

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



La tutela de los intereses supraindividuales y el dilema de la legitimidad para obrar en el mecanismo procesal de la *class action* y su posible aplicación en el Perú

TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE BACHILLER EN DERECHO

AUTOR

Muñoz Sivana Jaqueline Katherine

ASESOR

León Vásquez Jorge Luis

2020

Sumilla: El presente artículo surge a raíz de la deficiente y disgregada regulación de la tutela colectiva en el Perú. Esta regulación conlleva a que la tutela pretendida no sea la adecuada y que el proceso no sirva como instrumento para lograr la protección de los derechos supraindividuales. En este orden de ideas, los objetivos del presente trabajo son, en primer lugar, determinar si es conveniente o no modificar la regulación actual de los procesos colectivos y, en segundo lugar, si se debe optar por un sistema Opt In u Opt Out atendiendo a las circunstancias particulares de la sociedad peruana, así como determinar a qué persona o personas debería corresponder la legitimidad para obrar para participar en los procesos colectivos. Por ello, la tesis central del presente trabajo es que se necesita mejorar la regulación actual y que esta debe estar consagrada principalmente en el Código Procesal Civil, así como incluir algunas características de la regulación de la *class action* norteamericana. Finalmente, luego de analizar la experiencia comparada de México, Brasil, Colombia y Estados Unidos, se llega a la conclusión de que, efectivamente, se debe modificar el marco normativo de la tutela colectiva y que esta nueva regulación debe incluir algunas características de la regulación de la *class action* norteamericana, principalmente acoger un sistema Opt Out. Asimismo, respecto a la legitimidad para obrar activa la conclusión arribada es que se debe permitir que tanto una persona natural como persona jurídica puedan reclamar por la clase, pero siempre cumpliendo requerimientos especiales certificados por el juez dado que en este tipo de procesos están en juego los derechos de un gran número de personas.

Summary:

This article arises as a result of the deficient and disintegrating regulation of collective protection in Peru. This regulation means that the intended guardianship is not adequate and that the process doesn't serve as an instrument for achieving the protection of supra-individual rights. In this order of ideas, the objectives of this work are, first of all, to determine whether it is convenient or not, to change the current regulation of collective processes and, secondly, whether to opt for an Opt In or Opt Out system based on the particular circumstances of Peruvian society as well as determining which person or persons should be entitled to act to participate in collective processes. Therefore, the central thesis of this work is the need to improve the current regulation and that this must be enshrined mainly in the Code of Civil Procedure, as well as include some characteristics of the American class action regulation. Finally, after analyzing the comparative experience of Mexico, Brazil, Colombia and the United States, it is concluded that the regulatory framework for collective protection must indeed be changed and that this new regulation should include some characteristics of the American class action regulation, mainly adopt an Opt Out system. Also, with regard to the legitimacy to act activates the conclusion reached is that both a natural person and a legal entity should be allowed to claim for the class, but always meeting special requirements certified by the judge given that in these types of processes the rights of a large number of people are at stake.

Índice

Introducción	1
Capítulo I	4
1. Tipología de intereses supraindividuales	4
1.1. Definición de los intereses y derechos individuales homogéneos	5
1.2. Definición de los intereses y derechos colectivos	6
1.3. Definición de los intereses y derechos difusos	6
Capítulo II	7
2. Regulación de la tutela colectiva	7
2.1. Regulación de la tutela colectiva en países de Latinoamérica	7
2.2. Regulación de la tutela colectiva en Estados Unidos	11
2.3. Regulación de la tutela colectiva en Perú	12
Capítulo III	15
3. Class action en Perú	15
3.1. Modificación y adecuación de la regulación de la tutela colectiva	15
3.2. Legitimidad para obrar y la representación	18
Capítulo IV	20
4. Ejemplos prácticos sobre la funcionalidad de la tutela colectiva	20
Conclusiones	22
Referencias	24

Introducción

Actualmente, los desafíos a los que se enfrenta la sociedad ya no se circunscriben a la existencia de conflictos que involucran a un individuo, como demandante, frente a otro, como demandado. Por el contrario, las personas viven en una sociedad globalizada, donde las relaciones y, con ello, las controversias, involucran a un numeroso grupo de personas.

En esta línea, alrededor del mundo distintos ordenamientos jurídicos han optado por implementar mecanismos que permitan tutelar aquellos intereses y derechos supraindividuales que merecen protección. En Norteamérica, se tiene a Estados Unidos como un país que ha regulado la institución procesal de la *class action* para atender tales intereses colectivos. De la misma manera, en Latinoamérica, países como Brasil, México, Colombia, entre otros se han ocupado de regular la tutela colectiva, cada uno con sus particularidades.

Ahora bien, en el Perú, si bien existe una regulación para la tutela colectiva esta se encuentra disgregada por materias: laboral, ambiental y protección al consumidor, de manera independiente, con lo cual no se puede hablar de la existencia de una efectiva tutela de derechos colectivos, cuando se cuenta con una regulación poco o nada integrada y que se limita a ciertas materias.

En consecuencia, considerando que el proceso debe ser aquel instrumento que permita lograr una tutela jurisdiccional efectiva de los derechos e intereses, sería apropiado adoptar una regulación que permita tutelar, coherentemente, aquellos derechos e intereses que no son individuales, evitando así sentencias contradictorias y contribuyendo a la economía procesal. En este sentido, la presente investigación analiza la poca integración de la regulación de la tutela colectiva en Perú y, por lo tanto, la necesidad de mejorar su regulación, guiándonos de la experiencia internacional y, principalmente, de la figura de la *class action* norteamericana.

Se precisa que el marco teórico-normativo que se ha utilizado para la investigación parte inicialmente del artículo 82 del Código Procesal Civil peruano, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 1093-JUS. Esto porque referido artículo es el que regula el tema de los derechos supraindividuales y su tutela en el Perú. Se incluye también legislación especial respecto a cada materia. En efecto, para el ámbito del derecho laboral se tiene como marco normativo la Nueva Ley Procesal del Trabajo, Ley N° 29497. En la misma línea, para el área de protección al consumidor, se recurre al Código de Protección y Defensa del Consumidor. Asimismo, otro instrumento normativo es la Ley que Regula del Proceso Contencioso Administrativo, Ley N° 27584, en lo que respecta a la tutela de intereses difusos.

A partir de esta visión panorámica del actual marco normativo peruano se podrá tener una conclusión e identificación de los vacíos y contradicciones que existen respecto a la tutela colectiva de los intereses supraindividuales.

A nivel latinoamericano, el instrumento normativo que se ha considerado es el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal con la dirección de Antonio Gidi, Ada Pellegrini Grinover y Kazuo

Watanabe, y publicado con fecha 25 de marzo de 2019. Este Código Modelo contiene principios rectores de los procesos colectivos y lineamientos para una regulación uniforme de la defensa de intereses supraindividuales. En efecto, como su nombre lo señala es un modelo que como parte del *soft law* sirve de guía en caso se quiera tratar normativamente la tutela colectiva en el Perú.

Finalmente, otro instrumento parte del marco teórico-normativo y de elaboración más reciente es el Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil, elaborado por el Grupo de Trabajo encargado de revisar y proponer mejoras al Código Procesal Civil, dicho equipo fue encabezado por Giovanni Priori Posada y Dante Apolín Meza. Asimismo, estuvo integrado por Juan Luis Avendaño Valdez, Mario Luis Reggiardo Saavedra, Eleuterio Nelson Ramírez Jiménez, Martín Alejandro Hurtado Reyes, Carmen Julia Cabello Matamala, Juan Eulogio Morales Godo, Renzo Ivo Cavani Brain, Christian Alex Delgado Suárez, y Rolando Alfonso Martel Chang, de acuerdo con la Resolución Ministerial 0299-2016-JUS. En la misma línea, para la elaboración del artículo jurídico se ha tomado en consideración la Exposición de Motivos de este Proyecto. Cabe señalar que estas dos fuentes contienen acápite destinado a la futura y posible regulación de los procesos colectivos en el Perú, por lo que debe ser tomado en cuenta para la investigación.

Por otro lado, respecto al marco metodológico de la presente investigación se ha utilizado información que se encuentra recopilada en libros y artículos académicos. De esta manera, se recurre a la doctrina especializada y con prestigio en el tema de la tutela colectiva. La información recopilada es tanto de fuentes nacionales como extranjeras, ya que como la institución procesal analizada es la tutela colectiva y, con ello, la *class action* requiere que tenga en cuenta la experiencia básicamente de Estados Unidos de Norteamérica, pero también de otros países que han adoptado un modelo inspirado e influenciado por el mecanismo de las *class actions*.

