



Universidad de Valparaíso
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
ESCUELA DE DERECHO

T E S I N A

**La cosa juzgada en la tutela jurisdiccional de intereses
supraindividuales**

AUTOR: CARLOS SANCHEZ SANCHEZ

PROFESOR GUÍA: CLAUDIO MENESES PACHECO

Octubre 2010

Resumen

Nuestro ordenamiento procesal está inspirado por principios liberales individualistas, los cuales no son aptos y adecuados para la solución de algunos conflictos presentes en la realidad social actual, vinculados principalmente con la tutela de intereses y/o derechos supraindividuales. Propongo en lo siguiente, hacer un análisis de la situación actual en nuestra legislación y jurisprudencia con relación a estos intereses, abordando en concreto el efecto de cosa juzgada en la tutela judicial de los mismos, adhiriendo a la aplicación necesaria de dos principios fundamentales para la protección de estos bienes jurídicos: cosa juzgada con efecto *erga omnes* y *secundum eventum litis* (*one-way preclusion*, en el sistema norteamericano). Considero que ambos brindan lógico funcionamiento del sistema.

Abstract

Our procedure norms is inspired for liberal individualistic principles, which are not suitable and adapted for the solution of any present conflicts in the social current reality, linked principally with the protected interests and/or supraindividuals rights. I propose as follows, to do an analysis of the current situation in our legislation and jurisprudence with relation to these interests, approaching the effect of the thing judged in the judicial protection of the same ones specifically, in agreement to the necessary application of two fundamental principles for the protection of these juridical goods: thing judged with effect *erga omnes* and *secundum eventum litis* (*one-way preclusion*, in the North American system). I considered that both provide to the system a logical working.

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción	3
I. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR INTERESES SUPRAINDIVIDUALES?	6
1. Antecedentes	6
2. Conceptualización	7
3. Recepción en Chile	8
II. EL TEMA DE LA TUTELA JURISDICCIONAL SUPRAINDIVIDUAL	10
1. Planteamiento	10
2. La acción colectiva.....	10
3. La legitimación colectiva	11
4. Referencia a la representatividad adecuada	13
III. LA COSA JUZGADA Y LOS INTERESES SUPRAINDIVIDUALES	16
1. Planteamiento	16
2. Hablemos un poco de la cosa juzgada.....	19
3. La cosa juzgada en la tutela jurisdiccional supraindividual.....	23
4. La insuficiencia de prueba	26
5. El Código Modelo	28
6. Ley de protección al consumidor (LPC)	30
Conclusiones	35
Bibliografía	37

Introducción

En el contexto de nuestro tiempo, el desarrollo de la técnica, entendiendo a ésta en un sentido amplio, ha golpeado intensamente a la realidad social, y más aún en el plano de las relaciones humanas, las cuales se desdibujan exclusivamente del plano individual, convirtiéndose algunas de ellas en una verdadera realidad de masas, como queda de manifiesto en el ámbito del consumo de bienes y de servicios.

Como consecuencia de lo anterior, se advierte que en esta nueva realidad de masas o de grupos, estos últimos poseen una morfología que le es propia, que la hace diferenciarse de los individuos que la componen, existiendo una verdadera categoría de intereses, los cuales se alejan de la noción clásica de derechos subjetivos. Surge así la noción de derechos o intereses supraindividuales, concepto en el cual se engloban otras especies de derechos, los difusos, colectivos e individuales homogéneos.

Chile también se hizo eco de esta nueva realidad, siendo una de sus manifestaciones legales la ley N° 19.496 del año 1997, conocida como “la ley de protección al consumidor”. Es procedente también referirse a la mención y reconocimiento de esta nueva categoría de intereses realizada por el pre-legislador en el “Proyecto de Código Procesal Civil”, contemplando en su artículo 32 la *“Representación en caso de intereses difusos y colectivos”*.

En lo que me convoca en este trabajo, intentaré establecer las pautas y principios que deben regir a un eficiente sistema de tutela judicial de esta nueva categoría de intereses y, en concreto, analizaré el efecto de cosa juzgada en estas sentencias, apreciando cómo otros conceptos o instituciones del proceso cobran relevancia y se relacionan estrechamente con la cosa juzgada, como es el caso de la legitimación para ejercer una acción colectiva.

Como referente ocuparé la propuesta ofrecida por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, a través de la creación de un Código Modelo de procesos colectivos, como también el aporte de la doctrina, tanto extranjera como nacional, que se refiere a este tema.

I. ¿QUÉ ENTENDEMOS POR INTERESES SUPRAINDIVIDUALES?

1. Antecedentes

En el devenir del siglo XX es sabido que las sociedades sufrieron grandes cambios en su estructuración, como lo fueron las oleadas de personas que buscaron en las crecientes e industrializadas urbes nuevos horizontes en los cuales cimentar su futuro, lo cual conllevó nuevas y urgentes necesidades que resolver, realidad de la cual Chile no estuvo exento, siendo su apogeo en la primera mitad del siglo. El Estado comenzó a hacerse cargo de esta nueva situación, asumiendo nuevas responsabilidades, todo esto bajo el influjo de la segunda generación de derechos humanos, denominados derechos sociales, económicos y culturales.

Las relaciones entre los individuos se vuelcan a un contexto mas complejo, el logro de avances tecnológicos insospechados, impactan drásticamente en la producción y el consumo masivo, como también en el desarrollo de los medios de comunicación, que alcanza un influjo extensivo sin precedente y en constante aumento. Todo esto marca un hito de cambio, un quiebre de los paradigmas clásicos de la cultura occidental. Esta apreciación se logra vislumbrar más nítidamente a fines de la segunda guerra mundial. Mauro Cappelletti se refiere a lo anterior exponiendo que “la complejidad de la sociedad moderna, con el complicado desarrollo de las relaciones económicas, da lugar a situaciones en las cuales determinadas actividades pueden traer perjuicios a los intereses de un gran numero de personas, que hacen surgir problemas ignorados por el litigio meramente individual.” Además dice que “El riesgo de tales lesiones, que afecta simultáneamente a numerosos individuos o categorías enteras de personas, constituye un fenómeno cada vez mas vasto y frecuente en las sociedades industriales.” (1978: p.5).

Esta nueva realidad social hace que surjan nuevos fenómenos para afrontar este panorama; un claro ejemplo fue el nacimiento de la contratación en masa, como mecanismo para proporcionar productos y servicios uniformes a la comunidad. En

este contexto, Maite Aguirrezabal expresa que “se desarrollan dos fenómenos que son indisolubles: la emergencia de nuevos grupos sociales de particulares condiciones, y la identificación y categorización de intereses que si bien se pueden determinar de pertenencia individual, en razón de su importancia colectiva se establecen como propios de esos grupos o categorías sociales y que han sido denominados por la doctrina intereses supraindividuales o transindividuales. (2006: p.70). Estos nuevos grupos toman conciencia de estos intereses y buscan a través de una orgánica estable de organización, la protección de los mismos, con el fin de una mayor efectividad en la tutela, que de una defensa individual o aislada no se obtendría mayor beneficio.

