

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO



PROGRAMA DE SEGUNDA ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

HACIA UNA REGULACIÓN DE LA TUTELA COLECTIVA EN EL PERÚ

**Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho
Procesal**

AUTOR

HANS KOHLER ALVA ALVARADO

CÓDIGO

20100884

ASESOR

CARLOS GLAVE

Lima, 2020

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto hacer un desarrollo sobre la situación del desarrollo de la Tutela Colectiva en el Perú. El problema central para enfrentar este tipo de controversias es la capacidad de identificar el interés detrás del grupo, pues, al ser un número bastante amplio de sujetos, no es posible atribuir a uno de ellos la titularidad exclusiva de derechos colectivos. Los intereses difusos y colectivos pertenecen a todos en general, pero a nadie en particular. Es por ello que surge la necesidad de que se realice un proceso eficaz para la tutela de los derechos supraindividuales.

Pues bien, este contexto nos permite reflexionar sobre la regulación de tutela colectiva y las pocas normas sobre la materia se encuentran dispersas en el Código Procesal Civil y en otras leyes, así como de las instituciones procesales básicas que, al pretender aplicarse a este tipo de controversias presentan problemas en los justiciables, en los órganos jurisdiccionales y en general en todo el sistema judicial. Este problema, entonces, interesa a todos los sujetos que participan en un litigio, por lo que debe buscarse un tratamiento especial para este tipo de situaciones con la finalidad de superar los problemas tradicionales del proceso.

Así descrito el problema, debemos revisar cuáles serían los beneficios de contar con una regulación colectiva en nuestro país, la cual permitiría satisfacer los derechos de incidencia colectiva. Una regulación sobre esta materia implica desafíos para las instituciones procesales tradicionales como lo son legitimidad para obrar y la cosa juzgada, las cuales deben ser replanteadas en beneficio de una regulación colectiva.

Índice Analítico

I. INTRODUCCIÓN.....	3
II. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y LA TUTELA COLECTIVA	4
a. Acceso a la justicia	6
b. Evitar sentencias contradictorias	7
c. Economía procesal (costos y tiempo).....	8
III. LOS DERECHOS SUPRAINDIVIDUALES O DE INCIDENCIA COLECTIVA.....	8
IV. SITUACIÓN NORMATIVA DE LA REGULACIÓN COLECTIVA EN EL PERÚ12	
a) El artículo 82 del Código Procesal Civil y los derechos difusos	12
b) La Nueva Ley Procesal del Trabajo	14
c) Regulación colectiva a nivel de INDECOPI - Código de Protección y Defensa del Consumidor 15	
V. IDENTIFICACIÓN DE ALGUNOS DESAFÍOS PARA LA REGULACIÓN DE PROCESO COLECTIVOS.....	16
a) La legitimidad para obrar en el proceso colectivo	16
b) La representatividad adecuada en el proceso colectivo.....	19
c) La cosa juzgada en los procesos colectivos	21
VI. CONCLUSIONES	27
VII. BIBLIOGRAFÍA	28

Hacia una regulación de la tutela colectiva en el Perú

I. Introducción

En estos últimos años hemos visto la necesidad de que el proceso se adecue a satisfacer conflictos socioambientales, culturales y otros de naturaleza compleja, pues involucra un importante grupo de personas. A partir de ello surge la necesidad de que se realice un proceso eficaz para la tutela de los derechos supraindividuales.

No obstante, nuestro país tiene una regulación normativa limitada respecto a este tipo de derechos, no tenemos una regulación de tutela colectiva y las pocas normas sobre la materia se encuentran dispersas en el Código Procesal Civil y en otras leyes.

Si bien el proceso, como instrumento para la satisfacción de las situaciones jurídicas materiales, ha sido diseñado para la tutela de derechos individuales¹, con la aparición de los derechos denominados de segunda y tercera generación se entra a tallar no solo en la tutela de derechos individuales, sino también en una diversidad de conflictos de masas donde los afectados son un colectivo.

Ahora bien, este contexto nos hace reflexionar respecto a que cuando la reclamación proviene de un grupo o colectivo las instituciones procesales básicas presentan problemas para que este grupo pueda hacer valer su derecho, situación que genera una sensación de insatisfacción y desamparo.

Pero esta sensación no solo es de los justiciables, sino también de los órganos jurisdiccionales que terminarían enfrentándose a conocer múltiples reclamaciones o procesos prácticamente idénticos, con la consiguiente pérdida de tiempo y dinero que ello conlleva. Incluso, en la misma situación se encontraría la parte

¹ DE TRAZEGNIES, Fernando. La responsabilidad civil extracontractual. Tomo II. Fondo Editorial de la PUCP. Lima. 1995.

opuesta al colectivo, pues también terminaría inmerso en procesos con pretensiones idénticas.

Este problema, entonces, interesa a todos los sujetos que participan en un litigio, por lo que debe buscarse un tratamiento especial para este tipo de situaciones con la finalidad de superar los problemas tradicionales del proceso.

Así descrito el problema, debemos revisar cuáles serían los beneficios de contar con una regulación colectiva en nuestro país, la cual permitiría satisfacer los derechos de incidencia colectiva. Una regulación sobre esta materia implica desafíos para las instituciones procesales tradicionales como lo son legitimidad para obrar y la cosa juzgada, las cuales deben ser replanteadas en beneficio de una regulación colectiva.

II. La Tutela Judicial Efectiva y la Tutela Colectiva

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho fundamental de todo sujeto de solicitar la protección de un derecho o interés, el cual se resolverá en un proceso con garantías mínimas y que el resultado sea eficaz.

En ese sentido, Marinoni señala que este derecho ha sido proclamado como el más importante, pues mediante aquel se busca hacer valer los propios derechos frente a cualquier amenaza o agresión.²

Si bien el proceso, como instrumento para la satisfacción de las situaciones jurídicas materiales, ha sido diseñado para la tutela de derechos individuales³, se debe reconocer que también existen conflictos de masas, donde los afectados son un grupo colectivo o conjunto de personas. Para este tipo de situaciones debe plantearse ligeros cambios en la estructura del proceso.

² MARINONI, Luiz. *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Traducción de Aldo Zela Villegas. Lima: Palestra. 2007, pp. 226-227.

³ DE TRAZEGNIES, Fernando. *La responsabilidad civil extracontractual*. Tomo II. Fondo Editorial de la PUCP. Lima. 1995.

En este contexto, las formas clásicas de tutela jurisdiccional no son suficientes – tutela cognitiva, tutela ejecutiva y tutela cautelar – para proteger los nuevos derechos. De hecho, en la Exposición de Motivos del Código Modelo se afirma que el proceso tradicional presenta serias limitaciones para tramitar diversos tipos de derechos que, por su naturaleza, no encajan en el esquema de un proceso civil tradicional.

