



En búsqueda de una regulación: apuntes sobre los alcances subjetivos de la cosa juzgada en procesos colectivos

[In search of a regulation: notes on the subjective scope of res judicata in collective processes]

Raúl Feijóo Cambiaso / Giacomo Montiel Ibarguren / Eduardo Iñiguez Ortiz / Renzo Mayor Mayor

Alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
Contacto: a20122345@pucp.pe; a20110548@pucp.pe; einiguez@pucp.pe;
renzo.mayor@pucp.pe

Resumen

El trabajo analiza los diversos sistemas existentes sobre los alcances subjetivos de la sentencia emitida en un proceso colectivo, mostrando su preferencia por la teoría *pro et contra* con la opción de *opt out* para los efectos de la cosa juzgada. Igualmente, se sostiene que la teoría de la carga de la prueba dinámica puede representar una solución al hecho que los demandantes del grupo colectivo puedan verse afectados por una mala estrategia procesal en el primer proceso donde se obtuvo una sentencia desfavorable.

Palabras clave. Proceso colectivo; alcance subjetivo de la cosa juzgada; carga dinámica de la prueba

Abstract

The paper analyzes the various existing systems on the subjective scope of the sentence issued in a collective process, showing their preference for the *pro et contra* with the option of *opt out* for the effects of the *res judicata*. Likewise, it is argued that the theory of the burden dynamic of the proof may represent a solution to the fact that the plaintiffs of the collective group may be affected by a poor procedural strategy in the first process where an unfavorable judgment was obtained.

Key words: collective process; subjective scope of the *res judicata*; burden dynamic of the proof

Recibido: 30 de noviembre de 2017 / Aprobado: 28 de diciembre de 2017



En búsqueda de una regulación: apuntes sobre los alcances subjetivos de la cosa juzgada en procesos colectivos*

Raúl Feijóo Cambiaso / Giacomo Montiel Iburguren / Eduardo Ñíguez Ortiz / Renzo Mayor Mayor

1. Introducción

Ubi ius, ibi remedium, reza un antiguo aforismo latino. Sin embargo, ¿los derechos que pertenecen a una colectividad tienen acción? A lo largo del siglo se han identificado derechos que no se agotan en la titularidad de un solo sujeto, sino que pertenecen a una colectividad, de modo que es necesario preguntarse: ¿las instituciones procesales se han adecuado para protegerlos?

El tema no se agota en la existencia de intereses colectivos, sino que implica entender una nueva clasificación de los mismos:

- (i) los intereses difusos, aquellos que pertenecen a una colectividad indeterminada, cuyo bien jurídico afectado es de naturaleza indivisible e indisponible, pero unidos bajo una conexión fáctica;
- (ii) los intereses colectivos, aquellos que pertenecen a una colectividad determinable, pero unidos bajo una relación jurídica base; y,

* Texto que obtuvo el segundo lugar en el concurso de ponencias convocado para el *Segundo Encuentro Internacional de Estudiantes de Pregrado-Derecho Procesal*, llevado a cabo en el marco del *VII Seminario Internacional de Derecho Procesal: Proceso y Constitución*, realizado en Lima los días 24 a 27 de abril de 2017 en la Pontificia Universidad Católica del Perú

- (iii) los intereses individuales homogéneos; aquellos que son derechos subjetivos individuales y, por lo tanto, divisibles, pero cuyo origen común es la conducta de la parte contraria¹.

Así, el propósito del presente artículo será analizar una de las instituciones más importantes de la tutela jurisdiccional efectiva: la cosa juzgada. En específico, el principal problema que abordaremos se refiere a los alcances materiales o subjetivos de la cosa juzgada en relación con aquellos sujetos que no participaron en el proceso donde fue emitida la sentencia, ello en el marco del ordenamiento jurídico peruano. Para ello, será necesario adaptar esta institución a las características propias de los procesos colectivos.

A raíz de la próxima reforma del Código Procesal Civil, es oportuno analizar cuáles serían las posibles soluciones que contribuyan al legislador a determinar los alcances subjetivos de la cosa juzgada en los procesos colectivos. Por este motivo, iniciaremos la presente investigación analizando brevemente la necesidad de la existencia de los procesos colectivos, de modo que, posteriormente, sea posible determinar la regulación de la cosa juzgada que consideramos adecuada para el ordenamiento procesal peruano. Ello nos lleva a describir y analizar los principales sistemas de regulación de la cosa juzgada, de modo que sea posible determinar aquella regulación que pueda servir para construir nuestra propuesta.

2. La importancia de la evolución del Derecho Procesal

Un sistema de Derecho Procesal que no evoluciona, es uno destinado al fracaso, especialmente tomando en cuenta su rol en la sociedad. De acuerdo a Montero Aroca², el Derecho Procesal

¹ PRIORI POSADA et al (2011:97-98).

² MONTERO AROCA (2000: 25 ss).

debe responder tanto por el desarrollo de su contenido como por de las exigencias de nuestra sociedad moderna. En ese sentido, no cabe duda que las concepciones clásicas del proceso y su teoría general deben adaptarse a las nuevas (y crecientes) necesidades sociales.

El proceso civil tradicional, en base al cual se encuentra regulado nuestro Código Procesal Civil, ha sido diseñado para tutelar intereses o derechos individuales³. Todos los institutos procesales que conforman lo que hoy conocemos como “el sistema de proceso civil peruano” se encuentran hacia allí encaminados. Hoy, en cambio, y con la aparición de los intereses propios de una colectividad social organizada, determinable o indeterminada, ha surgido la necesidad de reanalizar la regulación de los viejos institutos procesales, cuyo diseño inicial respondió únicamente a la tutela de intereses individuales⁴.

Son varias las aristas que pueden abordarse para una adecuada regulación de los procesos colectivos, como determinar al sujeto legitimado para plantear la demanda, el interés para obrar, las excepciones que se pueden proponer, las consecuencias que surgen del hecho de que un sujeto de la colectividad decida no ser parte del proceso, o los efectos que la decisión del órgano jurisdiccional pueda tener.

Por el espacio y extensión del presente artículo, nuestro trabajo se centrará en este último aspecto: los alcances subjetivos de la sentencia emitida en un proceso colectivo. Es importante mencionar que estos procesos han venido desarrollándose sin contar con una regulación uniforme, por lo que el objetivo de la presente investigación es poder llegar a esbozar una propuesta

³ DE TRAZEGNIES GRANDA (1995: 406).

⁴ PRIORI POSADA, Giovanni et al (2011).

que considere cuáles serán los alcances que la decisión del órgano jurisdiccional tendrá en este tipo de procesos.

3. La cosa juzgada y su aplicación en los procesos colectivos

La cosa juzgada es una garantía inherente al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y una de las características esenciales del derecho de la potestad jurisdiccional. Ello se debe a la necesidad de llegar a contar con decisiones inmutables que resuelvan de manera definitiva los conflictos⁵. Couture señala que la cosa juzgada “es la autoridad y eficacia de una sentencia cuando no existen contra ellos medios de impugnación que permitan modificarla”⁶. Permite, en suma, poner fin a una controversia, de modo que no pueda reabrirse posteriormente el proceso.

Las partes acuden ante un tercero imparcial, independiente y predeterminado por ley, para que resuelva su conflicto de intereses. Si bien el sistema otorga ciertos recursos que permiten controlar que la decisión del juez haya sido emitida respetando los derechos de las partes, existe la necesidad de poner fin a la posibilidad de interponer nuevos recursos en determinado momento, de modo que la sentencia que contenga esta decisión no admita mayores recursos (irrecurribilidad), no sea modificada (inmodificabilidad), ni alterada (inmutabilidad) y que sea ejecutada (ejecutabilidad). Por ello, el Estado atribuirá a esta decisión la calidad de cosa juzgada, a efectos de salvaguardar la seguridad jurídica como un valor de importancia vital para el Estado Constitucional de Derecho.

De este modo, el rol de la cosa juzgada es esencial, pues permite obtener un pronunciamiento firme sobre el proceso en que han batallado por largo tiempo las partes involucradas en la

⁵ GLAVE MAVILA (2013: 501).

⁶ COUTURE (1958: 401).

controversia. Al respecto, el Tribunal Constitucional de nuestro país ha señalado lo siguiente:

En opinión del Tribunal Constitucional, mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada *se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado*, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó⁷.