2. Conceptualización

Ante la diversa nomenclatura utilizada para denominar a estos intereses, opto por la de supraindividuales; considero que es la que mejor los refleja. ¿Que significa que un interés sea supraindividual? Esto se refiere a que “trascienden de la esfera de lo meramente individual, estando marcados por la impersonalidad, y rompen con el concepto clásico de derecho subjetivo” (Aguirrezabal, 2006: p.74). “No pertenecen a una persona física o jurídica determinada sino a una comunidad amorfa, fluida y flexible, con identidad social, pero sin personalidad jurídica” (Gidi, 2003: p. 32.). El tema no queda tan solo en lo expuesto, la doctrina ha trabajado y distinguido categorías dentro de estos intereses supraindividuales, encontrando a los difusos, los colectivos y los individuales homogéneos. Los primeros se caracterizan, además de su supraindividualidad, por su indivisibilidad e indeterminación de su titularidad, ya que los individuos sólo están ligados por circunstancias de hecho, por ejemplo: los medio ambientales y los del consumo; los segundos también se destacan por ser supraindividuales e indivisibles, sin embargo entre sus titulares existe alguna forma de vinculación jurídica, ejemplo de éstos pueden ser los afiliados de una isapre a quienes se les rebaja la cobertura de alguna enfermedad; y los terceros, los individuales homogéneos, éstos realmente no tienen ninguna característica supraindividual, ya que son individuales y de titularidad exclusiva, siendo su origen común lo que los incluye dentro de la tutela supraindividual, para ejercerlos de forma

colectiva y lograr una reparación individual (este tratamiento obedece a criterios netamente de economía procesal). Sobre lo expuesto, la doctrina se encuentra mayoritariamente uniforme, pero aun existen ámbitos sobre los intereses supraindividuales en los que la discusión no es pacífica.¹

3. Recepción en Chile

Nuestro ordenamiento jurídico no se refiere a la noción de interés supraindividual o tutela colectiva de forma general, existen reglamentaciones sectoriales, que buscan solucionar problemas que aquejan a dichos ámbitos, como en el consumo de bienes y servicios o en lo que se refiere a protección medio ambiental.

Sin embargo a nivel Constitucional se contempla una herramienta procesal mediante la cual se puede brindar tutela colectiva, este es el recurso de protección contemplado en el artículo 20 de nuestra carta fundamental. “Su objeto es brindar tutela efectiva a ciertos derechos fundamentales, entre los cuales se cuenta el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica de las personas, a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, y a la propiedad en sus mas diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales.

Los términos usados por la norma son amplios tanto en el tema de la legitimación activa como en lo referido a los efectos de la sentencia.” (Meneses, 2006: p. 233).

Sin embargo nuestros tribunales superiores en su interpretación son muy restrictivos y no brindan tutela supraindividual en su aplicación.

A nivel legal, nuestro Código Civil contempla una acción popular en su artículo 2333, que en ciertas circunstancias puede brindar tutela colectiva, en el se expone que “se concede acción popular en todos los casos de daño contingente que por imprudencia o negligencia de alguien amenace a personas indeterminadas.” Aquí la

¹ Para una mayor profundización, AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2006): “*Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)*” *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N° 1, Santiago, Chile.

norma ofrece, en caso de daño inminente, la posibilidad de tutelar de forma preventiva el interés de todos quienes se pueden ver afectados (indeterminación) con la ocurrencia efectiva del daño.

Nuestro Código de Procedimiento Civil (CPC) no contempla ninguna norma que verse sobre tutela supraindividual, no así el proyecto de nuevo Código de Procedimiento Civil quien hace mención expresa en algunas normas. El CPC posee normas sobre litisconsorcios y los terceros, pero es sabido que son herramientas ineficaces para dar protección a intereses supraindividuales.

En un ámbito legal mas específico, podemos referirnos a la Ley de bases generales del medio ambiente, la cual contempla la llamada acción ambiental en su artículo 53, la cual solo busca obtener la reparación del medio ambiente dañado. Esta ley otorga en el artículo 54 legitimación activa a cualquier persona, natural o jurídica, publica o privada, que haya sufrido el daño. Además concede legitimación para accionar a las municipalidades y al Estado, quien actuara por intermedio del Consejo de Defensa del Estado.

Otro ámbito específico es el del consumo de bienes y servicios, en donde existe una ley de protección al consumidor (en adelante LPC) la cual reconoce expresamente la existencia de intereses difusos y colectivos, y otorga un procedimiento especial para su tutela.

II. EL TEMA DE LA TUTELA JURISDICCIONAL SUPRAINDIVIDUAL

1. Planteamiento

El legislador, al asumir la tarea de crear cuerpos normativos que brinden protección a estos nuevos intereses, se encuentra en un gran desafío, en el cual la doctrina ha trabajado bastante, y es el de cómo conjugar un sistema que realmente sea coherente y eficaz, debiendo aplicar una especie de reingeniería y también una cuota de innovación respecto a instituciones y conceptos decimonónicos, uno de ellos es la cosa juzgada. Las ideas tradicionales sobre la cosa juzgada, basadas netamente en la perspectiva de un procedimiento individual, colisionan con la búsqueda de una tutela colectiva; no nos sirve la concepción de que ésta sólo obliga a las partes que actuaron en la contienda y no debe afectar, ya sea en beneficio o en contra de intereses de terceros. Un ejemplo que lo clarificará de mejor manera es el caso de la lesión de un interés difuso en el ámbito del consumo, en dónde un distribuidor realiza una campaña publicitaria que es engañosa, ya que quien accione en contra de ese distribuidor por esa publicidad, buscará que el juez se pronuncie respecto a si es o no engañosa, y en caso de acoger la acción, la sentencia condenatoria dentro de sus dictámenes se referirá al cese de difusión de la misma, hecho que no sólo beneficiará a quien ejerció la acción, sino que también a la comunidad dentro de la cual se difundió dicha publicidad. Este es un clásico ejemplo usado por los autores, y cabe reiterar que en adelante el análisis y desarrollo del trabajo se basará principalmente en la esfera del consumo.

Lo anterior nos vislumbra cómo otros conceptos relacionados con la cosa juzgada, cobran un rol importante en el contexto del proceso colectivo, es el caso de la acción, la legitimación, las partes, la representación, etc.

2. La acción colectiva

Siempre ayuda comenzar por una definición, y Antonio Gidi nos la ofrece en una de sus obras, que dice “una acción colectiva es la acción promovida por un

representante (legitimación colectiva), para proteger el derecho que pertenece a un grupo como un todo (cosa juzgada)". (2004: p. 31). Este concepto es importante y resalta algo que es inherente y de suma importancia en la tutela supraindividual, que es la pertenencia del derecho o interés al grupo, el cual busca su protección a través de un representante que los defienda en el juicio. La acción colectiva es la herramienta procesal que permite la tutela de estos intereses, sin embargo, la duda que nos surge es ¿quién puede ponerla en ejercicio? Esto nos lleva al tema de quien es el legitimado para actuar. En el desarrollo doctrinal esto fue una de las grandes discusiones en torno a este tema, Cappelletti exponía que eran intereses "en busca de autor" y se preguntaba "¿Quién puede ser el paladín o tutor de esos intereses? Específicamente, ¿quién está legitimado para representarlos y defenderlos en juicio?". (1978: p.7). El tema de la legitimación se ha desarrollado en extenso en el ámbito procesal, se le ha denominado como un "elemento constitutivo de la acción". A través de este componente, se determina quien es el portador auténtico del derecho de acción (Romero, 2006: p.87). Si una colectividad de personas es lesionada en su interés, ¿cuál será la mejor forma de configurar la legitimación? Puede ser que nos resulte útil recurrir al concepto de legitimación extraordinaria que "supone el ejercicio de una acción por una persona distinta del titular del derecho. Se trata de una marcada atenuación a la regla general" (Romero, 2006). Esto rompe con el dogma de la legitimación ordinaria, sin embargo, esta ampliación de legitimación siempre tiene que estar presente y determinada en la ley.