Por ello, Priori comenta que, para dar una protección adecuada y eficaz a estos nuevos derechos surge “*la necesidad de que la tutela jurisdiccional responda de manera idónea a las necesidades de protección, ha determinado de un tiempo a esta parte que la doctrina establezca otras formas de tutela, todas las cuales son tratadas bajo la denominación genérica de tutela diferenciada*”⁴.

Y es que esta necesidad de otorgar tutela colectiva surge pues, la característica principal es que pertenecen a un conjunto indeterminado o determinable de sujetos, de manera que cualquier afectación que se haga a ese derecho será una afectación al grupo. Bujosa señala que esta configuración de derechos de titularidad colectiva encuentra dificultades para encajar en las estructuras del proceso civil clásico, concebidas exclusivamente para la protección de bienes y derechos privados de titularidad colectiva⁵.

Asimismo, Christian Delgado comenta que la tutela colectiva es una forma de protección jurisdiccional iniciada por un representante que actúa en nombre del grupo persiguiendo la protección de este derecho de naturaleza colectiva⁶.

En la misma línea, los profesores Didier Jr. y Zaneti Jr. señalan que la *tutela jurisdiccional colectiva es la protección que se otorga a una situación jurídica*

⁴ PRIORI POSADA, Giovanni. *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental*. Ara Editores: Lima, 2006. P. 33.

⁵ BUJOSA, Lorenzo. La protección jurisdiccional de los intereses de grupo (colectivos y difusos): Estado de la cuestión en España. En: Gimeno, Vicente (coordinador), *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación*. Estudios en Homenaje del profesor Almagro Nosete. Iustel. Madrid. 2007. Pág. 599-668.

⁶ DELGADO, Christian. Sombras y luces de la tutela colectiva en el proceso civil peruano. Artículo inédito expuesto en las clases Instituciones Procesales del Programa de Segunda Especialidad en Derecho Procesal de la PUCP.

*colectiva activa o la efectivización de situaciones jurídicas frente a una colectividad*⁷.

Conforme a los autores antes citados, la tutela colectiva es aquella que nos permite solicitar al órgano jurisdiccional la protección de una situación jurídica de titularidad de un colectivo o grupo de personas.

Pues bien, un esquema procesal en base a satisfacer derechos de incidencia colectiva busca promover tres objetivos:

a. Acceso a la justicia

El acceso a la justicia forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que goza⁸ toda persona al momento de recurrir al Estado con la finalidad de proteger sus derechos materiales.

Reconocida doctrina afirma la importancia de este derecho y lo define “como el requisito más básico” o “el derecho humano más fundamental” en un sistema legal moderno que pretenda garantizar y proclamar los derechos de todos⁹.

En nuestro país, la realidad es que existen conflictos colectivos y algunas normas que respaldan la validez de derechos colectivos, pero ocurre el problema sobre cómo ejercer la defensa de estos.

Es por ello que el análisis de la procedencia de un litigio colectivo radica en asegurar el acceso efectivo a un proceso judicial de pretensiones que no pueden ser tuteladas bajo cualquier otro esquema.

⁷ DIDIER JR, Fredie y ZANETI JR, Hermes. “*Proceso Colectivo. Tutela procesal de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*”. Palestra: Lima, 2019, pp. 46.

⁸ Este derecho, se encuentra consagrado en nuestra Constitución: “Artículo 139 inciso 3- “Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”

⁹ Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant G. *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. Fondo de Cultura Económica, Primera edición en español, Ciudad de México, 1996, p.13

En ese sentido, la acción colectiva es el único mecanismo que permitiría contar con un proceso adecuado para satisfacer derechos de titularidad colectiva, es decir, que le pertenezcan a un grupo de personas afectadas – indeterminadas o determinables –, en la que puedan, válidamente, ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva.

En este tipo de casos, el beneficio de llevar a cabo un proceso colectivo es que se otorga protección a los derechos de todos los afectados, los cuales incluyen, muchas veces, a los que desconocen sus derechos violados, a los que no tienen iniciativa y/o a los que no pueden recurrir a la justicia por razones económicas.

b. Evitar sentencias contradictorias

Respecto a este punto, la finalidad de contar con un proceso colectivo es evitar pronunciamientos contradictorios. Ello es así, puesto que frente a procesos judiciales similares las decisiones no pueden ser distintas.

Para este tipo de situaciones, el derecho nos otorga la facultad de acumular pretensiones. Tradicionalmente se entiende que la acumulación de pretensiones determina que estas sean resueltas en un único proceso.

Es por ello que Priori considera que “la acumulación es un instituto diseñado precisamente a fin de permitir la realización del principio de economía procesal, permitiendo que con mejor actividad procesal se pueda resolver la mayor cantidad de pretensiones; y, lo que es más importante, evita que se vayan a dictar sentencias contradictorias”¹⁰.

En ese sentido, la acumulación permite una importante reducción de tiempo y costos, pues así se evita contar con múltiples actuaciones procesales y decisiones contradictorias, siendo esto último lo que, de ocurrir, implicaría una grave vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva. El riesgo de contar con

¹⁰ PRIORI, Giovanni. “La suspensión del proceso por prejudicialidad en el proceso civil peruano”. *Ius Et Veritas*. Lima, N° 40, pág. 278-285.

decisiones judiciales contradictorias aumenta en aquellos casos en los que los involucrados puedan ser un grupo importante de personas.

No obstante, cuando el número de sujetos que han visto vulnerado su derecho es indeterminado o determinable resulta impracticable la acumulación de pretensiones de todos ellos en un proceso; por ello, el proceso colectivo es un esquema que permite abarcar a varios miles de personas, quienes pueden resolver su controversia en un solo proceso.

c. Economía procesal (costos y tiempo)

Finalmente, una de las razones de establecer un esquema de proceso colectivo es que al favorecer el trámite de diversas pretensiones en un mismo proceso genera una importante reducción de costos y gastos de tiempo, es decir, favorece la economía procesal.

Así, al permitir que una multiplicidad de acciones individuales pueda ser promovida de forma colectiva ocurre, como bien ha podido identificar Mario Reggiardo, una serie de beneficios no solo para las partes, sino también para la administración pública: i) reducción de costos de litigio ii) aumenta la capacidad de negociación entre las partes, iii) ejecución eficiente de activos del demandado y iv) especialización en labores que permitan un proceso más eficiente.¹¹

III. Los derechos supraindividuales o de incidencia colectiva

En nuestro país existe una regulación normativa escasa respecto a los procesos colectivos, situación que, evidentemente, crea una problemática respecto a la postulación y tramitación de pretensiones que busquen tutelar derechos de incidencia colectiva.