Una resolución, que adquiere la calidad de cosa juzgada, despliega una serie de efectos que nos llevan a la distinción de la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material.

Nos encontramos ante la cosa juzgada formal cuando la resolución despliega sus efectos dentro del mismo proceso en la que se dictó, mientras que, nos encontramos frente a la cosa juzgada material cuando una sentencia, con dicha calidad, proyecta sus efectos fuera del proceso⁸.

Es necesario tomar en cuenta que respecto a la cosa juzgada material, existen dos posibles efectos complementarios: (i) el excluyente, es decir, el impedir que inicie un proceso nuevo para discutir lo ya resuelto; y, (ii) el positivo o prejudicial, es decir, cuando se toma en cuenta lo resuelto como un punto de partida indiscutible, es decir, se concibe como presupuesto lo determinado en una sentencia con calidad de cosa juzgada⁹.

⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2005: FJ 38) [evidenciados nuestros].

⁸ LOURDES RICO (2011: 45-46).

⁹ RAMÍREZ JIMÉNEZ (2008: 269).

En principio, la sentencia que adquiere calidad de cosa juzgada, únicamente surte efectos entre las partes que participaron en dicho proceso *inter alias judicata*, pues, lógicamente, lo resuelto en un proceso no puede afectar a terceros que no fueron parte del proceso.

En esa línea, un proceso que tenga por objeto la tutela de intereses individuales no presenta problemas respecto a la cosa juzgada: sea cual sea el resultado, si la sentencia alcanza la autoridad de cosa juzgada, afectara a las partes que participaron, quienes no podrán discutir nuevamente el caso.

Sin embargo, en los procesos colectivos, “la principal nota característica [...] es la imperativa necesidad de delimitar, de manera diferencial, el rol de las personas que deberán tener sus esferas jurídicas alcanzadas por la cosa juzgada (inmutabilidad del comando de la sentencia)”¹⁰.

En palabras de Antonio Gidi:

Una acción es colectiva si resuelve los intereses de los miembros ausentes de un grupo. La sentencia debe tener *efectos obligatorios ultra partes*, más allá de las partes. *El carácter erga omnes (contra todos) de la cosa juzgada es un elemento esencial del procedimiento de la acción colectiva*. Una sentencia limitada a las partes presentes en el tribunal (incluyendo terceros intervinientes) destruye la esencia fundamental del proceso colectivo. Así, la doctrina de la cosa juzgada es probablemente el elemento más importante de cualquier legislación sobre acción colectiva¹¹.

Debido a que el carácter *ultra partes* de la sentencia en los procesos colectivos es fundamental, analizaremos a continuación la regulación de nuestro país relacionada a la cosa juzgada en el marco de dichos procesos, así como los distintos sistemas desa-

¹⁰ GIDI (2003: 261).

¹¹ GIDI (2004: 31) [evidenciados nuestros].

rollados en otros ordenamientos, ello con la finalidad de elaborar una propuesta que sea útil para determinar los alcances de la dicha sentencia en nuestro país. Para tales efectos, debemos tener en cuenta los derechos y valores que el legislador debe tener en cuenta al momento de regular dicha institución, dado que “puede ser considerado políticamente inaceptable que esta persona sea perjudicada en su esfera jurídica individual, sin tenerla oportunidad de ser escuchado y de defenderse en juicio”¹².

Por lo tanto, coincidimos con la afirmación que señala que al regularse los efectos de la sentencia con calidad de cosa juzgada en un proceso colectivo, el legislador deberá tener en cuenta la oportunidad de defenderse en un proceso (derecho de defensa) y que esta sea inmutable (seguridad jurídica).

4. El estado actual de los alcances de la cosa juzgada en los procesos colectivos en el Perú

En el Perú, la regulación sobre los procesos colectivos se ha desarrollado de manera disímil y dispersa. Disímil porque la regulación de la cosa juzgada ha sido concebida de manera distinta dependiendo del área del derecho en la cual nos encontremos, y dispersa, porque no se ha pensado en una regulación general sobre los efectos de la cosa juzgada en el Código Procesal Civil.

La regulación de los procesos colectivos se introdujo por primera vez bajo el Decreto Legislativo N° 613, Código del Medio Ambiente y de los Recursos Naturales, no obstante, solo respecto a los sujetos legitimados para defender el medio ambiente¹³. Pos-

¹² GIDI (2003: 265).

¹³ El artículo III del Título Preliminar del D.L. 613, Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales (Decreto Legislativo N° 613) establece: “LEGITIMACIÓN PARA ACTUAR EN DEFENSA DEL MEDIO AMBIENTE [...] Toda persona tiene derecho a exigir una acción rápida y efectiva ante la justificación en defensa del medio ambiente y de los recursos naturales y culturales. // Se puede interponer acciones, aún en los casos en que no se afecte el interés económico del demandante o

teriormente, en 1992, se promulga el Código Procesal Civil, el cual contiene un artículo (aún vigente) destinado a regular los procesos colectivos, determinando los alcances subjetivos de la cosa juzgada:

Artículo 82 del Código Procesal Civil.-

[...]

La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso.”

No obstante, esta regulación de los procesos colectivos se limita únicamente a la protección de los intereses difusos, dada la definición que realiza de los mismos¹⁴. A pesar de ello, el profesor Giovanni Priori considera que tanto la Convención Americana de Derechos Humanos como la Constitución Política peruana de 1993 señalan que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva exige la protección de cualquier situación jurídica merecedora de tutela, por lo que el reto depende del juzgador¹⁵. Ello implicaría no solo la regulación respecto a la legitimación, sino también para los alcances subjetivos de la cosa juzgada.

Igualmente, nuestra judicatura ha reafirmado la restricción de los sujetos legitimados a solamente aquellos enumerados en el artículo 82 del Código Procesal Civil, dejando un vacío con respecto a la regulación de los efectos subjetivos de la cosa juzgada¹⁶.

denunciante. El interés moral autoriza la acción aun cuando no se refiera directamente al agente o a su familia”.

¹⁴ PRIORI POSADA (2016: 6).

¹⁵ PRIORI POSADA (2016: 6).

¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (2008: Fj 63): “la legitimación únicamente les corresponde de manera exclusiva y excluyente a las entidades que se mencionan en el artículo 82° del Código Procesal Civil; por ende no puede ser ejercida por una persona natural, salvo que represente a una de las entidades señaladas en el mencionado artículo, tanto en su versión original como en su versión modificada”.

Ello es distinto en otros tipos de procesos, como los veremos más adelante.

De manera contemporánea, se promulgó el Decreto Ley N° 26102, Código de los Niños y Adolescentes¹⁷, que habilita a ciertas instituciones a tutelar los derechos de los niños y adolescentes que tengan el carácter de difuso, sin embargo, no hace ninguna referencia a los alcances de la sentencia con calidad de cosa juzgada.

Luego de la promulgación del Código Procesal Civil, la regulación sobre los procesos colectivos fue tomada en cuenta en los cuerpos legales posteriores. Así, tenemos en la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, que estableció la extensión de los efectos de la cosa juzgada a todos aquellos a los que representó el sindicato que interpuso la demanda¹⁸. Posteriormente, en el Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre facultades, normas y organización del Indecopi, al modificar algunos artículos del Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor, señaló que los efectos de la resolución afectarían a todos aquellos que no hayan manifestado su voluntad de separarse¹⁹.

¹⁷ Artículo 204 del Decreto Ley N° 26102, Código de los Niños y Adolescentes.- “PROTECCIÓN DE LOS INTERESES INDIVIDUALES, DIFUSOS Y COLECTIVOS.- Las acciones para la defensa de los derechos de los niños y adolescentes que tengan carácter de difusos ya sean individuales o colectivos, se tramitan por las reglas establecidas en el presente capítulo. Pueden demandar acción para proteger estos derechos los padres, los responsables, el Ministerio Público, el Defensor, los Colegios Profesionales, los Centros Educativos, los Municipios, los Gobiernos Regionales y las Asociaciones que tengan por fin su protección”.

¹⁸ Ley 26683, Ley Procesal del Trabajo: “Artículo 9.- CAPACIDAD DE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES.- Las organizaciones sindicales y asociativas constituidas y reconocidas de acuerdo a ley, tienen legitimación para la defensa de los derechos colectivos que les son propios”.

¹⁹ Artículo 51 del Texto único Ordenado del Decreto Legislativo N° 716, Decreto Supremo N° 039-2000-ITINCI.