3. La legitimación colectiva

Podríamos apoyarnos en el concepto que ofrece el profesor Claudio Meneses, quien plantea que "la legitimación colectiva se presenta como aquella cualidad que ostenta un sujeto o un ente para ejercitar una acción colectiva y recabar tutela judicial supraindividual a nombre de todo el grupo" (2008: p.125). En relación a lo dicho surge el desafío para el legislador en establecer el sistema más idóneo para seleccionar al legitimado activo, que puede ser algún órgano estatal, como lo es el Sernac en nuestro sistema; una entidad privada, sea que dentro de sus fines tenga o

no que velar por el respeto de esos tipos de intereses, como es el caso de las asociaciones de consumidores; o una persona perteneciente al grupo o colectivo que ha sido lesionado. Estas tres alternativas ofrecidas pueden concurrir y desarrollar su función perfectamente, ya que cada una ofrece ventajas y características únicas al igual que desventajas que pueden suplirse o aplacarse utilizando otra opción. Un ejemplo puede ser lo sucedido en nuestro país en donde la corporación nacional de consumidores y usuarios de Chile, CONADECUS, inició un proceso colectivo en contra del Banco Estado, en este caso el Sernac, como legitimado activo según la LPC, no se hizo parte en el proceso, esto tiene lógica pues al ser el demandado un banco de carácter estatal, el Estado no podría revestir las calidades de demandante por un lado y de demandado por el otro.

Observemos algunos cuerpos normativos para apreciar cual es el enfoque utilizado en la configuración de la legitimación activa. El Código Modelo en su artículo 3, establece un catálogo que es bastante amplio, en el cual se contempla a entes estatales como el Ministerio Público u órganos de la administración pública centralizada destinados a defender intereses supraindividuales; entidades intermedias como sindicatos y partidos políticos; y cualquier persona física o miembro del grupo que sea titular de un interés difuso. El mismo artículo establece que la legitimación es concurrente. En el ordenamiento jurídico nacional la LPC en su artículo 51 señala como legitimados al Servicio Nacional del Consumidor; a una asociación de consumidores, la cual debe estar constituida con a lo menos 6 meses de anterioridad a la presentación de la acción y debe tener la autorización de la asamblea para actuar; y a un grupo de consumidores igual o superior a 50 personas, los cuales deben ser afectados en un mismo interés. Se aprecia que nuestro legislador optó por un sistema mucho más restrictivo, pues “no contempla la posibilidad que el propio consumidor pueda reclamar la tutela colectiva, tampoco habilita a otras personas jurídicas de derecho público ni a otros servicios de la administración, distintos del Sernac.” (Meneses, 2006. p.243).

En relación a la legitimación, hay que reconocer el aporte hecho por el Código Modelo al incorporar la acción colectiva pasiva, “inspirándose en la *defendant class action* del sistema norteamericano, prevé la posibilidad de acciones propuestas, no por la colectividad, sino contra una colectividad de personal, siempre que ella esté organizada o tenga un representante adecuado, y siempre que el bien jurídico a ser tutelado sea transindividual.

4. Referencia a la representatividad adecuada

Independiente del sistema que el legislador conforme, la doctrina incorpora otro elemento adicional que debe cumplir quien actúe legitimadamente en un juicio colectivo, y es su “adecuada representación”. El Código Modelo hace mención a este requisito en su artículo 2, pero ¿que es eso de una representatividad adecuada? A fin de que la colectividad pueda ser realmente tutelada en su interés ante cualquier tipo de vulneración, es necesario que se considere la adecuada representación del grupo, con el propósito de evitar problemas relacionados con la indefensión del mismo, que conlleven a una afectación de los principios del debido proceso. Este concepto es importado desde Estados Unidos en donde “la doctrina y jurisprudencia norteamericana señalan que la exigencia de representatividad adecuada tiene por primordial objetivo tutelar por el derecho al debido proceso (*due process of law*) de todos los miembros del grupo, en particular de los ausentes. Además, está dirigida a conseguir que el actor colectivo sea un litigante vigoroso, y de ahí la presencia de un control judicial de calidad del demandante” (Meneses, 2008. p.131). Aquí se aprecia el principal objeto de esta figura, resguardar los intereses y derechos de la colectividad, tanto de aquellos que están participando directamente en el juicio como de aquellos que permanecen ausentes del mismo. En el sistema *common law*, especialmente el norteamericano, en palabras del profesor Meneses, es el juez en el caso concreto quien la determina, en razón de las características propias del demandante, como por ejemplo su trayectoria, prestigio, capacidad económica. En los sistemas del *civil law* es al legislador a quien corresponde la determinación de una adecuada representación, mediante la dictación de normas generales y abstractas en

las que se fija a los sujetos o entes apropiados para actuar por el colectivo. (Meneses, 2006: p.133).

Pese a lo particular de la situación, el incorporar una institución ajena a nuestra realidad jurídica, no resulta descabellado su absorción, ya que considero que el objetivo de ésta es un aporte importantísimo en la tutela efectiva de los intereses supraindividuales, sin embargo, creo que el rol del juez debe ser mucho mas activo y constante, resguardando a lo largo del proceso que la adecuada representatividad se mantenga. Gidi plantea lo del caso de Brasil y expone que “el legislador brasileño erró al no fijar guías que expresamente dieran poder a los jueces para que activamente evaluaran la representación adecuada en cada caso” (Gidi, 2004: p. 78). En el Código Modelo se aprecia un rol mucho mas activo del juez, en su artículo 2 párrafo 2º se expresa el análisis que debe realizar sobre la representatividad adecuada, centrando su apreciación en elementos como la credibilidad, capacidad, prestigio, experiencia, su conducta en otros procesos colectivos, el tiempo de constitución, etc. Sin embargo, el párrafo 3º es muy certero, al decir “el Juez analizará la existencia del requisito de la representatividad adecuada en cualquier tiempo y grado del procedimiento, y aplicará, si fuese el caso, lo dispuesto en el párrafo 4º del art. 3”. Esto sin duda que tiene por objeto potenciar el resguardo de los intereses de la colectividad mediante el correcto actuar de sus representantes. ¿Puede decirse que esto afectaría el principio de imparcialidad del juez? Yo creo que no se ve afectado, ya que las atribuciones del juez no se avocan al objeto del juicio, sino que tan solo observan y corrigen el actuar de los legitimados en un juicio colectivo, que en los sistemas del *civil law* se considera de antemano su adecuada representatividad en la función del legislador en relación a la designación de los legitimados, principalmente nombrando a organismos públicos o entidades privadas en desmedro de personas individuales. Estos poderes de vigilancia del juez, del cumplimiento y mantenimiento de la adecuada representación contribuyen y complementan a la función del legislador, el cual se encuentra imposibilitado de ponerse en todas las situaciones que puedan presentarse en la vida real, por ende, la función del juez será adaptar la norma al caso concreto.