Ahora bien, queda descartado en este trabajo la recopilación de información que se derive de testimonios o algún tipo de entrevistas. Por el contrario, la realización del artículo jurídico sí toma en consideración datos históricos y contemporáneos sobre la experiencia de otros países y sus legislaciones. Ello implica recurrir al derecho comparado y casos reales pues el tema a desarrollar es uno que todavía se encuentra implementado débilmente en el país.

En este orden de ideas, el método utilizado para la ejecución del artículo jurídico ha sido el método analítico. Esto implica realizar y estudiar con profundidad la tutela colectiva y la institución de la *class action* norteamericana, junto con el presupuesto procesal de la legitimidad para obrar activa, es decir para accionar o demandar, respecto de este mecanismo de tutela colectiva. De la misma manera, el tema de investigación es descompuesto para poder analizar cada componente de este y llegar a una construcción sólida aplicable en Perú.

En la misma línea, para el desarrollo del presente trabajo se ha utilizado el método comparativo, ya que por la propia naturaleza del tema y su débil implementación en el país es preciso recurrir a análisis comparativos con experiencias de otros países, particularmente Estados Unidos. En consecuencia, parte del trabajo implica el desarrollo de una descripción de la *class action* norteamericana y el tratamiento de los procesos colectivos en Latinoamérica con la finalidad de estudiar su rol en cada sociedad en particular, en cada sistema jurídico y

tradición jurídica. Esto conlleva a que se compare y se analice las cualidades de la institución de la class action en un contexto particular.



Capítulo I

1. Tipología de intereses supraindividuales

Actualmente, el desarrollo económico, político y social ha propiciado el surgimiento de conflictos que involucran a más de un individuo como integrante de una de las partes materiales y/o procesales del proceso. Esta evolución ha traído como consecuencia que muchos académicos, en Perú y en distintos países del mundo, centren sus esfuerzos en investigar el tema en cuestión, puesto que como bien se sabe el proceso debe servir como un instrumento para la tutela de los derechos de las personas, ya sea de manera individual o supraindividual.

Por ello, para comenzar con la presente investigación es preciso realizar una clasificación de los intereses y derechos supraindividuales, la misma que es respaldada por la doctrina. Sin embargo, antes de analizar referida clasificación conviene distinguir los siguientes conceptos: intereses y derechos subjetivos.

Al respecto, desde una perspectiva económica, es natural que las personas tengan necesidades las cuales pueden ser satisfechas con un bien determinado. Esta situación es la que se conoce como interés. Según, Priori Posada, (2019) “el interés es entonces la relación que existe entre una persona y un bien, luego que aquella ha identificado a éste como apto para satisfacer una necesidad” (p. 99). En este contexto, es lógico que las personas de una sociedad tengan varias necesidades, pero los bienes que existen para satisfacerlas no sean suficientes y es ahí cuando se presenta un conflicto de intereses.

Ocurrido este conflicto, el Derecho interviene estableciendo ciertos intereses que deben ser preferidos frente a otros. De esta manera, mientras que los sujetos con el interés que no ha sido preferido serán titulares de una situación jurídica subjetiva de desventaja, aquellos intereses que prevalecen se les denomina interés jurídicamente relevante y estos dan lugar a que el sujeto sea titular de una situación jurídica subjetiva de ventaja. Así pues, una situación jurídica de ventaja implica una serie de derechos subjetivos, es decir, para satisfacer esa situación jurídica de ventaja preferida, el Derecho brinda ciertas facultades o derechos subjetivos.

De esta manera, según Escobar Rozas, (2002) el derecho subjetivo hace posible la realización de un interés porque el primero es un instrumento para el segundo. Siendo ello así, queda claro cuál es la relación entre interés y derecho: el interés es un concepto previo que puede ser satisfecho mediante el ejercicio de un derecho subjetivo. (p. 290) En consecuencia, como señala Giovanni Priori, la tutela jurisdicción se encuentra orientada a lograr la protección de las facultades que conforman el derecho subjetivo y, con ello, poder satisfacer el interés (Priori Posada, 1997, p. 99).

Al respecto, el interés es un concepto que interviene en el plano económico o, si se quiere más ampliamente, fuera del Derecho. Así, en un primer momento existe el interés, pero, luego, el Derecho a decisión del legislador y de acuerdo con los principios y valores de el ordenamiento jurídico, decide proteger un interés por sobre otro y es en este segundo momento cuando interviene el concepto de derecho. Entonces, como ambos conceptos están

estrechamente ligados, pues, finalmente, el ejercicio de un derecho logrará la satisfacción del interés, a lo largo del presente artículo se hará referencia a intereses, derechos o intereses y derechos, sin que esto desnaturalice la aclaración realizada en los párrafos precedentes.

Ahora bien, los derechos supraindividuales son aquellos que se distinguen de los individuales, dado que estos últimos son los que involucran a un solo sujeto como único integrante de cada parte material y/o procesal. Como ha señalado Priori, “el interés individual parte de reconocer necesidades de un sujeto individual, las cuales pueden ser satisfechas mediante bienes aptos para ello” (Priori Posada, 1997, p. 99).

Del otro lado, derechos supraindividuales son aquellos intereses que se encuentran fuera del tradicional concepto de los intereses individuales, es decir aquellos que involucran como una de las partes del proceso a más de un sujeto. Estos derechos supraindividuales se pueden clasificar en (i) intereses y derechos difusos, (ii) intereses y derechos colectivos y (iii) intereses y derechos individuales homogéneos.

Es preciso señalar que esta clasificación ha sido considerada por ser la referente en la doctrina y la recogida por el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal a raíz de la propuesta de Antonio Gidi y aprobado en octubre del año 2004, fecha a partir de la cual ha sido un referente en materia de regulación de tutela colectiva.

1.1. Definición de los intereses y derechos individuales homogéneos

Son bien conocidos los intereses individuales, es decir aquellos que recaen sobre un sujeto determinado. En esta lógica, los intereses individuales homogéneos son un conjunto de intereses individuales cuyo tratamiento y tutela conviene que sea llevada a cabo de manera conjunta.

Al respecto, el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal ha señalado que los intereses individuales homogéneos son entendidos como “el conjunto de derechos subjetivos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase”. Institución Iberoamericana de Derecho Procesal, (2004). En consecuencia, son intereses individuales homogéneos aquellos que, si bien pueden tutelarse de manera individual, por tener un origen común resulta idóneo que sean objeto de una tutela colectiva.

En el mismo sentido, autores como Priori et al., (2011) y Glave Mavila, (2013) señalan que los intereses individuales homogéneos se refieren a un bien jurídico divisible, pero que como tienen un origen común en la conducta de la contraparte son tutelados colectivamente.

Asimismo, como bien menciona Apolín Meza, (2012), en teoría, es posible que los afectados ejerzan su derecho de acción, y con ello su derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, de manera individual, pero queda la duda si esta forma sea la más viable para obtener una efectiva tutela (p.188).

1.2. Definición de los intereses y derechos colectivos

A diferencia de los intereses individuales que corresponden a una sola persona determinada, los derechos colectivos son aquellos cuyo ejercicio permitirá la satisfacción de los intereses de personas que vinculadas por una relación jurídica forman un grupo organizado.

Al respecto, autores como Apolín Meza, (2012), Priori et al., (2011) y Glave Mavila, (2013) concuerdan con la clasificación que se ha tomado como referencia en este trabajo. En este sentido, consideran que los derechos colectivos son aquellos que tienen como titulares a un número indeterminado pero determinable de personas y que entre ellos mismos o con la parte contraria existe una relación jurídica previa.

En este sentido, lo característico de este tipo de intereses es que existe una vinculación jurídica entre los sujetos del grupo, grupo que si bien, en principio, es indeterminado puede ser determinable. Esto es lo que los diferencia de los intereses y derechos difusos que serán explicados posteriormente.

Asimismo, se debe tener en cuenta que, de acuerdo con Priori, “se trata de intereses que pertenecen a ese conjunto organizado de individuos y que se distinguen del interés individual de cada uno de ellos” (Posada, 1997, p. 99). Es así que se está frente a un derecho o interés que corresponde a un grupo de personas quienes para ser tutelados tendrán que accionar de manera colectiva puesto que la necesidad de su interés solo puede ser satisfecho con relación al grupo en conjunto.