Posteriormente, un nuevo Código de los Niños y Adolescentes se promulga bajo Ley N° 27337²⁰, el que, de manera similar a su antecesor, solo se limita a regular la legitimación de los sujetos habilitados para interponer una demanda destinada a tutelar los derechos de los niños y adolescentes con carácter difuso.

Más tarde se promulga la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, la cual tan solo regula la legitimidad para obrar activa, mas no los alcances de una resolución estimatoria en procesos colectivos²¹. Años después, se promulga la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional, que de la misma manera se limita a regular únicamente la legitimidad para obrar para la defensa de los intereses difusos²².

Con el mismo tenor, posteriormente, se optó por regular la legitimidad para obrar en la defensa de los intereses colectivos y difusos relacionados a la defensa del medio ambiente, mas no los efectos de la cosa juzgada bajo Ley N° 28611, Ley General del Ambiente²³.

Es recién con la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, que se regula la forma de ejecución de la cosa juzgada deri-

²⁰ Artículo 180 de la Ley N° 27337, Código de los Niños y Adolescentes: "Protección de los intereses individuales, difusos y colectivos.- Las acciones para la defensa de los derechos de los niños y adolescentes que tengan carácter de difusos ya sean individuales o colectivos, se tramitan por las reglas establecidas en el presente Capítulo. Pueden demandar acción para proteger estos derechos los padres, los responsables, el Ministerio Público, el Defensor, los Colegios Profesionales, los Centros Educativos, los Municipios, los Gobiernos Regionales y las asociaciones que tengan por fin su protección."

²¹ Artículo 12 de la Ley 27584.

²² Artículo 67 de la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional: "Tratándose de la defensa de derechos con intereses difusos o colectivos, la legitimación corresponderá a cualquier persona. Asimismo, la Defensoría del Pueblo puede iniciar procesos de cumplimiento".

²³ Artículo IV de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente.

vada de un proceso colectivo²⁴. Hay que enfatizar que la regulación de esta ley se refiere únicamente a la tutela de intereses individuales homogéneos, dado que los procesos individuales de liquidación que pueden realizar los miembros del grupo sobre la base de la sentencia colectiva, es en razón a los intereses particulares de cada uno.

Finalmente, la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, es la última norma en regular los efectos de una resolución que ampara una pretensión destinada a tutelar intereses colectivos y difusos de los consumidores²⁵. En efecto, en

²⁴ Artículo 18 de la Ley N° 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo: “Demanda de Liquidación de Derecho Individuales.- Cuando en una sentencia se declare la existencia de afectación de un derecho que corresponda a un grupo o categoría de prestadores de servicios, con contenido patrimonial, los miembros del grupo o categoría o quienes individualmente hubiesen sido afectados pueden iniciar, sobre la base de dicha sentencia, procesos individuales de liquidación del derecho reconocido, siempre y cuando la sentencia declarativa haya sido dictada por el Tribunal Constitucional o la Corte Suprema de Justicia de la República, y haya pasado en autoridad de cosa juzgada”.

²⁵ Artículo 130 de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor: “Procesos judiciales para la defensa de intereses difusos de los consumidores: “El Indecopi, previo acuerdo de su Consejo Directivo, se encuentra legitimado para promover de oficio procesos judiciales relacionados a los temas de su competencia en defensa de los intereses difusos de los consumidores, conforme al artículo 82° del Código Procesal Civil. Las asociaciones de consumidores debidamente reconocidas pueden promover tales procesos, sujetándose a lo dispuesto en el artículo 82° del Código Procesal Civil.”

Artículo 131 de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor: “Procesos judiciales para la defensa de intereses colectivos de los consumidores: “[...] 131.3 El juez confiere traslado de la demanda el mismo día que se efectúan las publicaciones a las que se hace referencia en el artículo 82° del Código Procesal Civil. El Indecopi representa a todos los consumidores y afectados por los hechos en que se funda el petitorio si aquellos no manifiestan expresamente y por escrito su voluntad de no hacer valer su derecho o de hacerlo por separado, dentro del plazo de treinta (30) días de realizadas dichas publicaciones.

ella podemos distinguir que los alcances subjetivos de una resolución favorable se extenderán hasta aquellos que no hayan hecho valer de manera expresa y por escrito su voluntad de no ser representado por Indecopi. Asimismo, es Indecopi quien reparte el monto obtenido entre la colectividad de consumidores afectados a prorrata o vela por su ejecución.

Así, podemos observar que solo existen tres (03) cuerpos normativos que han contemplado la regulación de la cosa juzgada en el ordenamiento procesal peruano: (i) el Código Procesal Civil; (ii) la Ley Procesal del Trabajo; y (iii) el Código de Protección y Defensa del Consumidor. No obstante, la regulación en ellos es distinta:

- a) Una primera tendencia, y que es de aplicación supletoria, es aquella del Código Procesal Civil, por el cual los efectos de la sentencia serán de aplicación general siempre y cuando el pronunciamiento sea favorable.
- b) Otra tendencia, es aquella regulada en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, por el cual los alcances de una resolución favorable solo podrán extenderse a los sujetos afectados, a menos que hayan manifestado lo contrario en un plazo prudencial.
- c) Una última tendencia, no se refiere a la regulación de los alcances de una sentencia con calidad de cosa juzgada, sino a la liquidación de la misma, la cual observamos en la Ley Procesal del Trabajo, a través de un proceso individual de liquidación al cual pueden acceder cada uno de los beneficiados con la sentencia.

5. *Análisis sobre los sistemas que regulan la cosa juzgada en los procesos colectivos*

A continuación realizaremos un análisis de los cuatro grandes sistemas que regulan los efectos de la cosa juzgada en los procesos colectivos. Dichos sistemas son: i) *opt in*; ii) *pro et contra*

con *opt out*, iii) *secundum eventum litis*; y iv) *secundum eventum probationis*. En ese sentido, a efectos de optar por alguna de las teorías, detallaremos en qué consiste cada una, así como las ventajas y desventajas que puede conllevar el adoptar alguna de ellas.

5.1. El sistema “opt in”

La teoría del *opt in* consiste en que “los miembros de una clase deberán expresar su voluntad de optar ser vinculados por la decisión para que esto realmente suceda. Sin optar por esa decisión, los miembros ausentes de la clase no se verán vinculados por la decisión adoptada en el proceso o el acuerdo llegado en una negociación y aprobado en el proceso”²⁶.

Nos encontramos frente a un sistema por adhesión, donde las personas que deseen vincularse, deberán manifestar su voluntad de integrarse al proceso para que sean afectados por el resultado del proceso. Por tanto, quienes no se adhieran, no serán alcanzados por los efectos de la decisión.

Entre las ventajas que nos ofrece el *opt-in* podemos mencionar las siguientes: (i) garantiza los derechos que le asisten a los miembros de la clase al expresar su interés en unirse al accionante; y, en consecuencia, (ii) permite la ejecución de la sentencia²⁷.

Por otro lado, las desventajas de este sistema respecto a la regulación de la cosa juzgada son mayores, pues los efectos subjetivos no alcanzan a quienes no se han adherido. En ese sentido, aquellos que decidan no adherirse podrían ejercitar su derecho de manera individual, existiendo un riesgo alto de sentencias contradictorias o difícilmente ejecutables²⁸. Tal como lo advierte el profesor Glave, “no se lograrían verdaderas acciones de clase con la

²⁶ GLAVE MAVILA (2013: 506).

²⁷ CÉSPEDES RÍOS (2017: 23).

²⁸ QUIROGA LEÓN (2013: 447).

fuerza necesaria para proteger los derechos de grupo”²⁹. Pellegrini también se pronuncia sobre este sistema, confirmando que la solución propuesta puede “desviar el proceso colectivo, frustrando sus ideales, sobre todo al resolver, de una vez por todas, litigios en masa, evitando la multiplicación de demandas, decisiones contradictorias y fragmentación de la labor jurisdiccional”³⁰.

En ese sentido, rechazamos la posibilidad de optar por dicho sistema para nuestro país, pues consideramos que de nada serviría inclinarse por un sistema que aumente el riesgo de sentencias contradictorias, más aún si el valor que está detrás de la cosa juzgada es la seguridad jurídica. Además, creemos que este sistema es contrario a la propia naturaleza de los procesos colectivos, los cuales buscan dar respuestas finales a conflictos que abarcan gran cantidad de afectados, pero que, de ningún modo, pueden representar una situación de incertidumbre inacabable para el demandado.