Pongamos el enfoque a nuestra LPC. Como lo mencionamos anteriormente, el legislador establece a tres entidades como legitimadas para actuar: el Sernac, una asociación de consumidores y un grupo de consumidores cuyo número no sea inferior a 50 personas. Ahora la pregunta que nos hacemos es ¿Cómo el legislador plantea la adecuada representación de estos entes? La LPC en su artículo 51 N° 4 dice “cuando se trate del Servicio Nacional del Consumidor o de una Asociación de Consumidores, la parte demandante no requerirá acreditar la representación de consumidores determinados del colectivo en cuyo interés actúa.”. Esta norma presupone una adecuada representación. ¿Por qué? En el caso del Sernac, “la justificación de este reconocimiento la podemos encontrar en los fines específicos de este organismo, que están dirigidos específicamente a la tutela de los derechos e intereses de los consumidores (art. 57 y 58 LPC)” (Meneses, 2008: p.140). En síntesis, por su especialidad en su función. En el caso de una asociación de consumidores, los elementos que se establecen estarían en su tiempo de constitución anterior a la presentación de la acción, que es de 6 meses, además de la autorización de la asamblea para interponerla, ambos presentes en el artículo 51 N° 1 letra B. En la tercera hipótesis, un grupo de 50 consumidores o más, ellos quedan excluidos de la presunción expuesta en el artículo 51 N° 4, por ende, deben acreditar su representación adecuada, “aquí el encargado de evaluar la exigencia es el tribunal, y para ello habrá de tomarse en cuenta factores tales como la solvencia económica del grupo demandante para soportar los costos del juicio, el porcentaje que representa dentro del colectivo de afectados, la trayectoria y prestigio del equipo de abogados nominados para la defensa del caso, etc.” (Meneses, 2008: p. 143). Es interesante cómo el legislador legitima a un ente de hecho; queda demostrada la desconfianza hacia el individuo para otorgarle legitimación, prefiriendo a un grupo sin una organización clara o establecida. Dentro de los criterios que menciona Meneses, considero que el de la solvencia económica no es muy apto para evaluar la procedencia de la representación, ya que en los hechos, un grupo de afectados no conformaran una organización establecida y tampoco existirá un patrimonio en

común que acredite dicha solvencia, salvo que cada uno de los interesados aporte una suma de dinero en una especie de garantía; además, dicho criterio pondría en jaque el acceso a la justicia por parte de dichos afectados, por lo que debiesen priorizarse otros criterios, como el derecho vulnerado, la entidad del daño, el margen de beneficio que le reportó dicha falta al infractor, etc.

III. LA COSA JUZGADA Y LOS INTERESES SUPRAINDIVIDUALES

1. Planteamiento

He aquí uno de los desafíos más complejos que ha tenido la doctrina en lo que se refiere a la tutela supraindividual: la cosa juzgada. ¿Cuál es el problema que arroja dicha institución procesal en relación a los procesos jurisdiccionales de tutela supraindividual? A dicha pregunta me apoyare en lo que expresa Maite Aguirrezabal, “Uno de los mayores problemas que suscita la tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales es determinar la extensión de los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones de tutela de los mismos.” (2010: p. 102). Esto se produce por una realidad de hecho inevitable, y es que en el juicio no participaran como partes todos aquellos afectados por la eventual infracción cometida por un distribuidor en el ámbito del consumo.

Imaginemos el contexto de una acción que pretende tutelar intereses de carácter colectivo o difuso, estos lo reflejan de mejor manera debido a su naturaleza indivisible y ha una cierta indeterminación de la titularidad de los primeros y una indeterminación absoluta de los segundos.

Figuremos una situación hipotética en la cual un productor y distribuidor de X producto realiza una campaña publicitaria masiva, abarcando medios escritos, televisivos y de radio difusión. En dichos medios se describe a esta producto X con ciertas características y condiciones que lo hacen atractivo al publico, sin embargo

con el pasar del tiempo quienes compraron dicho producto constatan que no se cumplió con las expectativas que se promocionaron, y alguno de los legitimados para accionar colectivamente pone en marcha el proceso, pretendiendo que se quite la publicidad y se indemnice a los consumidores que se vieron afectados, el juicio se desarrolla y llega a su fin por sentencia definitiva. Se dan dos hipótesis, ¿Qué pasa si la sentencia es condenatoria? El distribuidor del producto deberá quitar la publicidad de todos los medios de difusión, esto es una tutela supraindividual difusa, toda la colectividad en la cual se difundía la publicidad se beneficiara.

Y respecto de quienes compraron el producto y se vieron mermados en sus intereses, el demandado condenado deberá resarcir los daños ocasionados, acá los consumidores afectados y que se hicieron parte en el proceso están vinculados indudablemente a lo que dictamine el tribunal, sin embargo, quienes no actuaron como parte, ya sea como parte directa o tercero coadyuvante, pero adquirieron el producto y no tenían conocimiento sobre el juicio que se seguía, están al margen de la *litis*. Ellos en este caso igual se van a ver beneficiados con la sentencia condenatoria que dicte el tribunal, debiendo dirigirse al mismo acreditando el su titularidad y el daño producido, como también pueden seguir al margen y no hacer nada. Todo este caso esta basado en un proceso de tutela supraindividual promedio.

Donde surge y detona mas fuertemente el problema de la cosa juzgada es en la segunda hipótesis a la cual se puede llegar en este caso, ¿Qué pasa si la sentencia es absolutoria? Lo cual puede ocurrir por diversos factores, ya sea una actividad probatoria deficiente o una mala representación o simplemente no se acredito que la publicidad era engañosa.

Sin embargo imaginemos que el producto X era dirigido para el uso de los niños menores de 3 años, en la publicidad se hacia alusión a su completa seguridad del producto para su uso, pero se dieron casos de complicaciones en su manipulación, los legitimados actúan, hacen andar el engranaje jurisdiccional y el tribunal desestima

la demanda argumentando que el producto cumplía con las normas establecidas para su distribución y que los casos de complicaciones presentados se derivan de una mala manipulación, sin embargo, exaltando nuestra inventiva, en la rotulación del producto se omitió una composición química en un elemento del producto por un error de impresión, la cual hace inseguro el producto a cierto tipos de personas por que produce reacción alérgica.

En este caso de laboratorio, pero que puede presentarse, mas aun en nuestra realidad actual en donde la generalidad de los productos se importan mayoritariamente desde oriente y pueden existir errores de traducción o rotulación, se desprenden diversos elementos, como la aparición de una nueva prueba, la cual no fue posible obtener en juicio que puede hacerse valer posteriormente, o pensemos que si se disponía de ella en el proceso, pero el representante adecuado, ese tenaz y correcto defensor del interés colectivo y difuso realizo de forma deficiente su trabajo. ¿Qué pasa con todos aquellos que se vieron afectados, y que no participaron del juicio, pero resultaron lesionados?, ¿Se les debe extender a ellos la cosa juzgada?, ¿Los legitimados colectivos pueden invocar la acción colectiva nuevamente?, ¿Existe un plazo de preclusión o prescripción de acciones?, etc.