1.3. Definición de los intereses y derechos difusos

El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica realiza la distinción en su artículo 1 entre derechos difusos y los intereses individuales homogéneos. Siendo así que los primeros son definidos como aquellos intereses o derechos supraindividuales, “de naturaleza indivisible, de que sea titular un grupo, categoría o clase de personas ligadas por circunstancias de hecho o vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base” (Institución Iberoamericana de Derecho Procesal, 2004). En este concepto se encuentran inmersos los derechos colectivos en sentido estricto, que fueron explicados en la sección anterior, y los derechos difusos.

En lo que respecta a los derechos difusos, estos son los que agrupan aquellos intereses que en la práctica no es posible que su tutela o satisfacción involucre a un solo individuo o sujeto, debido a que por su naturaleza fáctica tal interés y derecho congrega y vincula a un grupo de sujetos, por lo que merecen una tutela colectiva. En este sentido, mientras que los derechos colectivos se encuentran vinculados con la tutela de un grupo de sujetos vinculados por una relación jurídica base, los derechos difusos son los que pertenecen a un grupo cuyos integrantes se encuentran unidos por una situación de hecho.

En esta línea, autores como Priori et al., (2011) y Glave Mavila, (2013) toman como referencia una tipología similar en la que se distingue entre derechos difusos, derechos colectivos e intereses individuales homogéneos. En tal sentido, los derechos difusos son

aquellos de naturaleza indivisible referidos a un número indeterminado e indeterminable de personas titulares los mismos que se encuentran conectados fácticamente, mas no en lo jurídico, es decir que se encuentran vinculados en los hechos por un daño que involucra a un grupo de individuos que no se puede determinar.

En suma, de lo mencionado, se observa entonces que la doctrina realiza una clasificación concordante con la del Código Modelos de Procesos Colectivos para Iberoamérica, la misma con la que concuerdo. Primero, los intereses y derechos individuales homogéneos son aquellos intereses que siguen siendo individuales, pero cuya tutela debe ser conjunta. Segundo, los intereses y derechos colectivos son aquellos que se satisfacen con relación a un grupo de sujetos determinable que se encuentra vinculado por una relación jurídica base. Tercero, los intereses y derechos difusos cuya titularidad pertenece a un grupo de sujetos indeterminado e indeterminable dado que se encuentran vinculados en los hechos. Así pues, dicha clasificación de los intereses y derechos que no son individuales es de suma importancia, ya que el tema que será abordado en el presente trabajo se encuentra relacionado con la tutela colectiva de los derechos y es preciso no confundir términos.

Capítulo II

2. Regulación de la tutela colectiva

2.1. Regulación de la tutela colectiva en países de Latinoamérica

Conviene, llegado a este punto, tener en consideración algunos países latinoamericanos que se han preocupado por regular la tutela colectiva. Específicamente, es importante resaltar a quiénes han considerado como sujetos legitimados y cuáles son los efectos de la sentencia. Se advierte que estos dos aspectos son clave en la tutela de los intereses y derechos supraindividuales dado que, finalmente, como se sabe, el proceso es un instrumento que debe servir de la mejor manera para lograr la tutela de aquellos derechos que el Derecho los considera merecedores de protección.

Comenzando por México, es preciso señalar que en este país no existió, sino hasta el año 2000, un sustento constitucional de la tutela colectiva. Así pues, en el año 2000 se incorporó expresamente en el párrafo tercero del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la siguiente disposición:

“El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos”

Asimismo, el Código Federal de Procedimientos Civiles contiene un libro, el quinto, destinado a la regulación de las acciones colectivas. Así, en lo que respecta a la legitimación,

el artículo 585¹ considera que los sujetos legitimados son la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y la Comisión Federal de Competencia. Asimismo, se establece que la colectividad debe estar conformada por al menos treinta miembros.

Asimismo, de acuerdo con Gidi, (2012), México ha seguido el sistema Opt In para regular los efectos de la tutela colectiva. El referido mecanismo Opt In consiste en que los miembros de la clase deben manifestar su voluntad en sentido afirmativo para poder verse vinculados por la decisión final que recaiga sobre la clase de acciones. Por ello, aquellos miembros que estuvieron ausentes no se verán afectados por la decisión, puesto que nunca manifestaron su decisión o voluntad de querer ser vinculados. (pp. 894-936)

Al respecto, la justificación que se encuentra detrás de este mecanismo es que aquella persona que sea vinculada haya tenido la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, puesto que conoce y ha manifestado su voluntad de ser parte de la clase.

Sin embargo, cabe preguntarse si con este mecanismo se puede tener una verdadera clase y ello porque si el mecanismo de la *class action* está pensado para la protección de intereses supraindividuales, entonces el grupo que busca tutela no debería estar conformado por unas cuantas personas, sino por un "grupo". No obstante, podría considerarse, en el caso de México, como su regulación establece que el número de integrantes del grupo sea de al menos treinta, es posible que este riesgo sea evitado.

Más allá de la específica regulación mexicana, optar por un sistema Opt In podría traer el riesgo de que, en la medida en que se requiere de la manifestación de voluntad para quedar vinculado, la clase esté conformada por unos pocos sujetos, restándole fuerza al grupo. Asimismo, este trabajo se alinea en la posición de Quiroga Leon, (2013) que considera que los sujetos que no expresen su voluntad de querer ser parte de la clase, podrán iniciar otros procesos con el riesgo de que existan sentencias contradictorias.(p. 447)

Ahora bien, no se debe dejar pasar por alto que en el caso de México la tutela colectiva mediante la acción colectiva solo se ejerce en tres ámbitos: consumo de bienes, servicios financieros y medio ambiente. Al respecto, como señalan Elizalde Castañeda & Morales Arzate, (2010) esta regulación es prohibitiva dado que solo se contemplaron tres materias de aplicación, dejando sin tutela a casi la totalidad de derechos difusos.(p. 49)

En la misma línea, una regulación limita la tutela colectiva a determinadas áreas puede constituir un peligro para el ejercicio de la tutela jurisdiccional efectiva. No se encuentra mayor

¹ "Artículo 585.- Tienen legitimación activa para ejercitar las acciones colectivas: I. La Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y la Comisión Federal de Competencia; II. El representante común de la colectividad conformada por al menos treinta miembros; III. Las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas al menos un año previo al momento de presentar la acción, cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia de que se trate y que cumplan con los requisitos establecidos en este Código, y IV. El Procurador General de la República."

razón que la mera decisión del legislador para restringir la tutela colectiva. Por ello, es conveniente que el Perú tome en consideración esta experiencia mexicana y evite que la tutela colectiva esté restringida a ciertas áreas.

Por otro lado, la tutela colectiva en Colombia surge en 1998 con la Ley N° 472 la cual regula los intereses colectivos y de grupo. En relación a las acciones populares, estas se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro o agravio sobre los intereses y derechos colectivos. El artículo 12 de la Ley N° 472 señala que la legitimidad para interponer este tipo de demandas le corresponde a cualquier persona, organizaciones no gubernamentales, organizaciones populares o cívicas, entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, la defensoría del pueblo, el procurador general de la nación, personeros distritales y municipales, alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de estos derechos.

De otro lado, las acciones de grupo son aquellas interpuestas por un conjunto de personas que comparten condiciones uniformes respecto de una misma causa. Estas deben estar compuestas veinte personas como mínimo y la legitimidad la posee la persona que hubiese sufrido el perjuicio individual.

Asimismo, la Ley N° 472 establece en su artículo 56² que un miembro de la clase no quedará vinculado con los efectos de la sentencia cuando la persona vinculada por la sentencia, pero que no participó en el proceso, demuestre que sus intereses no fueron representados en forma adecuada por el representante del grupo o que hubo graves errores en la notificación, o cuando haya solicitado su exclusión del grupo de manera expresa. En este sentido, la regulación colombiana se encuentra dentro del sistema Opt Out.

En un modelo Opt Out, la regla es que la decisión final, previa calificación de la demanda como una *class action*, vinculará a todos los miembros, sea la sentencia fundada o infundada, salvo que manifiesten su decisión de no querer ser vinculados (Gidi, 2012, pp. 894-936). Este sistema sería el más idóneo para la tutela colectiva.

Es preciso señalar que la regulación de las *class actions* en Estados Unidos también se enmarca dentro de este sistema Opt Out, pero como país pionero merece un análisis más profundo, el mismo que se realizara en las próximas líneas de la presente investigación.

En el caso de Brasil, este es uno de los países pioneros en la regulación de la tutela colectiva en Latinoamérica. Así, en el año 1977 se promulgó la Ley de Acción Popular y, posteriormente, apareció la Ley de Acción Civil Pública del año 1985, una ley especial que regula todo lo concerniente a la tutela colectiva. Un aspecto importante de esta regulación es que no se restringe solo a determinadas materias como el caso de México, sino que engloba cualquier derecho difuso o colectivo que pudiera surgir.