5.2. El sistema “pro et contra” con la opción de “opt out”

Otro de los sistemas que busca responder a la interrogante sobre cuáles deben ser los efectos de la cosa juzgada en los procesos colectivos es aquel que le otorga a la sentencia un efecto obligatorio general (para todo aquel que forme parte del grupo representado). Según esta teoría, que ha sido calificada como *pro et contra*, “la ley da efecto obligatorio general a la sentencia colectiva siendo irrelevante su resultado”³¹. Sea fundada o infundada la demanda, la sentencia tiene efecto definitivo tanto para el demandado como para el grupo representando por el o los demandantes, no siendo posible que se presente un nuevo reclamo relacionado a la materia controvertida.

²⁹ GLAVE MAVILA (2013: 506).

³⁰ PELLEGRINI (2012: 59).

³¹ PEREIRA CAMPOS (2014: 21).

Sin embargo, el que la propia naturaleza de este sistema implique que sus efectos alcancen a personas que podrían no desear ver sus reclamos resueltos todavía o que no deseen siquiera que exista un litigio que involucre sus intereses en absoluto³², ha llevado a una permanente tensión entre las ventajas y desventajas que involucran los derechos de las partes ausentes en un proceso colectivo³³. Por ello, allí donde se ha optado por un sistema de procesos colectivos basado en el *pro et contra* (por ejemplo, en el sistema norteamericano³⁴), se ha “entendido esta tensión e incluido medidas diseñadas para aminorarla”³⁵.

Estas medidas pueden no estar específicamente referidas a modificar los efectos de la cosa juzgada *per sé*, la cual no deja de tener el efecto obligatorio general que caracteriza al *pro et contra*. Sin embargo, sí permiten resolver la comentada tensión entre la autonomía individual de los litigantes y la necesidad de procesos de carácter masivo como son los procesos colectivos³⁶, al permitir a los primeros tomar decisiones individuales sobre sus propios derechos en el marco de esta clase de procesos.

Uno de estos mecanismos (quizá el que mayor atención ha recibido por parte de la doctrina y de mejor manera empleado en los sistemas *pro et contra*) es la opción o derecho de *opt out*. El *opt out* es la posibilidad que tienen los miembros del grupo de demandantes de excluirse de dicha demanda, para poder plantear acciones legales individuales (o separadas) o, simplemente, no plantear acción alguna. Según Estela Martínez este sistema “prevé la posibilidad de que algún interesado pueda excluirse de la acción

³² EISENBERG y MILLNER (2004: 1530).

³³ EISENBERG y MILLNER (2004: 1530).

³⁴ V.: RÍOS (2014: 189 ss) y VERBIC (2015).

³⁵ EISENBERG y MILLNER (2004: 1530) [traducción libre].

³⁶ PERINO (1997: 87).

(*opt out*) y por ende del resultado del proceso, para lo que impone medidas de notificación y publicidad del proceso”³⁷.

También ha sido caracterizado como un derecho por Perino, quien dice que este “provee a los miembros individuales del grupo con la opción entre seguir como miembros de dicho grupo, viéndose obligados por el resultado, o ‘salirse’ (*opting out*) de este y perseguir sus reclamos a través de adjudicaciones individuales”³⁸. La sentencia tendrá efectos generales y expansivos para todos los miembros del grupo y/o afectados por defecto, pudiendo estos renunciar a la acción de manera expresa (y previa) y así evitar que la sentencia que se dicte tenga efecto de cosa juzgada frente a ellos. Además, quienes se excluyan mantendrán su derecho a ejercer acciones posteriores.

Como ya se señaló más arriba, el sistema jurídico más emblemático en el empleo del *pro et contra* con la opción de *opt out* es el norteamericano³⁹, que faculta, en determinadas situaciones, a los miembros del grupo de los demandantes excluirse del proceso colectivo (denominado allí, *class action*⁴⁰) mediante el llenado de formularios de *opt out*⁴¹, en base a las Regla 23 de las Reglas Federales del Procedimiento Civil (*Federal Rules of Civil Procedure*), en particular la Regla 23(c)(2)(B)⁴². Decimos más emblemáti-

³⁷ MARTÍNEZ VÁSQUEZ (2012).

³⁸ PERINO (1997: 87). Traducción libre.

³⁹ Ver: GILLES, (2005).

⁴⁰ Sobre el concepto de *class actions* en el sistema norteamericano, recomendamos: EPSTEIN (2003).

⁴¹ SILVER (2000: 222).

⁴² Regla 23 (c)(2)(B): “*For (b)(3) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language: (i) the nature of the action; (ii) the definition of*

co, tanto por su impacto en la regulación en otros países (inclusive aquellos fuera del *common law*⁴³), como por ser, tal y como señala Mabel De los Santos, el sistema más importante y antiguo en desarrollar el tema de los procesos colectivos⁴⁴.

Una de las grandes ventajas de optar por un sistema de cosa juzgada como el reseñado es poner en cabeza de cada individuo la posibilidad de tomar la decisión sobre seguir en el proceso colectivo como parte de un grupo o, en cambio, litigar individualmente⁴⁵. Los efectos no serán obligatorios sin que aquel sea partícipe de dicha decisión, por lo que es difícil cuestionar la legitimidad de la adopción de la decisión final.

De igual manera, el que la decisión final genere cosa juzgada para un grupo determinado de personas (en tanto solo no será de aplicación para aquellos que expresamente se hayan apartado), da al demandado la fuerte seguridad jurídica sobre sus derechos, al poder prever, en caso la demanda sea declarada fundada, cuál será el monto total que se verá obligado a resarcir. Esto genera también un fuerte efecto sobre el sistema jurídico en su totalidad, pues da fin a un conflicto que, de lo contrario, quedaría abierto a futuras (e indeterminadas) demandas, litigios y conflictos en general, con los correlativos costos procesales que conllevan (tanto costos privados como sociales).

the class certified; (iii) the class claims, issues, or defenses; (iv) that a class member may enter an appearance through an attorney if the member so desires; (v) that the court will exclude from the class any member who requests exclusion; (vi) the time and manner for requesting exclusion; and (vii) the binding effect of a class judgment on members under Rule 23(c)(3)".

⁴³ Inclusive, Antonio Gidi (2004: 5) ha mostrado su preocupación sobre la traslación de la figura de las *class actions* (y sus regulaciones particulares) a sistemas de *Civil law*.

⁴⁴ DE LOS SANTOS (2006: 2).

⁴⁵ Ríos (2014: 189).

Asimismo, ello reduce los niveles de litigio, así como evita acumulación de procesos y litisconsorcios innecesarios, sin desmedro de que por los consustanciales efectos *erga omnes* que posee el *pro et contra*, facilita el acceso al sistema de tutela de derechos a quienes carecen de recursos o que se ven impedidos de hacerlo por vago conocimiento de ello.

Entre las desventajas del sistema, se encuentra el hecho que la propia naturaleza del proceso colectivo podría hacer que el *opt out* resulte una opción difícil de ser ejercida en la práctica. Después de todo, muchas veces los beneficios que podrían lograrse a través de un reclamo individual no son suficientes como para iniciar una demanda por sí solo, pues los costos de demandar de forma individual pueden ser muy altos. De este modo, tiene sentido que exista un proceso que acumule dichos reclamos en un solo proceso a partir del cual los demandantes puedan verse beneficiados. Bajo esa perspectiva, no muchos de los miembros del grupo representado optarán por “salirse” de la demanda colectiva, al carecer de incentivos para ejercer una nueva demanda por su cuenta.

Otra importante crítica se encuentra en el hecho que de ejercer muchos de los miembros del grupo representado la opción del *opt out*, la demanda colectiva y el proceso que deriva de ella dejaría de tener sentido como tal, al ser posible iniciar un número amplio de nuevos procesos.

En balance, pese a las posibles desventajas reseñadas que versan, sobre todo, por la efectiva (o inefectiva) aplicación de la opción del *opt out*, consideramos que la garantía que presenta este sistema de cosa juzgada sobre la seguridad jurídica del demandado y el nivel de litigiosidad del sistema, supera con creces los inconvenientes. Aun cuando no sea posible asegurar si muchas de las personas del grupo ejercerán la opción del *opt out* o si, por el contrario, el número será excesivo, la sola existencia de la opción permite a aquel que sienta que sus derechos no serán tutela-

dos de la mejor forma el poder excluirse del proceso y perseguir una tutela individual de ellos, sin desmedro de los derechos del demandado.