Antes de describir la situación actual de los procesos colectivos en el Perú, debemos tener en cuenta que los derechos de incidencia colectiva son aquellos

¹¹ REGGIARDO, Mario. “Aplicación práctica de la acumulación en el proceso civil”. *THEMIS Revista de Derecho*. Lima, N° 58, pág. 145-158.

que pertenecen a más de un individuo son clasificados en tres grupos. El Código Modelo para Procesos Colectivos en Iberoamérica establece la distinción de la siguiente manera:

- a) **Derechos difusos:** Son aquellos de naturaleza indivisible, de titularidad de un conjunto de personas de difícil individualización y vinculadas por circunstancias de hecho contingentes.
- b) **Derechos colectivos:** Son aquellos de naturaleza indivisible, de titularidad de un grupo, categoría o colectividad de personas vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica común.
- c) **Derechos individuales homogéneos:** Son aquellos que corresponden a personas titulares de derechos individuales similares y cuya afectación deriva de un hecho común.

Respecto a los derechos difusos y derechos colectivos, el profesor Ferrer Mac-Gregor comenta lo siguiente:

“(Ambos tipos de derechos) comparten los mismos problemas jurídicos y se refieren a bienes indivisibles (aire, paisaje, medio ambiente sano, etc.). Su distinción fundamental consiste en que los primeros (intereses difusos) se entienden referidos no al sujeto como individuo sino como miembro de un conglomerado más o menos amplio, creándose una pluralidad de situaciones comunes; en cambio, los intereses colectivos atienden a colectividades o grupos limitados o circunscritos. Así, los miembros del conglomerado que tiene un interés difuso, son indeterminables o de muy difícil determinación; en tanto que los miembros del grupo portador del interés colectivo suelen ser fácilmente determinables.”¹²

Por las consideraciones anteriores, los derechos difusos pueden ser definidos como aquellos que corresponden a un número indeterminado de personas. En este supuesto no es necesario que exista un vínculo jurídico entre los sujetos, sino que deben estar relacionadas por circunstancias de hecho, tales como haber consumido

¹² FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y D.F: colectivos. México Porrúa, 2003, p.12. Citado en la STC 04878-2008-AA, FJ 30 y 31.

el mismo producto, vivir en la misma localidad, entre otros.¹³ Por el contrario, los derechos colectivos son aquellos que corresponden a un número determinado de personas que comparten un vínculo jurídico.¹⁴

En ambos casos, la naturaleza de estos derechos los hace indivisibles. En el primero debido a que es prácticamente difícil, por no decir imposible, realizar una tutela individual del derecho y en el segundo supuesto porque la titularidad recae sobre un grupo de personas en su conjunto.

Respecto a los derechos individuales homogéneos, estos son definidos como aquellos derechos individuales que se tratan de forma colectiva porque tienen un origen común respecto que nace de la conducta de la parte contraria¹⁵. El análisis de este tipo de derecho reviste de cierta complejidad en tanto que algunos autores consideran que estamos frente a conflictos individuales, por lo que sería suficiente utilizar la figura de la acumulación de pretensiones para solucionar la controversia.¹⁶

Sin embargo, no estamos de acuerdo con estas afirmaciones, porque la tutela colectiva no corresponde a meros derechos individuales que puedan ser acumulados, al contrario, existe la necesidad de un vínculo entre ellos, sea por criterio de conexidad u homogeneidad.¹⁷ En ese sentido, Dante Apolín identifica algunos elementos adicionales para tutelar los derechos individuales homogéneos en la vía colectiva:

“Otras situaciones que determinarán la conveniencia de un tratamiento diferenciado serán: (i) la existencia de un elevado número de personas, (ii) que deba existir un predominio de las cuestiones comunes frente a las individuales, es decir, que las cuestiones conexas u homogéneas sean predominantes a la hora de resolver el conflicto, y (ii) que pueda demostrarse la utilidad del tratamiento diferenciado

¹³ APOLÍN MEZA, Dante. La Protección de los Derechos Individuales Homogéneos y los problemas de acceso a la jurisdicción a través del Proceso Civil. *Derecho & Sociedad*, N° 38. p. 188.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ GLAVE, Carlos. “La ausencia de un modelo de tutela de derechos colectivos y el dilema de la cosa juzgada”. En: PRIORI POSADA GIOVANNI (Coordinador). *Proceso y Constitución: las garantías del proceso justo*. Ponencias del tercer seminario internacional Proceso y Constitución. Lima: Palestra, 2013. Pág. 499-518.

¹⁶ Ver: MOTERO AROCA, Juan. La legitimación en el proceso civil (intento por aclarar un concepto que resulta más confuso cuando más se escribe sobre él). Madrid: Civitas, 1994, p. 62.

¹⁷ APOLÍN MEZA, Dante. *Op. Cit.* p. 189.

para resolver el conflicto, ya que de lo contrario podría utilizarse este tipo de procesos de manera abusiva, sin que exista una razón (juicio de necesidad) que justifique el inicio de un proceso de naturaleza excepcional.”¹⁸

La teoría antes explicada es acogida y reconocida en nuestro país, esto es, no existe un desconocimiento o desentendimiento de estos derechos supraindividuales, pues, tanto a nivel del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, se advierte la necesidad de satisfacer estos tipos de derechos.

Por ejemplo, en la sentencia recaída en el expediente No. 04878-2008-PA/TC, el Tribunal reconoce los derechos individuales homogéneos, precisando, además, que los efectos de una sentencia pueden extenderse a otros casos de similar situación siempre que haya una previa declaración del acto lesivo del derecho constitucional como un estado de cosas inconstitucional¹⁹.

Otro ejemplo es el del famoso proceso judicial relacionado a la entrega provisional y gratuita del anticonceptivo oral de emergencia (o también conocido como “pastilla del día siguiente”). En dicho proceso, recaído en el expediente 30541-2014, el Primer Juzgado Constitucional de Lima relacionó la pretensión de la demandante con el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva, y en ese contexto, ordenó al Ministerio de Salud la distribución gratuita del anticonceptivo oral.

Un último ejemplo más reciente es la sentencia del tribunal constitucional recaída en el expediente No. 03228-2012-PA/TC, iniciado por la Secretaria General de Enfermeras del Hospital Rebagliati, en donde se determinó la vulneración al derecho a la salud debido a la práctica de reuso de material biomédico descartable en la intervención quirúrgica de pacientes. La admisión de la procedencia del recurso de agravio constitucional interpuesto por la demandante se hizo al amparo de la tutela de derechos difusos.

Es así que, se puede encontrar algunos ejemplos de jurisprudencia donde se

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ Al respecto, véase el fundamento 33 de la citada sentencia:

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/04878-2008-AA%20Resolucion.pdf> Visto el: 14-11-2020.

reconoce la existencia y aplicación de los derechos supraindividuales y su posibilidad de brindar tutela colectiva. No obstante, no solo es importante el reconocimiento de estos, sino que ello implica profundizar en los mecanismos necesarios para un mejor diseño de la tutela de derechos colectivos.