² “Art. 56. Exclusión del grupo. (...) Un miembro del grupo no quedará vinculado a los efectos de la sentencia en dos situaciones:

a) Cuando se haya solicitado en forma expresa la exclusión del grupo en el término previsto en el inciso anterior [...].”

Asimismo, con relación al reconocimiento constitucional, posteriormente, en el año 1988 se reconocieron expresamente los derechos colectivos. Finalmente, en el año 1990 se promulgó el Código de Defensa del Consumidor, cuya regulación es de aplicación a cualquier derecho colectivo de cualquier materia y no solo restringido al consumidor. Conviene señalar que este Código, en su artículo 81³, recoge la distinción realizada en la sección anterior referida a los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos.

Al respecto, se considera acertado el modelo brasileiro que plantea una sola regulación de aplicación transversal a todos los casos de tutela colectiva sin distinguir de qué materia se trate. De esta manera, el legislador ha optado por respetar la integración y unidad del ordenamiento jurídico, evitando posibles regulaciones contradictorias.

En cuanto a la legitimación, la legislación brasileña determina los sujetos representantes de la clase. Así, en el artículo 82⁴ de su Código establece como legitimados al Ministerio Público, Municipios, entidades de la Administración Pública y asociaciones legalmente constituidas. Asimismo, no prevé un sistema de certificación de la clase para iniciar el proceso colectivo como sí ocurre en la regulación americana.

De lo señalado, se puede notar que países de Latinoamérica como México, Colombia y Brasil, aunque con matices en la manera de cómo regularla, han previsto en su ordenamiento jurídico la regulación de la tutela colectiva. En México se tiene un reconocimiento constitucional de la tutela colectiva y un libro completo en su Código Federal de Procedimientos Civiles en el que regula la materia estableciendo una legitimidad por parte de diferentes entidades y para los efectos de la sentencia adopta el sistema Opt In. No obstante, la tutela colectiva solo alcanza a tres materias. Colombia cuenta con una Ley que se encarga de regular la tutela colectiva estableciendo una legitimidad bastante amplia desde personas naturales hasta diferentes entidades y un sistema Opt Out. Finalmente, Brasil, país pionero en Latinoamérica y que prevé una legitimidad para distintas entidades. Entonces, habiendo llegado a este punto, conviene detenerse en la regulación de la *class action* norteamericana, cuyo ordenamiento pertenece a la tradición jurídica del *Common Law*.

³“Artículo 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

⁴ “Artículo 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear. (...)”

2.2. Regulación de la tutela colectiva en Estados Unidos

Continuando con el análisis de las *class actions*, en Estados Unidos este instituto se encuentra regulado en el artículo 23 de la *Federal Rules of Civil Procedure* a partir del año 1938. En este artículo se establecen los siguientes requisitos generales para poder llevar a cabo una *class action*.

En primer lugar, se requiere que el número de miembros de la clase sea tan numeroso que la reunión de todos ellos sea impracticable. No obstante, cabe hacer la aclaración que este requisito no debe ser analizado en términos estrictamente numéricos, sino que el análisis dependerá de la materia ante la cual el juez se encuentre. Esto implica un análisis de “la distribución geográfica del grupo, el nivel de dificultad en encontrar e identificar a los miembros individuales del grupo, la composición interna del mismo, en cuanto a sus miembros, el tamaño de las pretensiones individuales y, el interés en adelantar acciones individuales, entre otros” (Villamil Rincón, 2017, p. 30).

Al respecto, es importante que el legislador no establezca un número determinado de personas para que la clase sea considerada válida, como lo han hecho los legisladores de México, estableciendo un mínimo de treinta personas, o Brasil, estableciendo un mínimo de veinte personas. Por el contrario, y como bien rige en el derecho norteamericano, es necesario que la “numerosidad” se evalúe con relación al caso específico y sobre criterios objetivos.

Segundo, se necesita identificar las cuestiones de derecho o de hecho comunes a la clase, es decir que conecten a los miembros. Justamente, porque se está ante una tutela colectiva se requiere que exista una base fáctica o jurídica que vincule a los miembros del grupo y, con ello, que el conflicto sea resuelto en un solo proceso.

En tercer lugar, las demandas o defensas de los representantes deben ser típicas de las demandas o defensas de los miembros de la clase. Es acertado este requisito dado que lo que se quiere proteger es que los intereses de la clase se encuentren en sintonía con los del representante de manera que se asegure una defensa idónea.

Por último, los representantes para ser tales deben proteger justa o adecuadamente los intereses de la clase. Al respecto, de acuerdo con Antonio Gidi, la representación adecuada “es un corolario de la garantía del debido proceso legal, siendo considerada suficiente para asegurar la garantía de que cada miembro del grupo sea oído individualmente en juicio” (Gidi, 2004, p. 5). En efecto, se requiere el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos mencionados para que la acción colectiva sea admitida a trámite.

Asimismo, de acuerdo con Mario Reggiardo, son los representantes de la clase quienes pueden accionar, pero para ello primero deben describir la clase a la que van a representar frente al juez. Es decir, se debe acreditar la existencia de la clase y, segundo, presentar una petición de certificación de la demanda con la finalidad de que el juez apruebe la definición de la clase y los requisitos especiales aplicables al caso.

En este contexto, la certificación de la clase es una decisión procesal en la que se analizan los requisitos generales, independiente de la materia que se pretende resolver mediante la actividad jurisdiccional. Además, permite conformar una entidad jurídicamente reconocida. Posteriormente, se procede con la notificación a los miembros de la clase para que puedan excluirse y no sean vinculados con la decisión. Cabe señalar que el representante de la clase debe ser miembro de la misma y no debe tener un conflicto de interés con los miembros de la clase para que así represente de manera idónea a todos los miembros (Reggiardo Saavedra, 2013, pp. 477-498).

Asimismo, como fue mencionado anteriormente, el mecanismo procesal de la *class action* en Estados Unidos se encuentra dentro de un sistema Opt. Out, en el cual la regla es que la decisión final, favorable o no, vinculará a todos los miembros de la clase, salvo que algún miembro exprese su voluntad de no querer verse afectado por la decisión. Este sistema se encuentra relacionado con la efectiva representación de los miembros de la clase y una adecuada notificación a los mismos del inicio de un proceso de *class action*, ambos puntos serán explicados en las siguientes líneas.

En consecuencia, cuando en líneas anteriores se mencionaba una efectiva representación dentro de un sistema Op Out. hacía referencia a los requisitos para llevar un proceso de *class action* justo, lo cual implica una debida acreditación de la clase que debe realizar el representante frente al juez, cumpliendo los requisitos mencionados. De acuerdo con Gidi, (2004) en estos casos el rol del juez es relevante en tanto es el quien deberá analizar si es que el representante de la clase tiene las condiciones para actuar en beneficio del grupo. De esta manera, se busca mitigar los riesgos que podrían afectar a aquellos miembros ausentes de una acción de clase de naturaleza indemnizatoria, bajo el sistema del Op Out. (p. 6)

2.3. Regulación de la tutela colectiva en Perú

Habiendo observado la regulación de la *class action* en Estados Unidos, conviene realizar una descripción de la situación actual de la regulación de los procesos colectivos en Perú. En este sentido, es preciso partir del artículo 82 del Código Procesal Civil, este es el único artículo que regula la tutela de los intereses difusos, como el medio ambiente, patrimonio cultural, histórico o del consumidor.

“Artículo 82.- Patrocinio de intereses difusos

Interés difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor.

Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro que según la Ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello.

Las Rondas Campesinas que acrediten personería jurídica, tienen el mismo derecho que las Comunidades Campesinas o las Comunidades Nativas en los lugares donde éstas no existan o no se hayan apersonado a juicio. Si se promueven procesos relacionados con la defensa del medio ambiente o de bienes o valores culturales, sin la intervención de los Gobiernos Locales indicados en el párrafo anterior, el Juez deberá incorporarlos en calidad de litisconsortes necesarios, aplicándose lo dispuesto en los Artículos 93 a 95.

En estos casos, una síntesis de la demanda será publicada en el Diario Oficial El Peruano o en otro que publique los avisos judiciales del correspondiente distrito judicial. Son aplicables a los procesos sobre intereses difusos, las normas sobre acumulación subjetiva de pretensiones en lo que sea pertinente.