Por estas consideraciones, nos encontramos frente a un sistema que consideramos adecuado y uno de los que resuelve de mejor manera el problema de los alcances subjetivos de la cosa juzgada en procesos colectivos.

5.3. El sistema “*secundum eventum litis*”

La teoría *secundum eventum litis* establece que los efectos de la cosa juzgada se extienden a quienes no han sido parte del proceso únicamente si la sentencia declara fundada la pretensión; es decir, la sentencia tendrá efectos *erga omnes* si se declara fundada la demanda. Esta teoría es también conocida como preclusión unilateral (*one-way preclusion*) en la terminología del sistema norteamericano⁴⁶, sistema en el que se busca favorecer a la parte demandante. Por el contrario, si la sentencia declara infundada la pretensión, aquellos que no fueron parte del proceso tendrán el derecho de iniciar nuevos procesos sobre la misma controversia.

El artículo 82 del Código Procesal Civil, nuestra primera disposición que buscó regular los efectos de la cosa juzgada en los procesos colectivos, adopta la teoría de *secundum eventum litis*. Esta teoría se caracteriza por ofrecer una expansión de los efectos de la cosa juzgada respecto del colectivo involucrado, sistema que, creemos, presenta las siguientes ventajas: (i) evita la acumulación de procesos y el litisconsorcio; (ii) evita la posibilidad que se dicten sentencias contradictorias; (iii) reduce los índices de litigiosidad; y, (iv) facilita el acceso a la justicia a quienes carecen de recursos o se ven impedidos de acceder a la justicia.

Esta última ventaja es la que sustenta el sistema del *secundum eventum litis*, pues lo que busca este sistema es proteger a

⁴⁶ PEREIRA CAMPOS (2014: 21).

aquellas personas que, siendo miembros del grupo, jamás se apearonaron al proceso. La sentencia los vinculará únicamente en caso se logre un resultado favorable, es decir, de ser desfavorable, no será vinculante. Por lo tanto, se busca proteger a aquellos que supuestamente se encuentran en una situación desfavorable.

En esa línea, con este sistema los efectos de la cosa juzgada se mantendrán alineados con la finalidad de los procesos colectivos y se protegerá a aquellos que no participaron en el proceso en caso que el resultado los perjudique, reservándoles el derecho y la acción de iniciar un nuevo proceso.

Sin embargo, consideramos que la teoría del *secundum eventum litis* no es equitativa, pues se trata de una situación de privilegio a favor del demandante con perjuicio al demandado. Es cierto que podrían darse algunos privilegios a los demandantes en este tipo de procesos, pues partimos de la premisa de que nos encontramos frente a particulares en una situación de desventaja en relación con el demandado, sin embargo, debe existir siempre un balance y una protección a los derechos de ambas partes.

La solución de esta teoría supone una vulneración absoluta al principio de seguridad jurídica del demandado. Recordemos que el fundamento de la cosa juzgada es brindar a los justiciables la seguridad de que la decisión que da fin al proceso será inmutable e inmodificable, sin embargo, en este caso, la parte demandada, a pesar de contar con mayores recursos económicos y presentan menos costos dentro proceso en comparación con el colectivo que demanda, gastará mucho tiempo y dinero en ejercer su defensa

Imaginemos que el grupo afectado demanda a su contraparte y se expide una sentencia luego de diez (10) años de juicio, la cual declara infundada la demanda. Debe tomarse en cuenta que el demandado ejerció su derecho de defensa y logro un resultado favorable luego de litigar por diez (10) años, incurriendo en un

proceso largo y costoso, tomándole gran esfuerzo el obtener un resultado final y favorable.

Sin embargo, nos preguntamos: ¿realmente valió la pena esta larga lucha en el proceso judicial? Debe tomarse en cuenta que, luego de expedida la sentencia, cualquiera de los miembros del grupo que no formaron parte del proceso, individual o colectivamente, podrá interponer una nueva demanda sobre la misma controversia. El demandado litigará utilizando tiempo y recursos para que la decisión, de ser favorable para él, no ponga fin a la controversia, pues podrán demandarse nuevas pretensiones que incluso pueden ser idénticas a las ya resueltas.

En palabras de José María Salgado, existe un grave inconveniente: se prevé una *menor efectividad del sistema* por cuanto es dable pensar que serán promovidos procesos colectivos que *no lograrán extinguir el conflicto cuando la pretensión sea desestimada*⁴⁷. El demandado en un proceso colectivo nunca podrá cerrar la posibilidad de que se promuevan nuevos litigios en su contra por la misma cuestión y el no podrá reabrirlos: por lo tanto, se afecta gravemente su seguridad jurídica.

Consideramos que esta teoría es absolutamente contraria al principio de seguridad jurídica y que, si bien debemos buscar fomentar el acceso a la justicia, debemos hacerlo de manera razonable y protegiendo los derechos de todos los justiciables. Es injusto que el demandado incurra en considerables gastos económicos y temporales para jamás lograr un resultado final que lo mantenga en una perpetua situación de incertidumbre.

5.4. EL sistema “secundum eventum probationis”

Otra de los sistemas que puede adoptarse en relación a la cosa juzgada en los procesos colectivos que ha generado arduos debates y críticas es la teoría de la cosa juzgada *secundum even-*

⁴⁷ SALGADO (2016: 48).

tum probationem. Dicha teoría se encuentra recogida por el artículo 33 del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica y encuentra su origen en los artículos 103 y 104 del Código de Defensa del consumidor del Brasil. El Código Modelo señala que la sentencia tendrá efectos de cosa juzgada *erga omnes*, excepto cuando la pretensión fuera rechazada por insuficiencia de pruebas, en cuyo caso cualquier legitimado podrá intentar un nuevo proceso colectivo ejercitando la misma pretensión, aunque valiéndose de nueva prueba⁴⁸.

Es importante tomar en cuenta que dicha reglamentación se basó en los siguientes motivos:

Para los intereses o derechos difusos, el régimen de la cosa juzgada es siempre la eficacia de la sentencia *erga omnes* (o *ultra partes*), en caso de procedencia o improcedencia del pedido, salvo cuando la improcedencia se diera por insuficiencia de pruebas, hipótesis en la que la demanda puede ser repetida, con nuevas pruebas⁴⁹.

Al respecto, el profesor Bejarano señala que “son tres, entonces, los requisitos para que un legitimado pueda volver a promover una acción que ya fue rechazada: a. que se produzca rechazo de la pretensión; b. que ello ocurra por insuficiencia de pruebas; c. que al promover la nueva acción, ese legitimado se valga de una nueva prueba”⁵⁰. Asimismo considera que se “requiere fun-

⁴⁸ “Art. 33.- Cosa juzgada.- En los procesos colectivos de que trata este Código, la sentencia hará cosa juzgada *erga omnes*, excepto cuando la pretensión fuere rechazada por insuficiencia de pruebas, caso en el cual cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, si se valiere de nueva prueba. // Par. 1º. Asimismo, en la hipótesis de rechazo basado en las pruebas producidas, cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, en el plazo de 2 (dos) años contados desde el conocimiento de nueva prueba superveniente, que no hubiera podido ser producida en el proceso, siempre que ella sea idónea, por sí sola, para modificar el resultado del proceso”.

⁴⁹ BERIZONCE, PELLEGRINI y LANDONI (2004).

⁵⁰ BEJARANO (2008: 300).

damentalmente de un juez avezado y atento, en capacidad de detectar de manera nítida si se configura o no el evento de la insuficiencia de pruebas y si la nueva prueba que se ha de hacer valer en la otra acción es, efectivamente, novedosa o extraña al proceso anterior”⁵¹.

Por otro lado, la profesora Ada Pellegrini respalda la teoría de la cosa juzgada, ya que considera que en los procesos colectivos “el régimen de la cosa juzgada con relación a los intereses difusos y colectivos solo podría ser el de lo juzgado (y de su inmutabilidad) *erga omnes*, con el único carácter de la sentencia desfavorable por insuficiencia de pruebas, que simplemente no hace cosa juzgada”⁵². En ese sentido, Zufelato menciona que el sistema brasileño “si bien considera que no hay cosa juzgada para sentencias infundadas, no contempla el *opt out* con la misma esencia que en USA. Se notifica a los miembros del grupo para que éstos puedan aportar pruebas, no para que se excluyan del proceso”⁵³.