A estas preguntas, como expone Aguirrezabal, “la doctrina se ha pronunciado en diversos sentidos: desde los que sostenían la eficacia ultra partes de la sentencia, a los que proponían atender a los límites subjetivos normales de eficacia interpartes, o los que propugnaban la producción de cosa juzgada *secundum eventum litis*, que ha sido generalmente entendida por la doctrina en el sentido de que si la sentencia es favorable a las pretensiones deducidas esta debe expandir sus efectos al resto de la colectividad, y si es desfavorable debe solo producir efectos interpartes, por lo que los legitimados podrían demandar nuevamente basando la demanda en los mismos hechos.” (2010: P. 102) La idea que resume o engloba el conflicto de la extensión de la cosa juzgada se puede plasmar en una pregunta ¿De que forma se manifiesta el derecho a defensa de los individuos ausentes al juicio?; ¿Cual de los mecanismos es

el mas idóneo para lograr una tutela supraindividual efectiva y un equilibrio entre los intereses de quienes actuaron como partes en un proceso colectivo y aquellos que se verán afectados por su resolución pero estuvieron al margen del mismo? He aquí en adelante lo que me convoca en específico en este trabajo, tratando de ser lo mas claro y riguroso posible.

2. Hablemos un poco de la cosa juzgada.

No cabe duda del rol que esta figura ostenta a lo que administración de justicia respecta, ya que quienes se ven involucrados en un juicio tienen las legítimas expectativas de salir victoriosos, situación que ciertamente un operador jurídico, como un abogado, puede apreciar al interactuar con aquellos intervinientes. Dicho operador sabe, o mas bien debería saber, que un asunto cuando se judicializa entra a una especie de túnel en el cual no se ve la luz del otro lado, y para llegar a ella se tendrá que recorrer un largo camino y ciertamente se esta expuesto también a no encontrarla. He aquí uno de los problemas a los que la cosa juzgada pone atajo, que se relaciona con esa la insatisfacción de la parte vencida en un proceso judicial, la cual ciertamente puede recurrir contra ese dictamen que en su apreciación subjetiva considera injusto. El sistema jurídico le otorga las herramientas procesales suficientes, que de cierta forma pueden aplacar esa insatisfacción y le confieren otra chance donde se “haga justicia”.

Esta situación de búsqueda constante de justicia, atentaría gravemente a la seguridad jurídica, y como expresa Pereira, “La paz social exige, aun con perjuicio de la justicia, certeza de las relaciones humanas, y de ese imperativo nace la necesidad de atribuir al fallo judicial, cualquiera que fuere su contenido el carácter de indiscutible, irrevocable o inmodificable.

Es así como se enfrentan dos extremos contrarios: la necesidad de justicia y la necesidad de certeza.

La cuestión que el ordenamiento jurídico debe resolver es , entonces, la de armonizar estos opuestos, y ha creado para tal fin un sistema de equilibrios proveyendo a la necesidad de justicia mediante el establecimiento de los recursos procesales y atendiendo la necesidad de certeza con la cosa juzgada; pero asigna esta autoridad al fallo únicamente cuando esta firme o ejecutoriado, es decir, cuando ha sido efectivamente impugnado por los recursos legales o , al menos, cuando estuvo asegurada la posibilidad de serlo.” (2004: pp. 19-20).

La doctrina a tratado profusamente esta institución, existiendo corrientes que le asignan “a la cosa juzgada efectos de orden material, en el sentido que lo decidido por una sentencia judicial, sobre un determinado tema, alcanza el grado de ficción de verdad (Savigny) o de presunción de verdad (Pothier). Detrás de estas tesis se concibe a la verdad que resulta de la sentencia como un auténtico oráculo del juez, dotada de una aureola sacramental.” (Romero, 2002: p. 12). Esta doctrina de orden privatista circunscribe los efectos de la cosa juzgada solo a los derechos sustanciales del vínculo jurídico que es objeto del juicio.

También existe otra corriente que plantea que la cosa juzgada no interactúa con el derecho material objeto del juicio. “En estas doctrinas lo que hay es un intento por superar toda idea privatista y contractualista en el ámbito de la cosa juzgada, y del proceso en general. Las tesis procesales ponen su acento en la inmutabilidad y definitividad de la resolución, prescindiendo de los efectos que la cosa juzgada produce sobre la relación de derecho sustancial en la que recayó la decisión jurisdiccional. Bajo este prisma, se intenta explicar la cosa juzgada poniendo el acento en el carácter público del mandato contenido en una sentencia, que vincula tanto al órgano jurisdiccional como a las partes. El objetivo final de las tesis procesales es resaltar el valor de la seguridad jurídica como un elemento básico de la paz social, que evite una utilización indefinida del proceso.” (Romero, 2002: pp. 16-17)

Dentro de todos los autores que se han ocupado y escrito sobre la cosa juzgada me detendré brevemente en uno de ellos, Enrico Tulio Liebman, ya que de su obra, parte de la doctrina actual que ha trabajado sobre la tutela de intereses supraindividuales, a formulado postulados respecto a como esta institución decimonónica que es la cosa juzgada debe aplicarse en la administración de justicia supraindividual.

Liebman, desarrollo un trabajo muy influyente cuyo influjo sigue hasta el día de hoy, en su libro “Eficacia y autoridad de la sentencia” expone que “la cosa juzgada se considera, mas o menos clara y explícitamente, como uno de los efectos de la sentencia, o como su específica eficacia, entendida esta, bien como complejo de las consecuencias que la ley hace derivar de la sentencia, bien como conjunto de los requisitos exigidos para que pueda valer plenamente y considerarse perfecta.

Las definiciones corrientes, aun las mas autorizadas, oscilan dentro de los limites de tales formulas.

Este modo de entender la cosa juzgada se inspira directamente en una antigua y augusta tradición, que es propiamente la tradición romanística.” (1946: pp. 19-20).

El expresa que dicha concepción es errónea y dice “que la autoridad de la cosa juzgada no es el efecto o un efecto de la sentencia, sino una cualidad y un modo de ser y de manifestarse de sus efectos, cualesquiera que sean, varios y diversos, según las diferentes categorías de las sentencias.” (1946: p. 23), continua exponiendo que “Una cosa es distinguir los efectos de la sentencia según su naturaleza declarativa o constitutiva, y otra es ver si los mismos se producen de un modo mas o menos perpetuo e inmutable. En verdad, todos los posibles efectos de una sentencia (declarativo, constitutivo, ejecutivo) pueden concebirse de un mismo modo, al menos en vía puramente hipotética, como producidos independientemente de la autoridad de la cosa juzgada, sin que por esto desaparezca su esencia o su naturaleza específica. La cosa juzgada es una cosa mas que se añade para aumentar su estabilidad, y que tiene valor en cuanto a todos los posibles efectos de la sentencia.” (1946: p. 37).

Así Liebman indica que la eficacia de una sentencia debe distinguirse de su inmutabilidad, ya que la primera es incapaz de lograr que otro juez, con el pasar del tiempo, no conozca y falle el mismo asunto de forma diferente a como se expuso en aquel anterior dictamen. Es así que “solo una razón de utilidad política y social – como se ha recordado ya- interviene para evitar esta posibilidad haciendo el mandato inmutable cuando el proceso haya llegado a su conclusión con la preclusión de las impugnaciones contra la sentencia pronunciada en el mismo.

En esto consiste, pues, la autoridad de la cosa juzgada, que se puede precisamente definir como la inmutabilidad del mandato que nace de una sentencia. La misma no se identifica simplemente con la definitividad e intangibilidad del acto que pronuncia el mandato; es, por el contrario, una cualidad especial, más intensa y más profunda, que inviste el acto también en su contenido y hace así inmutables, además del acto en su existencia formal, los efectos cualesquiera que sean del acto mismo.