En caso que la sentencia no ampare la demanda, será elevada en consulta a la Corte Superior. La sentencia definitiva que declare fundada la demanda, será obligatoria además para quienes no hayan participado del proceso.

La indemnización que se establezca en la sentencia, deberá ser entregada a las Municipalidades Distrital o Provincial que hubieran intervenido en el proceso, a fin de que la emplee en la reparación del daño ocasionado o la conservación del medio ambiente de su circunscripción.”

De este artículo se advierte que existe una regulación ínfima de los procesos colectivos en el Código Procesal Civil referidos a los derechos o intereses individuales, la que se limita a nombrar cuáles son las instituciones que pueden promover o intervenir en este proceso y remite a las normas en materia de acumulación subjetiva de pretensiones. En este sentido, se concuerda con Antonio Gidi cuando señala que “esta insuficiencia legislativa trae muchos riesgos, pero también una gran oportunidad para desarrollo jurisprudencial” (Gidi, 2010, p. 361).

Así pues, se puede comentar que sí existe una regulación en el país sobre los procesos colectivos; sin embargo, esta se restringe a los derechos difusos e incluso en este caso todo se limita a un artículo del Código Procesal Civil y leyes a parte en materia de protección del consumidor, medio ambiente o trabajo.

Asimismo, se advierte que el legislador ha tenido una visión restringida al no tener en consideración la completa clasificación o tipología tradicional de los intereses colectivos, mencionada en líneas anteriores, que incluye a los derechos difusos, derechos colectivos e intereses individuales homogéneos. En consecuencia, estos últimos intereses y derechos podrían quedar desprotegidos y dejados a la suerte de que el juez los considere o no dentro del supuesto del artículo bajo comentario.

Así también, al dar una definición de lo que son los derechos difusos, el legislador ha restringido la posibilidad de que, mediante una interpretación amplia y no literal, pueda considerarse a los derechos colectivos e intereses individuales homogéneos comprendidos en el supuesto de hecho regulado en el artículo 82 del Código Procesal Civil. En efecto, se puede hablar de una restricción parcial al acceso a la justicia, ya que en el caso de los intereses individuales homogéneos no se cumplirían los requisitos exigidos para la acumulación procesal. Entonces, como cada uno tendría que demandar de manera

independiente, se corre el riesgo de sentencias contradictorias y, además se incrementarían los costos.

Ahora bien, además de la regulación planteada en el Código Procesal Civil, en materia ambiental se tiene la ley N°28611, Ley General del Ambiente, en cuyo artículo 143 se señala lo siguiente: "Cualquier persona, natural o jurídica, está legitimada para ejercer la acción a que se refiere la presente Ley, contra quienes ocasionen o contribuyen a ocasionar un daño ambiental". En la misma línea, la ley N°27854 que regula el Proceso Contencioso Administrativo otorga legitimidad a cualquier persona.

En este sentido, cabe mencionar que, si bien el Código Procesal Civil no otorga legitimidad para obrar a las personas naturales, bajo la ley N°28611 y N°27854 cualquier persona natural podría accionar en defensa del medio ambiente. Es importante tomar nota al respecto dado que en el capítulo 4 se presentará un caso real relacionado con esta "incongruencia". En consecuencia, de acuerdo con Glave "sin duda, hoy cualquier persona puede promover una demanda de amparo o contencioso administrativa que tenga por objeto la protección del medio ambiente y no sabemos si el resultado de ese proceso afectará a todos los miembros del grupo" (Glave Mavila, 2013, p. 509).

En lo que corresponde al derecho laboral, la Nueva Ley Procesal del Trabajo su artículo 9 permite que cualquier trabajador pueda demandar. Otra diferencia con el Código Procesal Civil, es que esta ley sí tutela a los intereses individuales homogéneos. No obstante, según Glave, "si bien son identificables las líneas generales del modelo adoptado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo para la tutela de derechos supraindividuales vinculados al ámbito laboral, también es cierto que existen vacíos que reflejan la ausencia de un sistema integrado de tutela de derechos supraindividuales en el Perú" (Glave Mavila, 2013, p. 512). Por lo tanto, en material laboral contamos con una ley que protege los intereses individuales homogéneos, pero en la que existen vacíos que darían lugar a sentencias contradictorias e inseguridad jurídica.

En este sentido, un vacío se encuentra respecto a los efectos de la sentencia. Si bien regula los efectos de una sentencia fundada, no regula los de una sentencia que declara infundada la demanda. Otro vacío consiste en que no se sabe si un sujeto del grupo puede defender su derecho de forma individual y no verse vinculado por lo que se decida en un plano colectivo.

Asimismo, si bien esta ley regula cuáles son los efectos de una sentencia que declare fundada la demanda, no es una regulación efectiva. Esto porque, como indica Giannini, (2007), después de la sentencia fundada, cada miembro debe iniciar otro proceso para que se liquide su derecho reconocido. (pp. 117-118)

Por último, respecto de la regulación de protección al consumidor, se tiene el Código de Protección y Defensa del Consumidor que otorga legitimidad al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) y a aquellas asociaciones que se encuentren autorizadas por INDECOPI. Como se podrá advertir, esta regulación difiere de la tendencia general impuesta por el Código Modelo de

Procesos Colectivos en el que se prevé que cualquier persona tiene legitimidad para iniciar un proceso en tutela de un grupo.

Asimismo, esta regulación en materia de protección del consumidor estaría siendo menoscabada por la ley N°27854 que regula el Proceso Contencioso Administrativo, al cual como mencionamos otorga legitimidad a cualquier persona. En este sentido, se presenta una contradicción en el ordenamiento jurídico peruano. Esto porque de acuerdo con la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo cualquier consumidor podría presentar una demanda contencioso administrativa que tenga por objeto la tutela de un interés difuso de los consumidores, pero, de otro lado, de acuerdo con la regulación en materia de defensa del consumidor ello no es posible.

Asimismo, con relación al Código de Protección y Defensa del Consumidor y el Reglamento de Procesos Judiciales para la Defensa de los Intereses Colectivos de los Consumidores y Fondo Especial para el Financiamiento y Difusión de Derechos de los Consumidores, se debe señalar que sí bien presenta una regulación más completa que la ley laboral, tiene deficiencias. Este Código plantea una clasificación de intereses colectivos y difusos como el Código Modelo, pero esta tipología no contempla a los intereses individuales homogéneos. Para Leandro Giannini, (2007) esa omisión es un error porque el mismo Código tiene regulaciones pensadas para estos intereses individuales homogéneos, a pesar de no haberlos contemplado expresamente en su clasificación. (p. 119)

De esta manera, se puede notar como en este ámbito del derecho también existen inconvenientes y, en general, la regulación actual sobre procesos colectivos carece de integridad y coherencia. Por ello, el mecanismo procesal de la *class action* norteamericana debería ser implementado en el país y, de esta manera, constituir una vía adicional para lograr la efectiva tutela colectiva de los intereses supraindividuales.

Capítulo III

3. Class action en Perú

3.1. Modificación y adecuación de la regulación de la tutela colectiva

De lo señalado en la sección anterior, se tiene que en Perú sí existe una regulación de la tutela colectiva o, al menos, eso se ha intentado. En el país, la regulación de la tutela colectiva parte de un solo artículo del Código Procesal Civil y, luego, existe una regulación dispersa y de aplicación a diferentes áreas del Derecho que conllevan a que la tutela pretendida no sea la adecuada y no logre su cometido.

Conviene advertir que, sobre este tema de la tutela colectiva, la Exposición de Motivos del vigente Código Procesal Civil de 1992 se ha limitado a indicar que en el Título II se trata la representación de los intereses difusos y nada más. El hecho de que no exista ninguna explicación o pronunciamiento sobre los procesos colectivos, lleva a concluir que este era un tema poco conocido y relevante para la realidad de aquel entonces y, con ello, que el legislador no previó un mayor análisis ni una regulación más detallada sobre el tema en estudio.

Este punto de vista es confirmado con lo señalado en la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil. El mismo que respecto del Título I sobre procesos colectivos de la Sección Séptima sobre procesos especiales, indica lo siguiente: “este capítulo establece un nuevo paradigma en el proceso peruano” (Grupo De Trabajo Encargado De Revisar Y Proponer Mejoras Al Código Procesal Civil, 2017, p. 26).

Queda claro entonces que el actual Código Procesal Civil ha sido estructurado y pensado para regular los intereses y derechos tradicionales, esto es, los individuales, dejando de lado la tutela de los derechos supraindividuales. Sin embargo, con el transcurso de los años, la interacción de los miembros de la sociedad ha evolucionado y con ello ha surgido la necesidad que el Derecho evolucione en aras de proteger los nuevos intereses y derechos subjetivos que han surgido: los supraindividuales. Esto con el objetivo de que los sujetos de derecho puedan, de manera colectiva, acceder a la justicia.