Algunos países latinoamericanos como Argentina y Chile han adoptado dicho sistema.

En el art. 33 de la Ley General del Ambiente argentina, se establece que “La sentencia hará cosa juzgada y tendrá efecto *erga omnes*, a excepción de que la acción sea rechazada, aunque sea parcialmente, por cuestiones probatorias”. Por lo tanto, se brinda la posibilidad de que pueda demandarse nuevamente si el rechazo se debió a defectos en materia probatoria, a pesar de ser un país con dos sistemas diferentes al regularse la cosa juzgada en materia de consumidor en base al *opt out* americano⁵⁴.

⁵¹ BEJARANO (2008: 300).

⁵² PELLEGRINI (2003).

⁵³ ZUFELATO (2015).

⁵⁴ PEREIRA CAMPOS (2014).

En el caso de Chile, la Ley de Protección del Consumidor en su artículo 54 expresa que “la sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad del o los demandados producirá efectos *erga omnes*”, lo que implica que se ha optado por extender los efectos de la sentencia a todo el grupo de consumidores afectados, hayan o no intervenido en el proceso⁵⁵. Para el caso que la sentencia definitiva rechace la pretensión contenida en la demanda, el inciso final del artículo 54 citado dispone que: “cualquier legitimado activo podrá interponer, dentro del plazo de la acción, ante el mismo tribunal y valiéndose de nuevas circunstancias una nueva acción, entendiéndose suspendida la prescripción a su favor por todo el plazo que duró el juicio colectivo”. Luego, la norma parece encontrar su antecedente en el sistema brasileño que sigue la regla del *secundum eventum probationem*⁵⁶.

Por lo tanto, nos encontramos frente a un sistema que gira alrededor del elemento de la prueba como causa para poder determinar si los efectos de la cosa juzgada cierran las puertas o no a los demás miembros que forman parte de la acción colectiva para iniciar un nuevo proceso. Pero no nos referimos a cualquier prueba, sino que, en palabras de Gidi:

[...] si la “nueva prueba” se limita a reafirmar lo que ya se sabe y no añade nada a la convicción del magistrado, no debe ser considerada como “nueva prueba”. El criterio que debe implementar el aplicador del derecho debe ser sustancial y no meramente formal. La nueva prueba debe ser sustancialmente innovadora y no apenas formalmente nueva⁵⁷.

Sobre esta teoría existen diversas valoraciones, por ejemplo, según el profesor Glave, “no parece ser justo que una persona que es también titular del derecho, cuya tutela se pretende, no pueda

⁵⁵ AGUIRREZABAL (2010: 99-124).

⁵⁶ PEREIRA CAMPOS (2014).

⁵⁷ GIDI (2003: 280 ss).

interponer una nueva demanda si es que la primera demanda fue planteada por una persona que no diseñó una buena estrategia o no contaba con pruebas suficientes”⁵⁸. Coincidimos en que no parece ser justo, pero, al mismo tiempo, consideramos que dicho pensamiento no toma en cuenta la inseguridad jurídica que puede generarse para el demandado.

Nuestra primera crítica a esta teoría, tal como se encuentra regulada en el derecho brasileiro, es la posibilidad de que aparezcan nuevas pruebas un año, dos años o hasta diez años después de haber obtenido una sentencia definitiva en el primer proceso iniciado por uno de los legitimados al interponer la acción colectiva. Imagine que sucedería si usted se encuentra ya confiado en que ha salido triunfante tras un largo y exhaustivo proceso, pero aparece una y otra vez una prueba nueva que hace que nunca se tenga la seguridad de que ha concluido el proceso. En ese sentido, el no tener límites para interponer una nueva demanda en base a la prueba nueva termina por generar un proceso inacabable.

Es por este motivo que, ante esta crítica, que fue compartida por algunos profesores españoles, “el Código avanza, admitiendo nueva acción, con base en pruebas nuevas, en el plazo de 2 (dos) años contado desde el conocimiento de la prueba nueva sobreviniente al proceso colectivo”⁵⁹. Otros autores coinciden en que el límite temporal para el conocimiento de nuevas pruebas que permitan interponer otra demanda en un proceso colectivo representa un importante avance⁶⁰, donde creemos que su fundamento se encuentra en la búsqueda de encontrar un equilibrio entre la posibilidad de subsanar la mala estrategia procesal o el desconocimiento de nuevas circunstancias por el demandante inicial cuya demanda fue desestimada, por un lado, y la seguridad del deman-

⁵⁸ GLAVE MAVILA (2011: 345).

⁵⁹ BERIZONCE, PELLEGRINI y LANDONI (2004).

⁶⁰ DE LOS SANTOS (2006).

dado de poder saber que el proceso podrá concluir finalmente, por el otro.

Sin embargo, sostenemos que el límite temporal de dos años para el conocimiento de pruebas nuevas no representa la medida idónea para poder dar fin a la inseguridad jurídica que tanto hemos criticado en las líneas anteriores. Y es que si bien el Código Modelo establece un primer límite, éste resulta insuficiente al tratarse de un límite temporal relacionado al conocimiento del demandante de la nueva prueba, lo cual conlleva que pueda dicha prueba aparecer mucho después de finalizado el primer proceso, lo cual genera que se mantenga la incertidumbre en el demandado con respecto al momento en el que tendrá fin el proceso.

Por lo tanto, creemos que si bien esta teoría presenta buenas intenciones en la búsqueda de que los demandantes no se vean afectados por una mala estrategia procesal en la presentación de pruebas, en el fondo terminan por crear un proceso que puede extenderse de forma excesiva y que deja al demandado en una situación de incertidumbre. En ese sentido, concluimos que esta teoría de la cosa juzgada en los procesos colectivos no resulta idónea para lograr un proceso justo para las partes.

6. La prueba dinámica y las facultades del juez

Luego de haber realizado un análisis de la teoría *secundum eventum probationem* y haber concluido que resulta un sistema que sitúa al demandado en una situación de incertidumbre al abrir las puertas a un nuevo proceso con el conocimiento de nuevas pruebas, una posible interrogante que automáticamente surge es la siguiente: ¿qué sucede entonces con aquel afectado que se ha visto perjudicado por una mala estrategia procesal al presentarse material probatorio insuficiente o al no haberse presentado las nuevas pruebas que el afectado sabe pueden cambiar el resultado del proceso?

De acuerdo a los argumentos ya desarrollados, hemos optado por una posición que se inclina a no admitir que pueda dejarse sin efecto la cosa juzgada por insuficiencia de pruebas o nuevas pruebas. Sin embargo, en el presente trabajo de investigación, consideramos de vital importancia tomar en cuenta una propuesta que ha sido recogida por el Código Modelo y que ha tenido un importante desarrollo en la doctrina argentina, especialmente en el trabajo del profesor Jorge Peyrano. A continuación, desarrollaremos brevemente el concepto de prueba dinámica y analizaremos si puede ser considerada como una opción intermedia que permita que los demandantes que no participaron en el primer proceso, no se vean afectados por una mala estrategia procesal y que, al mismo tiempo, otorgue la seguridad jurídica que corresponde al demandado que ha obtenido una sentencia con calidad de cosa juzgada.

El artículo 12 del Código Modelo ya mencionado, establece lo siguiente: “La carga de la prueba incumbe a la parte que posea conocimientos científicos, técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad para su demostración”. En ese sentido, encontramos que el Código recoge la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, también llamada en España como la de mayor facilidad o disponibilidad probatorias⁶¹. Y es justamente en el ordenamiento jurídico español que se recoge en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la prueba dinámica, donde se señala que “el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.

Jorge Peyrano señala que la noción más utilizada para referirse a la prueba dinámica “es aquella conforme a la cual (presuponiendo siempre un entorno excepcional) corre con la carga de la prueba la parte que se encuentre en mejores condiciones profe-

⁶¹ PEYRANO, M. (2004: 179 ss).

sionales, fácticas o técnicas para producirla”⁶². Asimismo, señala que la regla de carga probatoria dinámica más difundida es la aceptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, la cual consiste en “un desplazamiento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos”⁶³.