IV. Situación normativa de la regulación colectiva en el Perú

La regulación, aún incipiente, de la tutela de derechos supraindividuales pone de manifiesto la importancia que tiene la litigación como un instrumento de regulación y protección de situaciones jurídicas. En nuestro país, tenemos normas dispersas que tratan de proteger derechos supraindividuales, las cuales son el artículo 82 del Código Procesal Civil, la Nueva Ley Procesal del Trabajo y las normas del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

a) El artículo 82 del Código Procesal Civil y los derechos difusos

La regulación de este artículo fue una de las primeras aproximaciones legislativas respecto a un proceso colectivo. Veamos la norma:

“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.”

En buena cuenta, lo que la norma señala es i) la definición de derechos difusos, ii) quienes son los legitimados para la defensa de derechos difusos y iii) los efectos de la sentencia.

Sobre lo primero, basta leer la norma para apreciar que se conceptualiza solamente los derechos difusos, pero deja un vacío respecto a su aplicación para derechos colectivos o individuales homogéneos.

Respecto al segundo punto, la norma citada reconoce una legitimidad extraordinaria taxativa, en la que sólo algunos sujetos pueden ejercer la defensa de derechos difusos, dentro de los cuales figuran entidades públicas y privadas. La norma no admite que una persona natural ejerza la defensa de un derecho difuso.

Con relación al tercer punto, la norma señala que los efectos de la sentencia recaerán sobre la colectividad siempre y cuando el resultado sea favorable al grupo y que la indemnización será entregada a los Municipios que hayan

intervenido en el proceso con la finalidad de que lo empleen para la reparación o conservación del medio ambiente.

b) **La Nueva Ley Procesal del Trabajo**

Respecto a esta norma, pareciera que tuviera una regulación un poco más completa que el artículo 82 del CPC. Las normas que regulan los procesos colectivos en el ámbito laboral son las siguientes:

“Artículo 9.-

[...]

*9.2 Cuando se afecten los derechos de libertad sindical, negociación colectiva, huelga, a la seguridad y salud en el trabajo y, en general, cuando se afecte un derecho que corresponda a un grupo o categoría de prestadores de servicios, **pueden ser demandantes el sindicato, los representantes de los trabajadores, o cualquier trabajador o prestador de servicios del ámbito.**”*

“Artículo 18.-

*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.*

En el proceso individual de liquidación del derecho reconocido es improcedente negar el hecho declarado lesivo en la sentencia del Tribunal Constitucional o de la Corte Suprema de Justicia de la República. El demandado puede, en todo caso, demostrar que el demandante no se encuentra en el ámbito fáctico recogido en la sentencia.”

Esta norma regula en el artículo 9.2 los supuestos de legitimidad extraordinaria para la defensa de derechos de incidencia colectiva en materia laboral. Comentando dicho la regulación colectiva en materia laboral, Glave señala que “la Ley le está otorgando legitimidad para obrar extraordinaria al sindicato y a cualquier trabajador o prestador de servicios del ámbito”²⁰, sea para la defensa de derechos colectivos y derechos individuales homogéneos.

Por otra parte, el artículo 18 regula los efectos de la sentencia, estableciendo que una vez estimada la pretensión colectiva, cada trabajador deberá iniciar un proceso individual para la liquidación de su derecho. Los efectos de la sentencia que regula este artículo son relativos, pues en caso la demanda resulte infundada no vinculará a los sujetos de la clase que no fueron partícipes de ésta; muy por el contrario con lo que ocurre si la demanda es fundada.

c) Regulación colectiva a nivel de INDECOPI - Código de Protección y Defensa del Consumidor

Las normas establecidas en este Código regulan un diseño distinto a las descritas en los literales anteriores. El cuerpo normativo regula que los miembros de la clase serán vinculados siempre que no expresen lo contrario.

En ese sentido, la norma señala lo siguiente:

“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 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.”

Entonces, tenemos que el punto importante a efectos de determinar la clase es la manifestación de voluntad de los miembros afectados a fin de que se les incluya como sujetos representados en la acción colectiva.

Además, las normas del Código del consumidor mantienen un supuesto de legitimidad extraordinaria, en la que los sujetos autorizados a ejercer una defensa de derecho supraindividuales son el mismo INDECOPI y asociaciones que estén

²⁰ GLAVE, Carlos. Op Cit.

autorizadas por este²¹. El problema de esta disposición normativa es que no es congruente con la Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, toda vez que esta dispone que cualquier persona está legitimada para promover la defensa de intereses difusos.

V. **Identificación de algunos desafíos para la regulación de procesos colectivos**

En este punto vamos a analizar que para un adecuado sistema de procesos colectivos se debe atender al menos tres temas importantes: la legitimidad para obrar, la representatividad adecuada y los efectos de la cosa juzgada.

a) **La legitimidad para obrar en el proceso colectivo**

La legitimidad para obrar es un instituto procesal que se configura como una de las condiciones de la acción en el proceso, es por ello la especial relevancia en su análisis para lograr una sentencia válida.

La legitimación en un proceso es entendida como la facultad que posee un sujeto de derecho para intervenir en un proceso al estar relacionado con el derecho que se reclama, pudiendo ser el titular o el obligado a satisfacerlo:

“La legitimación constituye la capacidad para ser parte en concreto, por lo cual ha de determinarse en cada proceso en específico. La legitimación para demandar o ser demandado en un proceso ha de determinarse de manera previa la titularidad de los derechos en el proceso; siendo ello así, la legitimación únicamente se puede referir a la afirmación de la titularidad del derecho reclamado a través de una

²¹ Artículo 130.- 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.

pretensión y a la imputación de quien es el obligado”.²²

En ese sentido, este instituto se configura como la aptitud del sujeto o de una pluralidad de sujetos para postular proveimiento en determinados procesos²³, o, dicho en otras palabras, es la posición habilitante para poder ser parte de un proceso²⁴. Así, la legitimidad nos permite identificar qué sujeto se encuentra habilitado para formular su pretensión ante el órgano jurisdiccional.

En esa línea, en doctrina se distingue la legitimidad para obrar ordinaria en los supuestos que quien alega ser titular del derecho es quien formula la pretensión y la legitimidad para obrar extraordinaria se configura cuando quien formula la pretensión es un sujeto distinto al titular de la situación jurídica material a proteger²⁵. En nuestro país, la legitimidad extraordinaria lo establece la norma jurídica.

A partir de lo expuesto, la legitimidad para obrar en un proceso individual permite garantizar que solamente los titulares del derecho material, o los que estén facultados por la Ley, puedan plantear válidamente su pretensión en el proceso.

No obstante, en el marco de un proceso colectivo, nos encontramos ante un supuesto de legitimación extraordinaria, pues se faculta a determinados sujetos a ejercer la defensa de los intereses de un grupo o colectividad. Siguiendo la posición de Didier y Zaneti Jr., hay legitimación extraordinaria en el proceso colectivo pues no existe coincidencia entre el *legitimado* y el titular de la situación jurídica discutida²⁶.

²² PRADO BRINGAS, Rafael. Y ZEGARRA VALENCIA, Orestes. (2016). Listiconsorcio e intervención de terceros en el Proceso Civil: Buscando una nueva aproximación. *Ius et Vertias*, N° 52. p. 299.