En consecuencia, la mínima regulación en el actual Código Procesal Civil y las nuevas necesidades, han generado que las diferentes áreas del derecho, de manera independiente, hayan optado por establecer una regulación de la tutela colectiva de acuerdo con sus necesidades, pero incluso estas regulaciones han dejado de lado algunos supuestos importantes como la legitimidad, la representación o los efectos de la sentencia fundada o infundada. Producto de esta evolución disgregada, el ordenamiento jurídico actual contiene diferentes tipos de regulación dependiendo de la materia, la misma que ha superado y ha ido más allá de lo establecido por el Código Procesal Civil.

Entonces, para un tema complejo como este es recomendable una regulación integral y con un mejor desarrollo de este tipo de proceso. En este sentido, como punto de partida, la regulación de la tutela colectiva debería incluir la clasificación de los intereses y derechos supraindividuales aceptada generalmente por la doctrina. Y esta clasificación debería estar regulada en el Código Procesal Civil que es el principal cuerpo normativo en materia procesal.

Es importante reconocer que la tutela colectiva tiene como finalidad no solo regular los derechos difusos, sino que también otro tipo de intereses y derechos que merecen protección como los colectivos e individuales homogéneos. Al respecto, conviene advertir que estos últimos ya son parte del ordenamiento jurídico peruano en la medida en que han sido regulados por otras normas, pero por la falta de integración no han sido reconocidos explícitamente (por ejemplo, el Código de Protección y Defensa del Consumidor no reconoce en su clasificación a los derechos individuales homogéneos, sin embargo, tiene regulaciones que son aplicables para la tutela de estos derechos).

Con relación al sistema a adoptar, Opt In u Opt Out, conviene advertir que el surgimiento de la *class action* en Estados Unidos surge por una necesidad práctica de eficiencia y economía procesal de manera que se pueda garantizar el acceso a la justicia y tutelar varios intereses y derechos supraindividuales en un solo proceso. El uso de mecanismo ha sido variado. Inicialmente, fue utilizado en procesos relacionados con los temas de discriminación racial, despidos laborales y, últimamente, ha tenido gran uso en las reclamaciones por daños y perjuicios derivados de una responsabilidad extracontractual.

Al respecto, en Perú también se encuentran reconocidos el derecho de acceso a la justicia y el principio de economía procesal, por lo que es preciso tener en consideración la experiencia norteamericana para mejorar nuestra actual regulación. Asimismo, sería frecuente en Perú que la *class action* sea utilizada, al igual que en Estados Unidos, en casos de indemnizaciones por daños y perjuicios derivadas de una responsabilidad extracontractual.

En tal contexto, sería óptimo que los procesos colectivos tengan una eficacia igual o mayor que los procesos individuales. Es decir, no solo se propone una mejor regulación de los procesos colectivos para lograr un acceso a la justicia que no sea de manera individual (objetivo inicial de la *class action* norteamericana), sino que se debe considerar que objetivo del proceso, que es un instrumento, es lograr una efectiva tutela de los derechos subjetivos. En tal sentido, es que la regulación peruana debe ser una más integral y detallada asegurando no solo el acceso a la justicia, sino también la eficiencia del proceso y la eficacia de las decisiones.

Por ello, se considera que el legislador podría tomar como modelo el mecanismo de las *class actions* norteamericanas y, de esta manera, establecer que para demandar colectivamente se necesitaría que la clase esté conformada por un número significativo de miembros. Esta opción generaría que la clase sea “fuerte” y, con ello, poder enfrentar la asimetría de poder que se encuentra en este tipo de procesos, dado que es frecuente el supuesto en el que los miembros de una clase se enfrentan a una empresa bien posicionada en el mercado.

Al respecto, es preciso señalar que, en los últimos años, en el Perú se han desatado diversos problemas sociales relacionados con actividades de extracción y explotación de minerales. En tal contexto, se entiende que la figura de la *class action* generaría un impacto social, dado que las personas o comunidades vulnerables verían este mecanismo como una buena alternativa que permite equilibrar la asimetría de poder entre las partes.

Entonces, si bien en Perú es poco probable que se presenten casos de discriminación racial como los que inicialmente utilizaron la figura de la *class action* en Estados Unidos, se considera que el contexto social peruano sí presenta problemas y derechos tutelables que pueden ser abordados desde esta figura norteamericana.

Del mismo modo, se podría asegurar que el trámite del proceso judicial no haya sido en vano o poco eficaz, dado que un sistema Opt. Out., a diferencia de uno Opt. In., genera que un mayor número de miembros de la clase sea afectado y/o involucrado con la decisión final en la medida en que necesita manifestar su voluntad para excluirse. De esta manera, se cumpliría con los objetivos de acceso a la justicia y eficacia de las decisiones.

Si ello es así, optar por un sistema Opt. Out, como lo hace Estados Unidos, requiere de un mecanismo de notificación efectivo por medio del cual se pueda llegar a comunicar a todos los potenciales miembros de la clase del inicio de la demanda colectiva. Al respecto, una alternativa viable podría ser que la notificación se realice a través de una publicación en el Diario Oficial El Peruano. Este mecanismo asegura, además, que el número de miembros que conformen la clase sea significativo con el poder para demandar. De la misma manera,

podría exigirse que se realice la notificación mediante un medio de comunicación radial para asegurar que los potenciales miembros se enteren de la demanda que se iniciará.

Una regulación de la tutela colectiva incorporada al Código Procesal Civil, y no en un único artículo, permite ampliar las materias objeto de la demanda y no como sucede con la regulación actual plasmada en el artículo 84 del Código Procesal Civil que limita la materia de las pretensiones y, por otro lado, distintas regulaciones dependiendo de la rama del derecho de que se trate.

Por lo expuesto, es necesario mejorar la regulación de la tutela colectiva en el Perú. Para ello, es pertinente partir de una regulación que recoja la clasificación de los intereses y derechos supraindividuales en el Código Procesal Civil y que sea este código el que se encargue de regular el tema. De esta manera, se asegura que no exista una regulación dispersa, contradictoria en ciertos aspectos, y con vacíos normativos.

3.2. Legitimidad para obrar y la representación

Con relación al presupuesto procesal de la legitimación activa en los procesos de tutela colectiva conviene dedicar un apartado a este aspecto que es relevante para acceder al órgano jurisdiccional. Asimismo, la doctrina ha señalado que este es un tema fundamental dentro del universo de la clase de acciones. Por ello, vale la pena precisar este punto para saber a quién se le concede la legitimidad activa en aquellos países que han optado por regular la tutela colectiva y analizar la postura o propuesta de la doctrina.

En este sentido, Giovanni Priori se encuentra en la línea de Mauro Cappelletti, ambos concuerdan en que quienes deberían estar legitimados son las instituciones públicas como el Ministerio Público o el Defensor del Pueblo y en el caso de materias de protección al consumidor será Indecopi; además, se debería incluir a las asociaciones o instituciones privadas (Priori Posada, 1996, p. 97-108). Esta propuesta puede ser calificada como abierta o amplia, en tanto que permite que entes públicos y privados gocen de esta legitimidad activa.

En la misma línea, para Antonio Gidi, siguiendo la experiencia de Brasil, plantea que la legitimidad para obrar activa puede ser atribuida a entidades públicas y privadas. En su opinión parece ser más adecuada que la solución norteamericana, que legitima directamente a los miembros de la clase (Gidi, 2010, p. 364). En efecto, como se ha visto parte mayoritaria de la doctrina concuerda con otorgar legitimidad a organizaciones públicas como privadas.

Asimismo, si bien Mario Reggiardo considera que la implementación de la *class action* en Perú no es una alternativa viable, señala que “podríamos alcanzar sus objetivos si modificamos el patrocinio de derechos difusos contenido en el artículo 82 del Código Procesal Civil”. En este sentido, su propuesta consiste en que las organizaciones sin fines de lucro sean aquellos individuos que cuenten con la legitimidad para obrar activa y, de esta manera, puedan demandar “sin autorización previa de las víctimas, pero manteniendo el derecho de exclusión de modo que si más adelante una víctima considera que quiere no ser vinculada, lo pide expresamente” (Reggiardo Saavedra, 2013, pp. 447-498).