En ese sentido, recae en el juez la potestad de determinar quién se encuentra en mejor condición para aportar al proceso determinada prueba, siendo posible el traslado de la carga de la prueba más allá de la posición de demandante o demandado que poseen las partes. En esa línea, es necesario analizar cuál debe ser el rol del juez frente a las cargas probatorias dinámicas en los procesos colectivos y si la regulación del Código Modelo resulta una propuesta que permita suplir la prohibición de reabrir el proceso por insuficiencia de pruebas o nuevas pruebas que hemos sostenido anteriormente.

Consideramos que “el rol del juez en este tipo de procesos resulta trascendente [debido] a las características de los derechos colectivos, [requiere] un juez que asuma un mayor protagonismo en el proceso, a fin de dar adecuada cobertura a los derechos en discusión”⁶⁴. Por lo tanto, al tener que desplegarse los poderes-deberes del juez con la mayor intensidad en los procesos colectivos⁶⁵, no cabe duda que éste tiene la misión de distribuir la carga probatoria siempre en la búsqueda de un proceso justo y donde

⁶² PEYRANO, J. (2011: 4).

⁶³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (1997).

⁶⁴ MARTÍNEZ VÁSQUEZ (2012).

⁶⁵ BERIZONCE (2005: 5-11).

pueda encontrarse el equilibrio que tanto reclamamos anteriormente para ambas partes frente a la cosa juzgada en esta clase de procesos.

Y es que resulta fundamental tomar en cuenta que partimos de una concepción que se basa en que el demandado, salvo ciertas excepciones, se encuentra en una mejor posición para probar los hechos que han dado origen a la controversia, al tratarse de una parte procesal que ha logrado afectar a una cantidad significativa de personas y que no tiene los altos costos de coordinación y comunicación que presenta el grupo colectivo afectado. En ese sentido, de advertir el juez que el demandado se encuentra en mejor posición para probar, por presentar mejores condiciones técnicas o profesionales, no debe dudar en trasladar a éste la carga de la prueba. Esto no evita que de no advertir que las circunstancias lo ameriten, deba mantener las cargas procesales como son concebidas de forma clásica.

Por lo tanto, coincidimos con Jorge Peyrano al señalar que las particularidades de los procesos colectivos justifican la aplicación de cargas probatorias dinámicas, donde debe tomarse en cuenta que se trata de una potestad discrecional, que, sin embargo, no debe convertirse en una potestad arbitraria. En ese sentido, creemos que será posible encontrar un proceso justo donde las partes no se vean perjudicadas por los efectos de la cosa juzgada, cuando “el legislador del futuro instrumente un proceso colectivo con cargas probatorias ‘realistas’ y ajustadas a las circunstancias del caso, y no, en cambio, atadas a tradiciones jurídicas propias de siglos pasados”⁶⁶.

Si bien el concepto de la prueba dinámica o la inversión de la carga de la prueba hacia la parte que se encuentre en mejor situación para probar no se encuentra reconocida por nuestro ordenamiento jurídico, consideramos que para evitar que se dic-

⁶⁶ PEYRANO, J. (2012).

ten gran cantidad de sentencias que declaren infundada la demanda en estos procesos por insuficiencia de pruebas, es fundamental incentivar a que los jueces apliquen la teoría de prueba dinámica en el caso concreto, donde es necesario tomar en cuenta que no debe limitarse a una mera potestad del juez, sino que cuando las circunstancias lo ameriten, debe convertirse en una obligación para el juez en función de una mejor distribución de la carga probatoria.

7. Nuestra propuesta

Luego de haber analizado cada uno de los principales sistemas desarrollados a nivel doctrinario y a nivel de derecho comparado, hemos descartado tres de ellos: dos por afectar gravemente el principio de seguridad jurídica del demandado y uno por ser absolutamente contrario a la propia naturaleza de los procesos colectivos (nos referimos a la teoría del *opt in*).

Consideramos que la teoría *pro et contra* con la opción de *opt out* para los efectos de la cosa juzgada, es el sistema adecuado para la protección de los derechos de ambas partes en un proceso colectivo. Hemos llegado a esta conclusión debido a que deja en libertad de los demandantes la decisión de ser vinculados o no por los efectos de la decisión, y, a su vez, se protege a la parte demandada con una mayor seguridad jurídica, pues es posible concluir definitivamente la controversia, independientemente del resultado.

Un extremo que debe ser analizado con cuidado al momento de regular los efectos de la cosa juzgada, en caso de optarse por esta teoría, es la correcta notificación a todos los miembros del grupo que han visto afectados sus derechos. El juez, en ejercicio de su facultad de proteger los derechos inherentes a la tutela jurisdiccional efectiva, deberá velar por una adecuada notificación a todos los miembros, de modo que ellos, de considerarlo conveniente, puedan ejercer su derecho a excluirse de los efectos de la cosa juzgada. Para ello, deberán utilizarse medios de notificación

de naturaleza pública como edictos, así como medios de notificación personal, de modo que no pueda alegarse la falta de notificación como excusa para no verse vinculados.

Por otro lado, si bien somos conscientes que hemos optado por una posición que niega la posibilidad de reabrir un proceso con calidad de cosa juzgada por insuficiencia de pruebas o nuevas pruebas (*secundum eventum probationis*), consideramos que la teoría de la carga de la prueba dinámica puede representar una solución al hecho que los demandantes del grupo colectivo puedan verse afectados por una mala estrategia procesal en el primer proceso donde se obtuvo una sentencia infundada. En ese sentido, consideramos fundamental que se recoja en la norma legal, y de forma expresa, la regulación de la carga probatoria dinámica en los procesos colectivos, donde las circunstancias permitan que el juez tenga la posibilidad de trasladar la carga probatoria a la parte que se encuentre en mejor posición frente a determinado hecho vital para resolver el caso.

En ese sentido, proponemos repotenciar el rol que debe tener el juez en el proceso, de modo que, al encontrarse frente a un proceso colectivo, tenga el deber de ejercer correctamente su facultad para trasladar la carga probatoria en caso advierta que las circunstancias lo ameriten. Tal como hemos evidenciado anteriormente, el proceso colectivo parte de la premisa de una situación en la cual los demandantes podrían encontrarse frente a una mayor dificultad probatoria, por lo que creemos que debe recaer en el juez el deber de lograr un equilibrio entre la posibilidad de subsanar la mala estrategia procesal (en favor del colectivo afectado), por un lado, y la seguridad de poder saber que el proceso podrá concluir definitivamente (en favor del demandado), por el otro.

Dicha facultad, de ninguna manera puede ser entendida como una decisión arbitraria del juez, quien debe evaluar las circunstancias del caso concreto y motivar tanto su aplicación como

su rechazo, prohibiéndose bajo cualquier circunstancia que la carga probatoria dinámica se convierta en una decisión arbitraria.

8. Conclusiones

- a) El sistema de Derecho Procesal debe responder al desarrollo y evolución de nuestra sociedad y sus exigencias; la concepción clásica del proceso debe adaptarse a las nuevas necesidades sociales.
- b) La aparición de intereses propios de una colectividad social ha generado la necesidad de reanalizar la regulación clásica de los viejos institutos procesales, cuyo diseño inicial respondió a la tutela de intereses individuales.
- c) La cosa juzgada es una garantía inherente a la tutela jurisdiccional efectiva y una de las características esenciales del derecho a la potestad jurisdiccional, por la necesidad de contar con decisiones inmutables, con efectos *inter parte*. La cosa juzgada en procesos colectivos presupone la modificación a un concepto *ultra parte* y a un efecto *erga omnes*.
- d) La teoría de *opt in* consiste en que los miembros de una clase deben adherirse a un proceso para ser vinculados por este. Si bien este sistema favorece la libertad de los demandantes para adherirse a un proceso colectivo y puede reducir los costos de ejecución, consideramos que este sistema no es adecuado debido a que existe un riesgo de sentencias contradictorias, y, principalmente, no es coherente con la propia naturaleza de los procesos colectivos al no lograrse una verdadera protección de los intereses de grupo.
- e) La teoría *pro et contra* con la opción de *opt out* supone que los efectos serán *erga omnes* independientemente del resultado de la sentencia; previendo la facultad de los miembros de excluirse de los efectos de la decisión. Con-

sideramos que la garantía de la seguridad jurídica a favor del demandado supera cualquier inconveniente que pueda presentar esta teoría.