²³ PEYRANO, Jorge W. “Legitimaciones atípicas”. En: MORELLO, Augusto M. La legitimación. (Libro homenaje al profesor Lino Enrique Palacio). Abeledo-Perrot, Buenos Aires. 1996. Pág. 83.

²⁴ MONTERO, Juan. La legitimación en el proceso civil. Madrid. Civitas. 1994, pág. 76.

²⁵ PRIORI, Giovanni. El proceso y la tutela de los derechos. Fondo Editorial de la PUCP. Lima. Pág. 177-178.

²⁶ DIDIER JR, Fredie y ZANETI JR, Hermes. “Proceso Colectivo. Tutela procesal de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”. Palestra: Lima, 2019, pp. 215.

En ese sentido, en el marco de un proceso colectivo consideramos que lo conveniente es establecer una lista taxativa de sujetos que puedan representar al grupo colectivo, es por ello que compartimos la propuesta de legitimación extraordinaria en materia de procesos colectivos establecido en el Proyecto de Reforma al Código Procesal Civil en su artículo 843²⁷.

De hecho, en la Exposición de Motivos se indica que la exclusión de una medida en la que cualquier persona pueda interponer una demanda colectiva se debe a que el elevado nivel de corrupción que existe en nuestro país generaría demandas maliciosas que busquen extorsionar al demandado, celebrar acuerdos que no benefician al grupo protegido o incluso entrar en connivencia con el demandado²⁸.

Y es que, también consideramos que en la regulación en materia colectiva se debe aplicar la legitimidad extraordinaria, toda vez que la experiencia comparada nos demuestra que facultar a cualquier persona natural o jurídica para interponer una demanda colectiva puede ocasionar una serie de problemas referidos a la representatividad adecuada del demandante, demandas infructuosas y otros asuntos que generen gastos al demandado y al Poder Judicial.²⁹

27 Artículo 843.- Legitimación para la tutela de los derechos colectivos, difusos e individuales homogéneos.

Tienen legitimación para plantear una pretensión en tutela de un derecho colectivo, difuso e individual homogéneo:

1. La Defensoría del Pueblo,
2. El Ministerio Público,
3. Las entidades de la administración pública que tengan entre sus funciones conforme a ley, la defensa de los derechos cuya pretensión se plantea en el proceso,
4. Las personas jurídicas sin fines de lucro con un año previo de constitución y que estatutariamente incluyan entre sus finalidades la defensa de los derechos previstos en este capítulo.
5. Las comunidades campesinas y nativas de la localidad en la que se pretende que produzcan los efectos de la sentencia, representadas conforme a ley. En el caso de la tutela de derechos individuales homogéneos solo podrán actuar en beneficio de sus miembros.
6. Los pueblos indígenas representados por sus autoridades en la que se pretende que produzcan los efectos de la sentencia. En el caso de la tutela de derechos individuales homogéneos solo podrán actuar en beneficio de sus miembros.
7. Los gobiernos locales o regionales de la localidad en la que se pretende que produzcan los efectos de la sentencia, solo para tutela de derechos difusos.
8. Los Colegios profesionales en el ámbito de su competencia. Las leyes especiales podrán regular requisitos adicionales en el ámbito de su competencia.

²⁸ Exposición de motivos del Grupo de Trabajo encargado de revisar y proponer mejoras al código Procesal Civil, p. 28.

²⁹ Al respecto, véase: REGGIARDO SAAVEDRA, Mario. (2013). *Los problemas de la class action y su aplicación en el Perú*. En: PRIORI POSADA, Giovanni (coordinador). *Proceso y constitución: las garantías del justo proceso*. Ponencias del tercer seminario internacional proceso y constitución. Lima: Palestra.

Otra razón para ello es que si la legitimidad para obrar recae en cualquier persona afectada, resultaría prácticamente imposible, o de muy difícil realización, constituir a un representante común de la clase.

Siendo así, tal como se encuentra la legislación actual, tenemos que para una regulación disímil, en la que, dependiendo del tipo de proceso, habrá una legitimación extraordinaria amplia o cerrada, lo cual traería algunos problemas respecto a la representatividad adecuada y a la identificación del sujeto idóneo que represente en el proceso judicial los reales intereses de la colectividad.

b) La representatividad adecuada en el proceso colectivo

Un tema importante que acompaña a la legitimidad para obrar en una tutela colectiva es la representación adecuada, pues como bien hemos advertido, los efectos de la sentencia recaerán en todo el colectivo.

En nuestro país, para que opere la representación es necesario que exista una manifestación de voluntad expresa por parte de los representados. Así, el Código Procesal Civil, en su artículo 75³⁰, requiere que las facultades procesales que impliquen disposición de derechos sean otorgados de forma expresa, rigiéndose ello en base al principio de literalidad.

La representatividad adecuada es un elemento totalmente distinto. A diferencia de lo señalado en el párrafo anterior, en el proceso colectivo el representante adecuado no ha recibido facultades de representación de los miembros de la clase. Así, dicho representante actuará sin tener el consentimiento de los integrantes del colectivo, y serán los representados quienes, al enterarse, podrán separarse de la misma si lo consideran pertinente o mantenerse como parte de ella.

³⁰ Artículo 75.- Facultades especiales

Se requiere el otorgamiento de facultades especiales para realizar todos los actos de disposición de derechos sustantivos y para demandar, reconvenir, contestar demandas y reconveniones, desistirse del proceso y de la pretensión, allanarse a la pretensión, conciliar, transigir, someter a arbitraje las pretensiones controvertidas en el proceso, sustituir o delegar la representación procesal y para los demás actos que exprese la ley.

El otorgamiento de facultades especiales se rige por el principio de literalidad. No se presume la existencia de facultades especiales no conferidas explícitamente.

En palabras de Glave, el representante adecuado es “aquel legitimado para plantear una pretensión colectiva sea, a su vez, un representante adecuado de los miembros ausentes del grupo. Es decir, que cuente con los medios necesarios (técnicos, económicos, logísticos, etc.) para defender adecuadamente los intereses de todos los miembros del grupo.”³¹

En tanto que no existe regulación legislativa sobre el tema, es importante que sea considerado, pues el efecto práctico es que la actuación de este representante repercutirá en los miembros ausentes de la clase afectada.

Lo medular en este asunto es resaltar el rol que debe tener el juez para analizar si el demandante es un “representante adecuado” de los sujetos legitimados. Para ello recurrimos nuevamente al Código Modelo, el cual en el segundo párrafo del artículo 2 nos da luces para un análisis de la representatividad adecuada. Así, expone lo siguiente:

“Art. 2. Requisitos de la demanda colectiva

Son requisitos de la demanda colectiva:

I – la adecuada representatividad del legitimado; [...]