La eficacia natural de la sentencia, con la adquisición de esta ulterior cualidad, se encuentra, pues, intensificada y potenciada, por que se afirma como única e inmutable formulación de la voluntad del Estado al regular concretamente el caso particular decidido.” (1946: pp. 71-72)

En razón de los postulados de Liebman, de orden publicista, en que distingue entre la eficacia de la sentencia y autoridad de la cosa juzgada, es que plantea que “la eficacia de la sentencia vale frente a todos, limitadamente al objeto sobre el cual se ha pronunciado la decisión.” (1946: p. 209), por ende es una eficacia subjetiva ilimitada, pero objetivamente limitada. Y la cosa juzgada hace inmutables el acto de la sentencia y los efectos producidos por la misma, consolidándolos y resguardándolos de una eventual conocimiento y juzgamiento contradictorio, agregando Liebman que “Un elemental respeto por los derechos de los terceros limita, sin embargo, la cosa juzgada a las solas partes en el juicio.” (1946: p. 214).

Este vistazo tangencial de la cosa juzgada, y de la teoría de Liebman, me permitirán desarrollar de mejor manera mi trabajo, ya que será mas fácil comprender

el problema que se suscita, y como parte de la doctrina procesal actual ha abordado dicha situación.

3. La cosa juzgada en la tutela jurisdiccional supraindividual

Esta institución en su concepción clásica o decimonónica, por así llamarlo, no encaja de forma adecuada en el ámbito de la tutela colectiva, y no por que esta no se pueda aplicar, si no más bien a los caracteres propios que tienen estos procesos, he aquí la necesidad de vislumbrar los rasgos distintivos que debe asumir esta institución. Antonio Gidi plantea que “la principal nota característica de la cosa juzgada en las acciones colectivas en comparación a la cosa juzgada tradicional es la imperativa necesidad de delimitar, de manera diferencial, el rol de las personas que deberán tener sus esferas jurídicas alcanzadas por la cosa juzgada.” (2003: p. 261).

Esta claro, y parto de la premisa de que una aplicación restrictiva respecto a los límites subjetivos de la cosa juzgada en este contexto, sería una torpeza y un contrasentido, en razón de la naturaleza de los derechos en juego. La doctrina ha trabajado y recurrido a figuras procesales nuevas para buscar su protección, debido a las deficiencias de las figuras tradicionales existentes, como el litisconsorcio. Esto ha sido un aporte importantísimo y un avance innegable, el cual se correlaciona con la realidad social actual, que se desarrolla en muchos ámbitos como un auténtico escenario de masas. Sin embargo hubo quienes plantearon que la cosa juzgada en las sentencias de procesos colectivos fuese y actuase de la misma forma que e los procesos individuales, es decir, todo el grupo o clase sería beneficiada con un dictamen favorable, y también todos serían vinculados con una sentencia desfavorable. Sin embargo, “tal solución pareció inviable, una vez que, se podría perjudicar jurídicamente a terceros, y daba un margen muy amplio e incontrolable para la instauración de procesos fraudulentos.” (Gidi, 2003: p. 263). Este mismo autor citado, expresa que en el modelo de la *class actions* norteamericana se construyó una solución en la cual se extiende a los terceros la inmutabilidad de los efectos de la cosa

juzgada, en virtud de una figura a la cual ya habíamos aludido, que es la del representante adecuado, todo esto trazado jurisprudencialmente.

No niego que la opción de optar por un modelo en el cual la autoridad de cosa juzgada actué *pro et contra*, cuando exista la adecuada representación del grupo o clase, es lógica, ya que pone en cierto equilibrio la necesidad de justicia y de certeza jurídica, pero esto funcionaría cuando el sistema jurídico en que se aplique tenga una trayectoria y tradición respecto a este tipo de acciones. ¿Qué quiero decir con esto? Esta opción debe ser una aspiración a la cual se debería llegar, una vez sorteadas todas las dificultades que experimenta la aplicación y desarrollo de un sistema de tutela jurisdiccional supraindividual. Sin ir más lejos pensemos en nuestra realidad, en nuestro humilde proceso colectivo establecido en la LPC, cuyos objetivos planteados con su implementación no se han logrado, y así lo deja en claro el ejecutivo mediante el mensaje del proyecto que pretende reformar nuevamente la LPC, diciendo que “sin embargo, en los hechos, la implementación práctica de la ley no ha logrado los resultados esperados.

Los juicios colectivos, transcurridos algo más de cuatro años desde la interposición de la primera demanda bajo este procedimiento, todavía no conocen sentencia definitiva de primera instancia, situación que no se condice con la premura requerida en la respuesta frente a hechos de esta naturaleza y que demanda examinar y ajustar la forma en que la norma legal manda desarrollar el procedimiento.”²

De lo anterior rescato que en la génesis de un sistema de tutela jurisdiccional supraindividual se debe contemplar la figura de un representante adecuado, esto vendría a resguardar los derechos de los terceros ajenos a la *litis*.

Hay quienes proponen que “debería existir la extensión *erga omnes* de los efectos de la sentencia mas no su inmutabilidad de esos efectos, ni contra las partes ni contra terceros. Habría exclusivamente la formación de la cosa juzgada formal, para

² Mensaje presidencial numero 246-357 de fecha 27 de abril de 2009.

dar fin a los procesos iniciados.” (Gidi, 2003: pp. 264-265) el autor citado expone esta postura no como propia, sino como la que sugieren algunos autores en Brasil, país de profusa doctrina sobre este tema. Pero queda en evidencia los problemas que acarrea esta propuesta, ya que nunca se formara la cosa juzgada material, y daría pie para la iniciación de nuevos juicios respecto a la misma materia, siendo tremendamente injusto para la parte demandada.

Otro aporte de la doctrina, propone que la extensión subjetiva de la cosa juzgada debe estar supeditada en función del resultado del pleito, vale decir que esta actuara *erga omnes y secundum eventum litis*. En palabras de Gidi “si el juicio fuese de procedencia, favorable a la pretensión colectiva, la inmutabilidad de su comando se extendería para todos los interesados; si el juicio, al contrario, fuese desfavorable a los intereses de la colectividad, la referida inmutabilidad no se extendería, no pudiendo perjudicar a quien no estuvo presente como parte en el proceso.” (2003: p. 265)

En virtud de los antecedentes expuestos no parece ilógico simpatizar con la última propuesta descrita, sin embargo se requerirá ciertas precisiones de perspectiva respecto a algunas ideas a las que adhiero. Hay que delimitar que se entiende cuando se habla que la cosa juzgada opera *erga omnes*. Estos nos lleva a tener en cuenta dos planos que de ahora en adelante tendremos que distinguir respecto al concepto de la cosa juzgada, uno es su esfera individual, propia de su génesis, y su esfera colectiva, necesaria para su adaptación a los procesos de tutela supraindividual. Hecha esta distinción, recogida de algunos autores, se concluye que el juez que conoce del pleito, al fallar procedente la acción deducida por el grupo o colectivo, todo este ultimo, sean partes o no en el proceso, se beneficiaran de la sentencia, se extiende la cosa juzgada colectiva *in utilibus*; y de lo contrario, con un fallo desestimatorio de la acción propuesta por el grupo, este se vera también vinculado por el mismo, en virtud de la cosa juzgada colectiva, es decir que la acción de grupo o de tutela supraindividual no podrá ser repuesta, ningún legitimado colectivo podrá accionar

nuevamente en razón del mismo hecho. En ambas situaciones la cosa juzgada opera *erga omnes*, pero solo respecto a su plano colectivo que precisamos hace poco.