En este sentido, hasta el momento se observa que para la defensa de estos intereses y derechos supraindividuales la doctrina se inclina por una legitimidad para obrar activa extraordinaria en la medida en que serían entidades señaladas por ley las que tengan la legitimidad para obrar. Así también, encontramos la propuesta de Ana María Arrarte, quien considera que el Ministerio Público podría estar legitimado para defender los intereses difusos, al igual que las asociaciones sin fines de lucro. No obstante, Arrarte da un paso más, al sugerir que también esté legitimada cualquier persona, “teniendo en cuenta que el interés difuso pertenece a todos” (Arrarte Arisnabarreta, 1994, pp. 121-131)

Esta postura se alinea con la plasmada en el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica cuyo artículo tercero, inciso I y II, señala que toda persona física y cualquier miembro del grupo se encuentran legitimados para accionar. Al respecto, estas propuestas también consideran una legitimidad ordinaria, entendiendo esta aquella coincidencia entre las partes materiales y partes procesales, en tanto que un miembro del grupo, parte material afectada en los hechos, cuenta con legitimidad para obrar y así se es también en parte procesal.

Teniendo en cuenta las distintas posiciones de la doctrina, es oportuno, y en aras de lograr la efectiva tutela de aquellos intereses supraindividuales, que se otorgue legitimidad, en primer lugar, a la Defensoría del Pueblo y el Ministerio Público para que estos puedan accionar en defensa de tales intereses. Asimismo, en aquellos procesos en los que el legitimado sea otro sujeto de derecho, la Defensoría del Pueblo y el Ministerio Público deberían poder fiscalizar y evitar arbitrariedades que afecten a la clase representada. No obstante, como condición necesaria para que tenga legitimidad para obrar, debería ser un organismo con un presupuesto independiente de manera que pueda asegurarse la imparcialidad.

Asimismo, como en un proceso colectivo se ve involucrado un gran número de personas miembros de la clase, es recomendable que el juez se cerciore de que el representante de la clase tenga los recursos económicos e intelectuales suficientes para poder defender los intereses de la clase. Ello también es importante porque en los procesos colectivos es frecuente que la contraparte sea una empresa con un gran poder económico.

En segundo lugar, debería estar legitimada cualquier persona natural que sea miembro del grupo. Si bien es poco probable que una persona natural tome la decisión de demandar y atravesar por un proceso ante el Poder Judicial, generalmente largo, se debe dejar abierta esta posibilidad. Sin embargo, en estos casos deberían exigirse requisitos adicionales que eviten que aquel que cuente con legitimidad para demandar sea corrompido, en perjuicio de los intereses de la clase.

Por último, también debería permitirse que las personas jurídicas puedan tener legitimidad para obrar. En este sentido, las personas jurídicas sin fines de lucro deberían poder tener el título habilitante para accionar al igual que las personas jurídicas con fines de lucro, pues estas últimas, en la mayoría de los casos, cuentan con recursos técnicos y económicos para poder llevar cabo la defensa de los intereses supraindividuales.

Capítulo IV

4. Ejemplos prácticos sobre la funcionalidad de la tutela colectiva

En esta sección se presentan algunos casos referidos a la aplicación práctica de la regulación de la tutela colectiva en Estados Unidos, Brasil y Perú. Para comenzar, se indican dos casos de demandas colectivas interpuestas en Estados Unidos. Una de ellos consiste en una demanda colectiva interpuesta por un bufete de abogados estadounidenses Wolf Popper en representación de los inversores que, entre mayo de 2010 y noviembre de 2014, compraron acciones de Petrobras, la empresa demandada. La clase estaba integrada por los tenedores de los *American Depositary Receipts* (documentos representantes de las acciones de Petrobras), quienes perdieron dinero cuando salió a la luz el escándalo de corrupción de Lava Jato dado que esto afectó negativamente al valor de las acciones de la empresa. Este caso concluyó con un acuerdo aprobado por un tribunal de Nueva York, mediante el cual la empresa se obligó a pagar USD 2950'000,000.00 (ACFCS, 2018).

La segunda demanda colectiva es la interpuesta en contra de Nissan dado que la empresa no informó ni solucionó los defectos en la cadena de distribución de los vehículos correspondientes a los modelos Nissan Maxima (años 2004-2008), Nissan Quest (años 2004-2009), Nissan Altima (años 2004-2006), Nissan Pathfinder (años 2005-2007), Nissan Xterra (años 2005-2007) y Nissan Frontier (años 2005-2007). En este proceso estuvieron involucradas dos clases, los propietarios o arrendatarios de Washington y los de California. Este proceso también concluyó con un acuerdo, mediante el cual se otorgó un reembolso parcial a los integrantes de las clases (Davis, 2017).

Como se podrá advertir, ambos casos terminaron con un acuerdo por un monto menor al calculado si es que la demanda llegaba a ser resuelta por los jueces. Al respecto, considero que los integrantes de las clases de acciones han podido obtener un resultado favorable al que no se hubiera llegado si es que hubieran actuado de manera independiente. Esto porque la conformación de la clase genera una mayor fuerza en los demandantes al momento de enfrentarse contra la empresa demandada. En este sentido, solo cuando la interponen demandas colectivas, las empresas demandadas se interesan en los casos y toman la iniciativa por llegar a un acuerdo con la contraparte antes de ser condenados por los jueces a pagar una suma mayor al final del proceso.

Por el lado de Brasil, un caso famoso es la demanda colectiva por daños derivados de la contaminación en una planta química que afectó la salud de la clase conformada, originalmente, por 722 miembros ex trabajadores de los demandados quienes eran dos empresas: Royal Dutch Shell PLC (original propietaria de la planta) y BASF SE (empresa que adquirió posteriormente la planta en 1995). En este proceso, el juzgado ordenó que los demandantes paguen una suma de USD 500'000,000.00, este monto sería depositado en un fondo de compensación.

Este es un caso en el que, si bien al comienzo solo fueron 722 miembros, finalmente, se incrementó a más de 1000 ex trabajadores, lo cual da cuenta de que un solo proceso pudo resolver y tutelar los derechos de un gran número de personas. Lo rescatable del caso es que contribuyó a la economía procesal en la medida en que si bien eran distintas personas

conformantes de la clase estaban vinculadas fácticamente por la contaminación derivada de la planta química.

En el caso de Perú, se presenta el famoso caso ocasionado por el derrame de mercurio en Choropampa. Este surge a raíz del derrame de 151 kilogramos de metal mercurio que era transportado por el camión cisterna de la empresa Ransa S.A., subcontratista de minera de Yanacocha SRL, afectando el Centro Poblado Menor De San Sebastián de Choropampa. Sucedió ello, diecisiete personas demandaron a la minera Yanacocha solicitando una indemnización por daños y perjuicios. En el proceso también intervienen, en calidad de demandados, Ransa S.A. y el chofer del camión, el señor Arturo Blanco Zar, quien dedujo una excepción de falta de legitimidad para obrar de los codemandantes en relación a la pretensión de indemnización por el daño ambiental. Al respecto, el Juzgado Mixto del Módulo Básico de Santa Apolonia amparó esta excepción sobre la base del artículo 82 del Código Procesal Civil, según el cual las personas naturales no se encontrarían legitimadas (Espinoza Espinoza, 2011).

Como se podrá advertir la decisión del Juzgado, únicamente, tuvo en consideración lo señalado en el único artículo que regula la tutela colectiva en el Código Procesal Civil y no la regulación especial sobre materia ambiental. A diferencia de lo establecido en el artículo 82 del Código Procesal Civil, el Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales sí otorga legitimidad a las personas naturales para actuar en defensa del medio ambiente. Si bien el Código Procesal Civil no deniega expresamente que cualquier persona natural se encuentre legitimada, considero que la regulación disgregada de la tutela colectiva puede traer inconvenientes al momento de resolver un caso. Tal es así, que el Juez del caso Choropampa no advirtió que la regulación especial señala otra cosa respecto a la legitimidad para obrar activa. En consecuencia, esta situación comprueba la necesidad de que exista una regulación matriz sobre la tutela colectiva y que se encuentre establecida en el Código Procesal Civil.

A partir de los casos presentados, se concluye que la mayoría de casos de clase de acciones en Estados Unidos finalizan con un acuerdo tomado por las partes y aprobado por los jueces. Esto porque solo cuando la clase interpone una demanda colectiva, las empresas se interesan en atender los reclamos y así toman la iniciativa para poder transar y llegar a un acuerdo. Esto no sucede en Perú, el desequilibrio de poderes entre las partes es grande, teniendo en cuenta que personas naturales se ven impedidas de reclamar colectivamente. Así pues, mientras que en Estados Unidos cuentan con un proceso establecido en la *Federal Rules of Civil Procedure* de manera que los jueces conocen cuáles son las reglas aplicables a la *class action*, la regulación peruana actual genera confusiones sobre el tratamiento de la tutela colectiva, pues existen serios vacíos y contradicciones que requieren de una regulación integral y coherente. Por otro lado, la experiencia brasilera demuestra que cuando la clase está integrada por un gran número de miembros es conveniente demandar colectivamente porque no se debe olvidar que acceder al sistema judicial genera externalidades negativas en nuestra sociedad.