Párrafo 2. En el análisis de la representatividad adecuada el juez deberá analizar datos como:

- a. la credibilidad, capacidad, prestigio y experiencia del legitimado;*
- b. sus antecedentes en la protección judicial y extrajudicial de los intereses o derechos de los miembros del grupo, categoría o clase;*
- c. su conducta en otros procesos colectivos;*
- d. la coincidencia entre los intereses de los miembros del grupo, categoría o clase y el objeto de la demanda;*
- e. el tiempo de constitución de la asociación y la representatividad de esta o de la persona física respecto del grupo, categoría o clase. [...]*”

³¹ GLAVE, Carlos. “Apuntes sobre algunos elementos del contenido del derecho al debido proceso colectivo en el Perú”. Revista Derecho PUCP N°78, 2017, pág.50

Así, hay que tener en cuenta que, frente a una amplia variedad de casos y de acuerdo al contexto específico de cada uno de ellos, la citada lista se constituye solamente como criterios para la decisión judicial a efectos de determinar la adecuada representación del legitimado.

Por ello, para que el juez realice el análisis de la representatividad adecuada del demandante, este deberá optar por revisar los criterios enunciados y otros que dependan del derecho material tutelado y las condiciones sociales y culturales en las que se desenvuelven la colectividad o el grupo.

Hasta este punto tenemos que, efectivamente, en nuestro país no tenemos una serie de normas claras que permitan determinar la legitimidad para obrar y la representación en torno a la defensa de derechos supraindividuales. El sistema procesal no tiene un diseño adecuado para los procesos colectivos, pues los institutos que lo amparan se establecen bajo el esquema de un proceso individual con sujetos plenamente identificados.

El problema práctico que esto ocasiona es que no se pueda ejecutar un proceso colectivo en el Perú, a pesar del reconocimiento jurisprudencial de los derechos de incidencia colectiva.

c) **La cosa juzgada en los procesos colectivos**

El instituto de la cosa juzgada es una garantía del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, pues toda resolución de conflicto debe contener una decisión inmutable. Acerca de la cosa juzgada, Couture decía que *“es la autoridad y eficacia de una sentencia cuando no existen contra ellos medios de impugnación que permitan modificarla”*³². De esta manera, cuando se pone fin a una controversia se busca que la sentencia sea inimpugnable, inmodificable, inmutable y ejecutable.

Además, en doctrina se señala que la resolución que goza de calidad de cosa juzgada despliega dos efectos, los cuales son la cosa juzgada formal y la cosa

³² COUTURE, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Tercera Edición. Roque Depalma Editor. Buenos Aires. 1958.

juzgada material. El primero de estos ocurre cuando las resoluciones que tienen dicha calidad circunscriben sus efectos al mismo proceso en el que fue dictado³³, mientras que el segundo ocurre cuando una sentencia proyecta sus efectos fuera del proceso, o, mejor dicho, cuando a la condición de inimpugnable en el mismo proceso se agrega la inmutabilidad de la sentencia aun en otro juicio posterior³⁴.

Asimismo, se dice que la cosa juzgada material genera dos efectos: el efecto negativo y el efecto positivo. El primer efecto refiere a la imposibilidad de iniciar un proceso sobre una controversia ya resuelta, es decir, no podrá emitirse una decisión sobre el fondo respecto a un proceso en el cual las situaciones jurídicas han sido determinadas. Y, respecto al efecto positivo, este hace referencia a que el juez debe respetar, en un nuevo proceso, pero no necesariamente sobre la misma controversia, lo resuelto en el proceso anterior cuya sentencia obtuvo la calidad de cosa juzgada³⁵.

A partir de lo expuesto, tenemos que una sentencia que adquiere calidad de cosa juzgada surte efectos entre las partes que participaron en el referido proceso, pues, evidentemente, lo resuelto en este no puede afectar a los terceros que no fueron parte del litigio. Ocurrido ello, las partes no podrán volver a discutir lo resuelto en aquel proceso.

No obstante, en el marco de la tutela de derechos supraindividuales, el instituto de la cosa juzgada merece un análisis diferente, pues tal como comenta Glave “*se trata de una situación jurídica de la que son titulares un conjunto indeterminado de personas, muchas de las cuales podrían no haber participado del proceso. Por*

³³ Sobre ello, Marianella Ledesma comenta que “[...] se refiere a decisiones que se cumple y son obligatorias tan solo con relación al proceso en que se han dictado y al estado de cosas que se tuvo en cuenta en el momento de decidir; pero no obstan a que, en un procedimiento posterior, mudado el estado de cosas que se tuvo presente al decidir, la cosa juzgada pueda modificarse”. En: LEDESMA, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Gaceta Jurídica. Lima. 2008. Pág. 472.

³⁴ Ibidem. Pág. 473.

³⁵ ARRARTE, Ana María. Apuntes sobre los alcances de la autoridad de la cosa juzgada en el proceso civil peruano. Revista Proceso & Justicia No. 01. Lima. 2001. Pág. 07-36.

*lo que se hace indispensable analizar por qué, cómo y en qué términos esa sentencia los podría vincular*³⁶.

En el mismo sentido, Antonio Gidi señala lo siguiente:

*“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 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 colectiva*³⁷.

En ese sentido, en el marco de una tutela colectiva, los efectos de la sentencia recaerán sobre toda la clase o miembros del grupo.

¿Por qué la sentencia recaerá sobre toda la clase si estos sujetos no son parte del proceso? La respuesta a ello es que el grupo afectado o clase sí es parte del proceso. Lo es a través del representante adecuado, quien asume la defensa del interés en representación del grupo. De acuerdo con ello, Gidi comenta que *los miembros del grupo son oídos y están presentes en juicio a través de la figura del representante, quien funciona como una especie de “portavoz” de los intereses del grupo*³⁸.

³⁶ GLAVE, Carlos. La ausencia de un modelo de tutela de derechos colectivos y el dilema de la cosa juzgada. En: PRIORI POSADA (Coordinador). Proceso y constitución: las garantías del justo proceso. Ponencias del tercer seminario internacional Proceso y Constitución. Palestra. Lima. 2013. Pág. 499-518.

³⁷ GIDI, Antonio. Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en Brasil. Un modelo para países de Derecho Civil. UNAM. México D.F. 2004.

³⁸ GIDI, Antonio. “Las acciones colectivas en Estados Unidos”. Pp. 5. Consulta: 23-06-2020. En: <https://core.ac.uk/download/pdf/79069595.pdf>

Es por esta razón que es de vital importancia determinar con criterios objetivos los requisitos y condiciones que deba tener aquel legitimado para constituirse en un adecuado representante de la clase. No obstante, los miembros ausentes también tienen el legítimo derecho de desvincularse o excluirse del proceso, y con ello de los efectos de la sentencia.

En ese aspecto, en doctrina se reconoce 04 sistemas de regulación referidos a la cosa juzgada en la tutela de derechos supraindividuales, los cuales son: i) el sistema “opt in”, ii) el sistema “opt out”, iii) el *secundum eventum litis* y iv) *secundum eventum probationem*.