El adscribir a lo señalado nos da la respuesta a una de las interrogantes de debíamos resolver en el desarrollo de este trabajo, y es ¿Cual de los mecanismos es el más idóneo para lograr una tutela supraindividual efectiva y un equilibrio entre los intereses de quienes actuaron como partes en un proceso colectivo y aquellos que se verán afectados por su resolución pero estuvieron al margen del mismo? Junto con una adecuada representatividad del grupo y su constante fiscalización por parte del juez, el concebir una cosa juzgada colectiva, pone a resguardo los legítimos y plausibles intereses de carácter individual de aquellos sujetos que se ausentaron de la controversia, pero que sin embargo se vieron afectados, siendo tarea de ellos iniciar una acción individual, en la cual deberán probar su daño y la relación de causalidad entre el hecho debatido que fue desestimado y su afectación individual.

A lo anterior se debe hacer mención expresa de una lucida y acertada apreciación que hace Antonio Gidi, al decir “lo que es *secundum eventum litis* es la extensión de la cosa juzgada solamente para beneficiar (*in utilibus*) la esfera individual de los componentes de la comunidad o colectividad.” (2003: p. 278). De lo mostrado se hecha por tierra a aquella doctrina que critica la concepción del criterio *secundum eventum litis*, basándose principalmente en su falencia para determinar cuáles son los terceros y quienes son afectados por la controversia y quienes no. Ya que en ambos supuestos, estimatorio o no de la acción supraindividual, se estará al corriente de quienes están vinculados por la sentencia colectiva: el grupo, la clase o colectivo.

4. La insuficiencia de prueba

Este es un criterio que se ha utilizado para frenar el carácter *erga omnes* de la cosa juzgada colectiva. Esta insuficiencia probatoria puede ser relación directa de la ineficiente representación adecuada por parte del legitimado colectivo, ya sea por que no fue bien preparado el caso o por incompetencia del abogado a cargo, o

simplemente no se disponían de los conocimientos para acceder a las pruebas necesarias. La dificultad se plantea al tratar de delimitar cuando el juez que conoce de la controversia, deshecha la acción supraindividual por insuficiencia de pruebas.

Hay quienes proponen para estos casos que el juez en el fallo sea explícito, y deje de manifiesto que lo resuelto por el se debe a una insuficiencia probatoria, pero en la realidad que tan posible puede ser para el juez percatarse de que se encuentra ante una insuficiencia de prueba o no. En algunos casos será evidente dicha situación, pero en otros probablemente sea imperceptible, lo que conllevará a juez fallar sobre el fondo del asunto, con las pruebas que el considero suficientes en ese momento, lo que hará precluir la instancia colectiva para resolver el pleito.

Creo yo, que el criterio que se debe adoptar para estos casos es el de surgimiento de nueva prueba, la que posibilitaría nuevamente el ejercicio de una acción supraindividual respecto al hecho que ya fue juzgado. Pero hay que atribuirle a esta nueva prueba ciertas características, ya que no cualquier elemento probatorio, aun que sea nuevo, puede ser considerado suficiente para promover nuevamente la instancia colectiva.

La nueva prueba debe aportar relevantes elementos a la convicción del juez, siendo estos de tal entidad que configuren, aun que de forma potencial, un cambio en lo resuelto en la primera acción. Pensemos en el caso hipotético formulado en páginas anteriores, en donde el producto X, con omisiones de rotulación respecto a sus componentes químicos. Como dijimos dicha circunstancia se pudo constatar con posterioridad a la dictación de la sentencia colectiva, pero creo que un hecho como este, tiene esa magnitud suficiente para volver a poner en marcha la tutela jurisdiccional supraindividual, estableciéndose así un atajo al ámbito *erga omnes* de la cosa juzgada colectiva. Cabe agregar un elemento, para equilibrar la balanza entre los intervinientes, y es que la nueva prueba solo podrá hacerse valer durante un tiempo desde que se supo de su existencia. Podríamos citar como ejemplo el Código

Modelo, el cual establece un plazo de 2 años que se cuenta desde que se tiene conocimiento de la misma.

Nos referiremos, en lo que sigue, a cuales fueron las soluciones que se plantearon en dos cuerpos normativos: el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica y nuestra Ley de Protección al Consumidor.

5. El Código Modelo

Este es un aporte elaborado, como ya se menciono, por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Dicho organismo expresa en el mensaje del proyecto que “se analizaron la sistemática norteamericana de las *class actions* y la brasileña de las acciones colectivas, pero la propuesta ahora presentada se aparta en diversos puntos de los dos modelos, para crear un sistema original, adecuado a la realidad existente en los diversos países iberoamericanos.”

Refirámonos a lo que trata este trabajo y analicemos como trata la cosa juzgada este código.

Su artículo 33 se titula cosa juzgada y expone en su inciso inicial que “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.” Se aprecia que se otorgado explícitamente un efecto *erga omnes* de la sentencia colectiva, contemplando la excepción de la insuficiencia probatoria, en virtud de una nueva prueba.

En su párrafo primero dice: “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.” Se menciona lo ya anteriormente dicho y es el plazo para iniciar una nueva acción con la existencia de una nueva prueba, a la cual le atribuye una característica, que de desde mi parecer, resulta excesiva que es la idoneidad por si sola de modificar el resultado del proceso. Esto es muy aventurado ya que hay que concebir a esta nueva prueba no aislada del proceso que ya esta cerrado, por lo tanto debe ponderarse con las pruebas rendidas y producidas en el mismo, además esa idoneidad que solicita el código estaría prejuzgando el resultado del pleito.

Prosiguiendo con el artículo 33 su párrafo segundo expone que “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.” Acá se vislumbra el resguardo que se ha querido observar respecto al ámbito del interés individual de los sujetos, ya que solo se precluye la vía colectiva.

Se expone en los últimos tres párrafos:

“Párrafo tercero: 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.”

Parágrafo cuarto: Lo dispuesto en el párrafo anterior, es aplicable a la sentencia penal condenatoria.

Parágrafo quinto: La competencia territorial del órgano juzgador no implicará una limitación para la cosa juzgada *erga omnes*.”

Pese a las diversas interpretaciones que la doctrina he realizado de esta norma, “combinando las distintas partes del texto legal citado, puede concluirse que la cosa juzgada abarca en el plano colectivo al titular de la acción, portadora su vez de los intereses individuales, impidiendo el ejercicio de nuevas acciones colectivas. Pero, en el plano de los individuos miembros del grupo, la cosa juzgada solo se hace extensiva para beneficiarlos pero no para perjudicarlos, ya que si la sentencia a sido desfavorable a las pretensiones del colectivo, siempre les quedara a salvo la posibilidad de ejercer acciones individuales.” (Aguirrezabal, 2010: p. 112)

6. Ley de protección al consumidor (LPC)

Cabe reconocer la importancia que a tenido la incorporación a nuestro ordenamiento de una norma general de este tipo, ya que viene a poner atajo a distorsiones que se presentan en el mercado en el ámbito del consumo, en donde a quedado demostrado que la posición dominante de las empresas y distribuidores de productos y servicios da pie para abusos respecto a sus consumidores y usuarios.