Conclusiones

En primer lugar, la doctrina realiza una clasificación concordante con la del Código Modelos de Procesos Colectivos para Iberoamérica, la misma con la que ha sido considerada en el presente artículo. Primero, los intereses y derechos individuales homogéneos son aquellos intereses que siguen siendo individuales, pero cuya tutela debe ser conjunta. Segundo, los intereses y derechos colectivos son aquellos que se satisfacen con relación a un grupo de sujetos determinable que se encuentra vinculado por una relación jurídica base. Tercero, los intereses y derechos difusos cuya titularidad pertenece a un grupo de sujetos indeterminado e indeterminable dado que se encuentran vinculados en los hechos.

Con relación a la experiencia comparada, países de Latinoamérica como México, Colombia y Brasil, aunque con matices en la manera de cómo regularla, han previsto en su ordenamiento jurídico la regulación de la tutela colectiva. En México se tiene un reconocimiento constitucional de la tutela colectiva y un libro completo en su Código Federal de Procedimientos Civiles en el que regula la materia estableciendo una legitimidad por parte de diferentes entidades y para los efectos de la sentencia adopta el sistema Opt In. No obstante, la tutela colectiva solo alcanza a tres materias. Colombia cuenta con una Ley que se encarga de regular la tutela colectiva estableciendo una legitimidad bastante amplia desde personas naturales hasta diferentes entidades y un sistema Opt Out. Por último, Brasil, país pionero en Latinoamérica y que prevé una legitimidad para distintas entidades.

De otro lado, en el Perú no existe una regulación integral sobre los procesos colectivos. Por el contrario, la regulación actual se encuentra dividida por materias y de manera independiente, lo que conlleva a que haya una falta de unidad en el sistema, generando también una serie de incongruencias. Por lo tanto, es recomendable que se mejore la tutela colectiva. Tomar como alternativa un sistema Op out., como lo ha hecho Estados Unidos, conlleva una ventaja la cual implica que un mayor número de personas integran la clase y, de esta manera, reunirían el poder y recursos necesarios para enfrentarse en un proceso con la contraparte, que en la mayoría de casos suelen ser grandes empresas con mejores posibilidades económicas.

Sin embargo, para lograr una efectiva representatividad de la clase es necesario instituir un sistema de notificación que permita llegar a la mayor cantidad de personas, posibles integrantes de la clase. En este sentido, la notificación mediante una publicación en el diario oficial El Peruano y un aviso en un medio de comunicación radial se convierten en buenas opciones para poder llegar a todos los ciudadanos.

Asimismo, respecto a la legitimidad para obrar activa en los procesos colectivos la propuesta considera que se implementen distintas opciones, desde que una persona natural pueda demandar hasta que una persona jurídica también pueda hacer, pero siempre con requerimientos especiales certificados por el juez, pues como se ha mencionado en este tipo de procesos están en juego los derechos de un gran número de personas.

Con relación a los casos presentados, se concluye que la mayoría de casos en Estados Unidos finalizan con un acuerdo tomado por las partes y aprobado por los jueces. Esto porque solo cuando la clase interpone una demanda colectiva, las empresas se

interesan en atender los reclamos y así toman la iniciativa para poder transar y llegar a un acuerdo. Esto no sucede en Perú, el desequilibrio de poderes entre las partes es grande. Asimismo, mientras que en Estados Unidos cuentan con un proceso establecido en la *Federal Rules of Civil Procedure* de manera que los jueces conocen cuáles son las reglas aplicables a la *class action*, la regulación peruana actual genera confusiones sobre el tratamiento de la tutela colectiva, pues existen serios vacíos y contradicciones que requieren de una regulación integral y coherente. Por otro lado, la experiencia brasilera demuestra que cuando la clase está integrada por un gran número de miembros es conveniente demandar colectivamente porque no se debe olvidar que acceder al sistema judicial genera externalidades negativas en nuestra sociedad.

Finalmente, conviene señalar que el presente trabajo no es más que una contribución académica que contribuye al debate sobre la regulación de los procesos colectivos en Perú, optando por la implementación del mecanismo procesal de la *class action*.



Referencias

- ACFCS. (2018). *Petrobras pagará US\$3.000 millones para resolver demanda colectiva en EE.UU.* Asociación de Especialistas Certificados En Delitos Financieros. <https://www.delitosfinancieros.org/petrobras-pagara-us3-000-millones-para-resolver-demanda-colectiva-en-ee-uu/>
- Apolín Meza, D. (2012). La Protección de los Derechos Individuales Homogéneos y los Problemas de Acceso a la Jurisdicción a través del Proceso Civil. *Derecho & Sociedad*, 0(38), 188.
- Arrarte Arisnabarreta, A. M. (1994). La defensa procesal de los intereses difusos. *Ius et Praxis*, 24, 121–131. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis1994.n024.3527>
- Davis, C. (2017). *Nissan Agrees to Settle Timing Chain Defect Class Action Lawsuit Rematamos Vehíc.* Top Class Actions. <https://topclassactions.com/lawsuit-settlements/lawsuit-news/827701-nissan-agrees-settle-timing-chain-defect-class-action-lawsuit/>
- Elizalde Castañeda, R. R., & Morales Arzate, C. B. (2010). Los derechos difusos en México. Una mirada desde el Derecho Comparado. *Revista Dike. Investigación En Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, 12(23), 49. <https://doi.org/10.32399/rdk.12.23.630>
- Escobar Rozas, F. (2002). El derecho subjetivo (consideraciones en torno a su esencia y estructura). *Ius et Veritas*, 16, 290.
- Espinoza Espinoza, J. (2011). Responsabilidad civil por daño ambiental. ¿Tutela efectiva de los derechos de los dañados o lirismo? *Ius et Praxis*, 0(42), 111–139. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2011.n042.1516>
- Giannini, L. (2007). *“La tutela colectiva de Derechos Individuales”.* Capítulo V *El Código Modelo para Iberoamérica* (Librería E).
- Gidi, A. (2004). Las Acciones Colectivas En Estados Unidos. *Direito e Sociedade*, 3(1), 117–150.
- Gidi, A. (2010). *Código Procesal Civil Comentado “Por los Mejores Especialistas”* (A. S.R.L. (ed.); 1ra ed.).
- Gidi, A. (2012). The Recognition of U.S. Class action Judgements Abroad: The Case of Latin America. *Brooklyn Journal of International Law*, 37(3), 894–936.
- Glave Mavila, C. (2013). La ausencia de un modelo de tutela de derechos colectivos y el dilema de la cosa juzgada. En: *Actas Del III Seminario de Internacional de Derecho Procesal “Proceso y Constitución” Organizado Por La PUCP*, 503.
- Institución Iberoamericana de Derecho Procesal. (2004). *Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica artículo 1, inciso II del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica*. <https://fislem.org/codigo-modelo-de-procesos-colectivos-para-iberoamerica/>
- Priori, G. F., Carillo, S., Glave, C., Sotero, M. A., & Perez-Prieto, R. J. (2011). *Comentarios a la Nueva Ley Procesal del Trabajo, análisis normativo.* (A. Editores (ed.)).
- Priori Posada, G. (1996). La tutela jurisdiccional de los derechos difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional. *Ius Et Veritas*, 14, 97–108.
- Priori Posada, G. (1997). La tutela jurisdiccional de los derechos difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional. *Ius et Veritas*, 8(14), 99.
- Priori Posada, G. (2019). El proceso y la tutela de los derechos. *Fondo Editorial de La PUCP. Colección Lo Esencial Del Derecho*, 42, 56.
- Quiroga León, A. (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*.
- Reggiardo Saavedra, M. (2013). Los problemas de la class action y su aplicación en Perú. En: Proceso y Constitución. Las garantías del proceso justo. Ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución. *Palestra*, 477–498.

<http://www.vayatele.com/la-sexta/los-problemas-de-la-sexta>
Villamil Rincón, E. (2017). *Debido Proceso Colectivo, La Representatividad Adecuada en las acciones de Grupo*. Universidad del Rosario.