Conforme al primer sistema, el “opt in”, este consiste en que los miembros de una clase deberán decidir ser vinculados con la decisión judicial; para que ello suceda, deberán manifestar su voluntad de forma expresa. En el supuesto que no se adopte tal decisión, los miembros ausentes de la clase no se verán vinculados por la sentencia adoptada en el proceso o el acuerdo llegado en una negociación y aprobado en el proceso³⁹.

Sobre este sistema, es importante resaltar que es una ventaja el hecho de permitir a los ausentes de la clase manifestar su voluntad de vincularse al proceso para que sean afectados con el resultado del mismo, pues de esta manera se garantiza el derecho de los miembros de la clase a unirse al accionante y, por tanto, los efectos de la sentencia también recaerán sobre aquellos.

No obstante, Glave advierte que si se utiliza este sistema no se lograría una verdadera acción de clase con la fuerza necesaria para proteger los derechos de grupo⁴⁰, pues aquellos miembros que no se vincularon al proceso pueden ejecutar su derecho de forma individual. Por ello, consideramos que admitir este sistema permitiría tener sentencias contradictorias y se perdería la finalidad del proceso

³⁹ GLAVE, Carlos. La ausencia de un modelo de tutela de derechos colectivos y el dilema de la cosa juzgada. En PRIORI POSADA, Giovanni (Coordinador). Las garantías del justo proceso. Ponencias del III Seminario Internacional Proceso y Constitución. Palestra. Lima. 2013.

⁴⁰ GLAVE, Carlos. Ibidem.

colectivo, el cual es resolver una controversia que abarca a una gran cantidad de personas.

Contrario a lo antes expuesto, el segundo sistema es el “opt out”, en el cual los efectos de la sentencia alcanzan a todos los miembros del grupo representado, siendo irrelevante el resultado final del proceso. No obstante, los miembros del grupo tienen la posibilidad de excluirse de la acción y, por consiguiente, del resultado del proceso mediante una declaración expresa; de tal manera que, los efectos de la cosa juzgada del proceso colectivo no vincularían a estos miembros excluidos, quienes mantendrán el derecho de interponer demandas individuales.

Así, mediante este sistema se permitiría trasladar la responsabilidad a cada miembro del grupo de seguir siendo parte del colectivo o de lo contrario litigar individualmente su derecho. En el mismo sentido, el otro efecto práctico es que se le otorga al demandado la facilidad de determinar las posibles contingencias individuales respecto a la cuestión decidida en el proceso colectivo, esto es, conocerá cuantas posibles demandas individuales se generen respecto al mismo derecho discutido.

El tercer sistema es el “*secundum eventus litis*”. En este, la sentencia tendrá efectos erga omnes en caso se declare fundada la demanda⁴¹. Caso contrario, si la pretensión es declarada infundada, la sentencia no será vinculante para los que no fueron parte del proceso y podrán iniciar acciones respecto a la misma controversia.

Si bien pareciera idóneo adoptar este sistema para regular los efectos de la cosa juzgada en procesos colectivos, pues protege a sujetos que no se apersonaron al proceso (en el supuesto que se declare infundada la demanda), resulta también no ser equitativo para el demandado, toda vez que deja abierta la posibilidad de

⁴¹ PEREIRA, Santiago. Los recaudos para aprobar un acuerdo, la cosa juzgada y la liquidación y ejecución de sentencia en los procesos colectivos/class actions en América. N° 40. Vol N° 40. Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal. 2014. Pág. 263-323.

discutir en reiteradas ocasiones los mismos hechos, en el supuesto de que la decisión de fondo lo beneficie.

El cuarto sistema es el “*secundum eventum probationis*”, el cual señala que los efectos de la sentencia serán erga omnes, excepto cuando la pretensión fuera rechazada por insuficiencia de pruebas, por lo que cualquier legitimado podría volver a intentar un nuevo proceso colectivo con la misma pretensión, pero con prueba nueva. Este sistema ha sido recogido en el artículo 33 del Código Modelo⁴².

Respecto a ello, Glave es de la opinión que “no parece ser justo que una persona que es también titular del derecho, cuya tutela se pretende, no pueda 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 suficientes⁴³. Contario a lo que menciona el citado autor, somos de la opinión que plantear nuevamente la pretensión en base a nueva prueba sería un círculo vicioso en caso

⁴² 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.

Par. 2º - Tratándose de intereses o derechos individuales homogéneos, en caso de rechazo de la pretensión, los interesados podrán deducir la acción de indemnización a título individual.

Par. 3º. Los efectos de la cosa juzgada en los procesos de tutela de intereses o derechos difusos, no perjudicarán las acciones de indemnización por daños personalmente sufridos, propuestas individualmente o en la forma prevista en este Código, pero si hubiera sido declarado procedente el pedido, tales efectos beneficiarán a las víctimas y a sus sucesores quienes podrán solicitar la liquidación y la ejecución en los términos de los artículos 22 a 24.

Par. 4º. Lo dispuesto en el párrafo anterior, es aplicable a la sentencia penal condenatoria.

Par. 5º. La competencia territorial del órgano juzgador no implicará una limitación para la cosa juzgada erga omnes.

⁴³ GLAVE, Carlos. El proceso colectivo según el Código de Consumo. Revista de Derecho Administrativo N° 11. PUCP. Lima. 2011. Pág. 343-355.

no se ponga un límite de veces de iniciar un proceso, lo cual, evidentemente, afectaría la seguridad jurídica y no habría una sentencia con calidad de cosa juzgada.

Cabe apreciar que este sistema también ha sido adoptado en el Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil, con la atingencia de que podrá volver a plantearse la demanda en caso de insuficiencia de prueba solo en una oportunidad adicional. Al respecto, es importante tener en cuenta lo señalado por la Comisión:

“La intención es que no se perjudique a los miembros del grupo por un proceso en el que el demandante legitimado desconocía la existencia de una prueba de vital importancia que lo llevó a perder el caso. Por eso el segundo proceso colectivo solo puede iniciarse si es que el Juez al calificar la demanda considera que el nuevo medio de prueba podría generar una sentencia favorable, a diferencia del primer proceso colectivo donde no se contaba con tal nueva prueba”.

Habiendo repasado estos cuatros (04) sistemas, independientemente de cual pueda ser la opción más viable, en el contexto de una tutela colectiva de derechos lo que se busca es determinar el mecanismo de exclusión de los miembros de la clase que no se sientan debidamente representados.

En mi opinión, considero que el sistema “opt out” es el adecuado para la regulación de los efectos de la cosa juzgada en la tutela colectiva, toda vez que regula de forma más adecuada los intereses de las partes y determina la cantidad de miembros que no desean verse afectados con la sentencia, esto es, deciden excluirse del grupo para defender sus derechos de forma individual.

