage enforcement does neither offer adequate nor effective protection (in the sense of Article 7 of the Unfair Terms Directive) to home owners, insofar as it still does not effectively prevent unjustified evictions. A judge in enforcement proceedings may assess the unfairness of contract terms, but this assessment is not mandatory and bound by time restrictions. Furthermore, in case a judge in parallel declaratory proceedings eventually establishes that the terms of the mortgage contract were unfair, the consumer can only claim monetary compensation, because of the prohibition of the staying of the proceedings for this reason (art. 695 Civil Procedure Act).

**e) Case: Unicaja v. various (Joined cases): Judgment 21 January 2015.**

The last CJEU's ruling in this scenario is the one issued a couple of months ago. The questions referred for preliminary ruling were again about the judicial assessment of general terms and conditions applying to Spanish mortgage contracts. Soon after Law 1/2013 entered into force, many courts started to refer preliminary rulings to the CJEU about the following issue:

Known that Spanish legislation, for the sake of Law 1/2013, allows a judge to assess whether a term is unfair or not in any enforcement proceeding, the next step is asking the European court if, in order to ensure the protection of consumers and users in accordance with the principles of equivalence and effectiveness, must a national court, when it finds there to be an unfair default-interest clause in mortgage loans, declare the clause void and not binding or, on the contrary, must it moderate the interest clause, referring the matter back to the party seeking enforcement, or to the lender, for adjustment of the interest. This issue was already referred to preliminary ruling in Calderón case and the European Court ruled that unfair terms should not be moderate.



In this case, the question has necessarily to do with the Second Transitional Provision of Law 1/2013<sup>9</sup> which requires a moderation of default interest for loans or credit for the purchase of a principal residence and guaranteed by mortgages on the dwelling at issue. Accordingly, it is laid down that in proceedings for enforcement or extra-judicial sale commenced and not concluded by the time of the entry into force of that law, that is, on 15 May 2013, and in proceedings in which the sum in respect of which an enforcement order or order for extrajudicial sale is sought has already been fixed, that amount must be adjusted by applying default interest at a rate at most equal to three times the statutory rate, if the rate of default interest under the mortgage contract is higher than that rate.

Linking those two ideas, the referral court asked if the Second Transitional Provision of Law No 1/2013 implicitly imposes upon the court the obligation to moderate a default-interest clause that could be considered to be unfair, adjusting the interest stipulated and maintaining in force a stipulation which was unfair, instead of declaring the clause to be void and not binding upon the consumer.

The answer of the European court was an eclectic one. It divides between unfair default interest term (in the light of Directive 93/13) and non unfair default interest term. When assessing the unfairness of a default interest rate, even if it is under the ceiling set by Law 1/2013 –three times the statutory rate-, the consequence is the annulment of the term, without moderating it.

On the contrary, when the national court is faced with a contractual term relating to default interest at a rate higher than that provided by Law 1/2013 but not considered unfair, the court shall moderate the term.

---

<sup>9</sup> *“The limitation of default interest on mortgages on habitual dwellings, provided for in Article 3(2), shall apply to mortgages created after the entry into force of this Law. Likewise, that limitation shall apply to default interest, provided for in mortgage loans secured on habitual dwellings and created before the entry into force of the Law, which falls due subsequently, and to any interest which, having accrued and fallen due by that date, has not been paid. In proceedings for enforcement or extra-judicial sale commenced and not concluded by the time of the entry into force of this Law, and in proceedings in which the sum in respect of which an enforcement order or order for extrajudicial sale is sought has already been fixed, the Judicial Officer [Secretario judicial] or the notary shall allow the party seeking enforcement a period of 10 days in order to recalculate that sum in accordance with the preceding paragraph”.*



### III. The current situation in the mortgage market

After so many reforms in the recent years, the current situation has obviously improved. Moreover, the latest reform which affects directly mortgagors with difficulties in paying back their debt is the Royale –Decree 1/2015 27 th of February, of the mechanism of second chance, reduction of the financial charge and other social measures. Among other measures, the one to highlight here is the regulation of what is called *fresh start*<sup>10</sup>. It follows the American system of a second chance or ‘fresh start’, which businesses in Spain have been demanding for a long time.

A fresh start means a discharge of debts granted to debtors in specific circumstances, so a natural person will have, despite an economic breakdown, the opportunity to restart his life, without having to carry out debts that will never be able to satisfy.

According to this law, a debtor can, within an insolvency proceeding, cancel once and for all any debts that could not be satisfied with their property and assets that are present. The scope of this fresh start is restricted, however, because it will only be available to certain types of debtors; it does not apply for public law claims and requires the debtor to satisfy certain classes of claims in full.

This means that, in the context of a debt secured by a mortgage in which the debtor is unable to meet the payments, he could initiate an insolvency procedure and within it, once the secured asset has been sold or awarded to the creditor and the proceeds from auctioned mortgaged or pledged assets are insufficient to cover the debt, the mortgagor could claim a discharge of the remaining amount of debt, understanding that he meets the requirements set forth in the Insolvency Act.

The introduction of this second chance implies, together with the possibility of dation in payment, as we mentioned before, a rupture of the traditional principle in Spanish Civil Law of unlimited personal liability of the debtor set forth in Article 1911 Civil Code, according to which, the debtor is liable for the performance of his obligations with all present and future property.

---

<sup>10</sup> Although it had been implemented for the first time, not fully, in Law 14/2013, 28<sup>th</sup> September, to support entrepreneurs and their internationalization.



With this second chance, the debtor will be no longer liable for the debts with future assets. It is not technically a dation in payment, because certain requirements have to be met, but in overall means a relief for debtors overwhelmed by bad economics decisions or bad personal situations –such as divorce-. Moreover, the discharge can also be denied or revoked by the court based on certain misconduct of debtors, including fraudulent actions or failure of a debtor to disclose all assets during a bankruptcy case. In this sense, one of the Government’s main worries about bankruptcy and fresh start is the high level of fraud often linked to it, which makes it harder for those honest business failures to get help. The new legislation comes with stringent checks to ensure that no fraud will have taken place.

As a recall of the situation, we are being witnesses of very important changes in the traditional’s view of the mortgage market. The tendency is to move towards a more social perspective of it, restructuring the initial imbalance of the previous situation.

On the other side of the coin is the impact on the economy the new system will have; in other words, would it mean that the regulation of the fresh start will discourage banks? Would it mean they will restrict the range of potential debtors by requiring more guarantees or increasing interests? Or, on the contrary, the new regulation will potentiate wealth and prosperity by promoting new businesses? Time will tell.