- f) La teoría *secundum eventum litis* establece que los efectos de la cosa juzgada se extienden a quienes no han sido parte del proceso únicamente si se declara fundada la pretensión. Consideramos que si bien tiene una serie de ventajas de acuerdo a la naturaleza de los procesos colectivos, se afecta grave y desproporcionadamente el derecho a la seguridad jurídica de los demandados.
- g) La teoría *secundum eventum probationis* propone que la cosa juzgada no siempre ponga fin al proceso; se puede reabrir con una posterior demanda si se presenta una situación de insuficiencia de pruebas o nueva prueba. Consideramos que si bien permite iniciar un nuevo proceso a quienes no tuvieron acceso a suficientes pruebas, se afecta grave y desproporcionadamente el derecho a la seguridad jurídica de los demandados.
- h) La teoría de la prueba dinámica podría ser la solución para suplir los efectos de rechazar la teoría *secundum eventum probationis*. Consideramos que no es correcto permitir que se reabra un proceso por insuficiencia de pruebas o ausencia de ellas por la situación de incertidumbre que se genera a la parte demandada. Para suplir el problema de la insuficiencia de pruebas o ausencia de éstas, consideramos que se debe otorgar a los jueces la facultad de aplicar a carga probatoria dinámica, debiendo motivar si se resiste a pesar de que las circunstancias ameritan su aplicación.
- i) Nuestra propuesta opta una regulación legislativa que adopte el sistema *pro et contra* con la opción de *opt out*, por considerar que es la respuesta más adecuada para la protección de los intereses de ambas partes, y, conside-

ramos fundamental que se otorgue al juez la facultad de poder trasladar la carga de la prueba a través de la teoría de la prueba dinámica si las circunstancias lo ameritan. Dicha facultad exige una motivación tanto en su aplicación como en el caso en que se rechace, no siendo posible que la decisión sea arbitraria.

Referencias

AGUIRREZABAL, Maite

2010 “La extensión de los efectos de la sentencia dictada en procesos promovidos para la defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios: régimen en la ley chilena de protección al consumidor”. *Ius et praxis*. Vol. 16. Talca, pp. 99-124.

BEJARANO GUZMÁN, Ramiro

2008 “La cosa juzgada en los procesos colectivos”. En *Derecho procesal. XXI Jornadas Iberoamericanas*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima.

BERIZONCE, Omar

2005 “Procesos colectivos y acciones de clases: problemas que suscita la legitimación y el alcance de la cosa juzgada”. En *Libro de ponencias generales y trabajos seleccionados. XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal*. Mendoza.

BERIZONCE, Roberto, Ada PELLEGRINI y Ángel LANDONI

2004 “Exposición de Motivos. Anteproyecto de Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica”. *Revista Iberoamericana de derecho procesal*. Año IV, N° 5.

CÉSPEDES RÍOS, Helena Lucía

2015 “Sistema Opt-In: la respuesta a una épica batalla entre la acción de clase y el arbitraje”. *Revista de Derecho Privado*. Bogotá, N° 54, julio-diciembre, pp. 1-31. Consulta: 10 de mayo de 2017.
DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.54.2015.04>

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

2008 *Casación N° 1465-2007-CAJARMARCA*. “Sentencia dictada por el Primer Pleno Casatorio civil realizado por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República”. Lima, 22 de enero.

COUTURE, Eduardo

1958 *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Tercera edición. Buenos Aires: Roque Depalma Editor.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA

1997 Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Pinheiro, Ana María y otro c/ Instituto de Servicios Sociales para el Personal Ferriovario". Sentencia: 10 de diciembre de 1997.

DE LOS SANTOS, Mabel

2006 "Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos". *Revista internauta de práctica jurídica*. N° 18.

DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando

1995 *La responsabilidad civil extracontractual*. Tomo II. Lima: PUCP, Fondo Editorial.

EISENBERG, Theodore y Geoffrey P. MILLNER

2004 "The Role of Opt-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues". *Vanderbilt Law Review*. Volumen 57, pp. 1529-1567.

EPSTEIN, Richard A.

2003 "Class Actions: Aggregation, Amplification and Distortion". John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 182.

GIDI, Antonio

2003 "Cosa juzgada en acciones colectivas". En *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. México D.F.: Porrúa.

2004 *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de Derecho Civil*. México D.F.: UNAM.

GILLES, Myriam

2005 "Opting Out of Liability: The Forthcoming, Near-Total Demise of the Modern Class Action". *Michigan Law Review*. Volumen 104.

GLAVE MAVILA, Carlos

2011 "El proceso colectivo según el Código de Consumo". *Revista de Derecho Administrativo*. No. 11. Lima: PUCP, pp. 343-355.

2013 “La ausencia de un modelo de tutela de derechos colectivos”. En PRIORI POSADA, Giovanni (Coordinador). *Las garantías del justo proceso. Ponencias del III Seminario Internacional Proceso y Constitución*. Lima: Palestra.

LOURDES RICO, Ana María

2001 *La cosa juzgada: su tratamiento en la L.E.C.* Coruña: Tórculo.

MARTÍNEZ VÁSQUEZ, Estela

2012 “Doctrina del día: la cosa juzgada en los procesos colectivos”. <http://thomsonreuterslatam.com/2012/09/doctrina-del-dia-la-cosa-juzgada-en-los-procesos-colectivos/>

MONTERO AROCA, Juan

2000 *El Derecho procesal en el Siglo XX*. Valencia: Tirant lo Blanch.

PELLEGRINI, Ada.

2003 *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. México D.F.: Porrúa.

2012 “Los procesos colectivos y las acciones de clase desde la perspectiva del derecho civil”. *Libro de Ponencias de la I Conferencia Internacional y XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Buenos Aires: Asociación Argentina de Derecho Procesal.

PEREIRA CAMPOS, Santiago

2014 “Los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos/class actions en América”. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Volumen 40, N° 40.

PERINO, Michael A.

1997 “Class Action Chaos? The Theory of the Core and an Analysis of Opt-Out Rights in Mass Tort Class Actions”. *Emory Law Journal*. Volumen 46, pp. 85-161.

PEYRANO, Jorge W.

2011 “Cargas probatorias dinámicas”. *La Ley. Boletín*, 1 de agosto.

2012 “Inserción de las cargas probatorias dinámicas en los procesos colectivos”. *Revista de Derecho Procesal*. Número extraordinario - Procesos colectivos, pp. 249ss.

PEYRANO, Marcos

2004 “La teoría de las cargas probatorias dinámicas en la flamante Ley de Enjuiciamiento Civil española (ley 1/2000)”. En *Cargas probatorias dinámicas*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

PRIORI POSADA, Giovanni

2016 “Comentario al artículo 82 del Código Procesal Civil”. En CAVANI, Renzo (Coordinador). *Código Procesal Civil Comentado*. Tomo I, Lima: Gaceta Jurídica.

PRIORI POSADA, Giovanni *et al.*

2011 *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Lima: ARA.

QUIROGA LEÓN, Anibal

2013 “Legitimación y cosa juzgada en los procesos colectivos en el Perú”. En PRIORI POSADA, Giovanni (Coordinador). *Las garantías del justo proceso. Ponencias del III Seminario Internacional Proceso y Constitución*. Lima: Palestra.

RAMÍREZ JIMÉNEZ, Nelson

2008 “El Código Modelo de Procesos Colectivos y su influencia en Iberoamérica”. En *XXI Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Lima: Fondo Editorial Universidad de Lima.

RÍOS, Guillermo Cristian

2014 *Derecho del consumidor, daños masivos y acciones de incidencia colectiva*. Tesis de Magíster en Derecho con Orientación en Análisis Económico del Derecho. Bahía Blanca: Universidad Nacional del Sur.

SALGADO, José María

2016 “Pretensión representativa y cosa juzgada colectiva”. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*. Volumen 6, No. 1. Lima: PUCP.

SILVER, Charles

2000 “Class Actions – Representative Proceedings”. En BOUCKAERT, Boudewijn y Gerrit DE GEEST (editores). *Encyclopedia of Law and Economics. Volumen V: The Economics of Crime and Litigation*. Cheltenham: Edward Elgar.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

2005 Expediente N° 4587-2004-AA/TC. Sentencia: 9 de noviembre de 2005.

VERBIC, Francisco

2015 “Procesos colectivos y protección de las garantías en el proceso”. En *III Congreso Internacional de Derecho Procesal Garantías Constitucional en el Proceso*. San José: Universidad de Costa Rica.

ZUFELATO, Camilo

2015 “La cosa juzgada en procesos colectivos”. Clase dictada en la Maestría de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 16 de Noviembre.