VI. Conclusiones

Una tutela colectiva promueve tres objetivos fundamentales: i) economía procesal que promoverá el ahorro de tiempo y dinero a las partes y Poder Judicial, ii) acceso a la justicia, pues los beneficiados con la tutela colectiva es un grupo indeterminado de sujetos que puedan carecer de recursos para iniciar acciones

legales individuales o, como ocurre en el caso, desconozcan que se violó su derecho a la salud, y iii) efectividad del derecho material, pues lo que se busca es evitar la amenaza al derecho a la salud con la política de reutilizar material biomédico de un solo uso, e informar, determinar y reparar los posibles daños a la salud de los pacientes a consecuencia de esta práctica.

En una tutela colectiva, el legitimado y, a su vez, representante adecuado juegan un rol importante en la defensa de los intereses de la clase, tanto así que de ello depende que los miembros ausentes de clase se vinculen o no al proceso. Por ello, los intereses del representante adecuado deben condecirse con los intereses de la clase.

En la tutela de derechos colectivos también es importante desarrollar los efectos de la cosa juzgada sobre la colectividad. En ese supuesto, la doctrina plantea 4 opciones para regulación de la cosa juzgada, siendo la más conveniente, a nuestro parecer, el sistema “opt-out”. Este sistema permite vincular los efectos de la sentencia a los miembros ausentes del grupo y, en caso no estén de acuerdo defender su derecho mediante la acción colectiva, puedan expresar su voluntad de no vincularse al proceso.

El sistema “opt out” es el adecuado para la regulación de los efectos de la cosa juzgada en la tutela colectiva, pues con la decisión de excluirse de la clase permite determinar los miembros a los que no les afectará la sentencia.

En nuestro país resulta necesario el desarrollo legislativo de la tutela colectiva, pues ello nos permitiría resolver controversias en los que estén vinculados un número importante de personas que estén vinculadas por cuestiones comunes o jurídicas.

VII. Bibliografía

APOLÍN MEZA, Dante.

2012 “La Protección de los Derechos Individuales Homogéneos y los problemas de acceso a la jurisdicción a través del Proceso Civil”. *Derecho & Sociedad*, N° 38. Lima: pp. 185-193. Consulta: 18 de junio de

2020

https://files.pucp.education/homepucp/uploads/2016/06/08105745/Guia_PUCP_para_elregistro_citado_de_fuentes-2015.pdf

ARRARTE, Ana María

2001 “Apuntes sobre los alcances de la autoridad de la cosa juzgada en el proceso civil peruano”. En: *Revista Proceso & Justicia No. 01*. Lima, pág. 07-36.

BUJOSA, Lorenzo

2007 “La protección jurisdiccional de los intereses de grupo (colectivos y difusos): Estado de la cuestión en España”. En: GIMENO, Vicente (coordinador). *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en Homenaje del profesor Almagro Nosete*. Madrid: Iustel, pp. 599-668.

COUTURE, Eduardo

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

DELGADO, Christian

2020 *Sombras y luces de la tutela colectiva en el proceso civil peruano*. Artículo expuesto como material de estudio en las clases Instituciones Procesales del Programa de Segunda Especialidad en Derecho Procesal de la PUCP.

DE TRAZEGNIES, Fernando

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

DIDIER JR, Fredie y ZANETI JR, Hermes.

2015 “Proceso Colectivo. Tutela procesal de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”. Lima: Palestra, 2019, pp. 215.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo.

2003 *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y D.F: colectivos*. México Porrúa, 2003. Citado en la STC 04878-2008-AA.

GIANNINI, Leandro.

2007 *La Tutela Colectiva de Derechos Individuales Homogéneos*. La Plata: Librería Editora Platense.

GIDI, Antonio

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. Consulta: 17-06-2020.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=903775

GLAVE, Carlos.

2017 “Apuntes sobre algunos elementos del contenido del derecho al debido proceso colectivo en el Perú”. En: *Revista Derecho PUCP* N° 78, Lima, pág.50

2013 “La ausencia de un modelo de tutela de derechos colectivos y el dilema de la cosa juzgada”. En: PRIORI POSADA (Coordinador). *Proceso y constitución: las garantías del justo proceso*. Ponencias del tercer seminario internacional Proceso y Constitución. Lima: Palestra. Pág. 499-518.

2011 “El proceso colectivo según el Código de Consumo”. En: *Revista de Derecho Administrativo* N° 11. Lima: PUCP. Pág. 343-355.

GRUPO DE TRABAJO ENCARGADO DE REVISAR Y PROPONER MEJORAS AL CÓDIGO PROCESAL CIVIL.

2018 *Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil*. Exposición de Motivos. pp. 28.

LEDESMA, Marianella

2008 Comentarios al Código Procesal Civil. Lima: Gaceta Jurídica.

MARINONI, Luiz Guilherme

2007 *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*. Traducción de Aldo Zela Villegas. Lima: Palestra.

MONTERO AROCA, Juan.

1994 *La legitimación en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 1994.

PEREIRA, 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”. N° 40. Vol N° 40. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*. Pág. 263-323.

PEYRANO, Jorge W

1996 “Legitimaciones atípicas”. En: MORELLO, Augusto M. *La legitimación. Libro homenaje al profesor Lino Enrique Palacio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp. 79-90.

PODER JUDICIAL

2016 Expediente N° 30541-2014-18-1801-JR-CI-01. Proceso de Amparo contra el Ministerio de Salud. Consulta: 14-11-2020.

PRADO, Rafael y Orestes ZEGARRA

2016 Listisconsorcio e intervención de terceros en el Proceso Civil: Buscando una nueva aproximación. *Ius et Veritas*, N° 52. pp. 298-315. Consulta: 23 de junio de 2020.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16389/16793>

PRIORI, Giovanni.

2019 *El proceso y la tutela de los derechos*. Colección “Lo esencial del derecho” No. 42. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

2006 *La tutela cautelar. Su configuración como derecho fundamental*. Lima: Ara Editores.

1997 “La tutela jurisdiccional de los derechos difusos: una aproximación desde el derecho procesal constitucional”. *Ius et Veritas*, N° 14. Pp. 97-108.
Consulta: 23 de junio de 2020:
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15709>

REGGIARDO, Mario

2013 Los problemas de la class action y su aplicación en el Perú. En: PRIORI, Giovanni (coordinador). *Proceso y constitución: las garantías del justo proceso. Ponencias del tercer seminario internacional Proceso y Constitución*. Lima: Palestra. Pág. 476-498.

ROCCO, Ugo.

1976 *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Bogotá: Temis – Buenos Aires: Depalma.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2016 Expediente N° 03228-2012-PA/TC. Sentencia: 10 de mayo de 2016.
Consulta: 17-11-2020. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/03228-2012-AA.pdf>

2009 Expediente N° 4878-2008-AA/TC. Sentencia: 20 de marzo de 2009.
Consulta: 19-11-2020. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/04878-2008-AA%20Resolucion.pdf>