Esta LPC en su implementación y desarrollo a quedado en evidencia las falencias que adolece en muchos aspectos, los cuales obedecen dentro de otros factores, a una mala técnica legislativa, principalmente derivada de un desconocimiento técnico del tema por parte de los legisladores.

En lo que nos convoca, esta LPC trata la cosa juzgada en su artículo 54 el cual establece que “La sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad del o los demandados producirá efecto *erga omnes*”. Esta norma se refiere a sentencia que declare la responsabilidad del o los demandados, esto quiere decir que solo la sentencia estimativa de la acción de grupo o supraindividual es la que actúa *erga omnes*. “Así pues, razonando a contrario sensu, cabe concluir que la sentencia que rechace la demanda colectiva solo produce efecto entre las partes litigantes.” (Meneses, 2006: p. 255). Esto nos lleva a concluir que se incorpora un régimen *secundum eventum litis* propiamente tal.

Dentro de otros mecanismos que previó el legislador para salvaguardar la esfera de intereses individuales de los consumidores, cabe agregar, el hecho que aquellos cuentan con la posibilidad de hacer reserva de sus acciones y derechos, como se expresa en el artículo 53 inciso cuarto y 54 inciso primero parte final.

Siguiendo con el artículo 54 en su inciso final, el legislador otorga nuevamente la posibilidad que los legitimados activos puedan reponer la demanda colectiva, cuando esta fue rechazada con anterioridad. Para que esto sea posible, las acciones no deben estar prescritas, deben entablarse ante el mismo tribunal y debe valerse de nuevas circunstancias. ¿Qué quiere decir esto último? Aquí hay que tratar de pensar que es lo que buscaba el legislador con este requisito, a que quería aludir. Esto me suena a lo que en doctrina se refieren con la improcedencia de la acción por falta de pruebas, y a lo que apuntaba en relación a la prueba nueva, la cual debe tener tal magnitud que haga potencialmente cambiar lo dictaminado en el primer proceso.

Es evidente que en la LPC no se trató adecuadamente la institución de la cosa juzgada, se quiso innovar con la misma, pero no se realizó de la forma más prolija, se confundieron y utilizaron mal algunos conceptos, empantanando más su aplicación. El legislador debió tener en consideración en el trabajo que elaboró el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, que dio como fruto el Código Modelo.

Pero ahora nos queda por ver como los tribunales han aplicado la LPC, tarea que no va a ser nada sencilla ya que es muy escueta la jurisprudencia que versa sobre titularidad supraindividual, y casi todo se refiere principalmente a la admisibilidad de la acción colectiva, pero aun así hay cosas interesantes y una novedad reciente.

El primer caso es el rol N°17.391-2008 del Tercer Juzgado de Policía Local de Santiago, en aquella controversia resulta interesante lo expuesto por el titular de dicho tribunal al declararse incompetente de conocer el asunto, ya que según él, los

antecedentes invocados versan sobre intereses colectivos, los cuales deben ser sometidos a la justicia ordinaria.

En una breve síntesis de los hechos, con fecha 8 de Agosto de 2008, el Sernac acciona como denunciante contra la empresa “Feria Ticket”, por sobreventa de boletos para un evento deportivo, esta situación afecto al menos a 17 personas, las cuales concurren al Sernac para reclamar por dicha situación.

El juez en su considerando segundo hace mención al inciso 3 del artículo 50, que dispone que “el ejercicio de las acciones puede realizarse a título individual o en beneficio del interés colectivo o difuso de los consumidores” y en el considerando siguiente relaciona directamente lo expuesto con el inciso 3 del artículo 58 de la LPC que dice relación con las atribuciones y facultades del servicio, exponiendo que “La facultad de velar por el cumplimiento de normas establecidas en leyes especiales que digan relación con el consumidor, incluye la atribución del Servicio Nacional del Consumidor de denunciar los posibles incumplimientos ante los organismos o instancias jurisdiccionales respectivos y de hacerse parte en las causas en que estén afectados los intereses generales de los consumidores, según los procedimientos que fijan las normas generales o los que se señalen en esas leyes especiales. Todo lo anterior lo hace en virtud de validar la acción del Sernac, ya que en este caso considera que se a afectado el “interés general de los consumidores”

En el considerando quinto expresa lo que el legislador dispuso por interés individual, colectivo y difuso en la LPC, para proseguir exponiendo que “resulta evidente que la acción interpuesta, aunque solo lo fue por el Sernac, es igualmente de interés colectivo, ya que claramente se refiere a derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores afectados por los mismos hechos denunciados, que son precisamente las 17 personas señaladas precedentemente. En resumen, no puede pensarse que por el solo hecho de ser el denunciante únicamente el Sernac la causa sea necesariamente de carácter individual, ya que ello ocurriría si

el consumidor afectado fuese solo uno, lo que en este caso no ocurre, como se vio, ya que los hechos de la presente causa afectaron al menos a 17 personas en términos similares, por lo que obviamente es una acción de interés colectivo al tenor de la definición del artículo 50 de la Ley 19.496 antes transcrita.”

El magistrado continúa en los considerandos posteriores reafirmando dicha situación, apoyándose incluso en doctrina extranjera. Como es ya es de saber en la parte resolutive se declara incompetente atendido a los artículos 50 A inciso 3 en relación al artículo 2 bis letra b) de la LPC.

Sin embargo, la Corten de Apelaciones de Santiago revoca el dictamen, argumentando “que, como puede apreciarse, no se está en presencia del ejercicio de una acción de interés colectivo o difuso, cuyo conocimiento es de competencia de los tribunales ordinarios de justicia, de acuerdo a las reglas generales, sino de una en que se pretende hacer efectiva la responsabilidad de la denunciada como autora de la infracción tipificada en los artículos 12 y 23, en relación con el artículo 3 letra e), todos de la Ley N° 19.496, y que el Servicio Nacional del Consumidor ha ejercido velando por el interés general de los consumidores, conforme a lo establecido en el artículo 58 letra g) de la citada ley.”

Lo que rescato de este fallo es el criterio que tuvo el juez para declararse incompetente, ya que no interpreta la normativa desde una óptica restrictiva, si no que es coherente con el espíritu objetivo de la LPC y su posterior incorporación de un procedimiento de la defensa del interés colectivo y difuso.

El segundo caso al que me referiré será al proceso colectivo llevado adelante por la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios (Conadecus) contra el Banco del Estado, por cobros ilegales de ciertas comisiones y el cierre unilateral de ciertas cuentas de ahorro. Este se estuvo tramitando en el 14° Juzgado Civil de

Santiago bajo el Rol N° 11679-2004. En Abril de 2005 se declaro admisible la acción colectiva, y en el mes de Julio del mismo año se confirmo.

Lo interesante de este proceso es que recién este 28 de septiembre de 2010 se dicto la sentencia de primera instancia, la cual acogió la demanda colectiva en contra de la entidad financiera estatal.

En lo relativo a la sentencia, se declara como abusivas las clausulas relativas al cobro de comisiones presentes en los contratos de adhesión de dichas cuentas, cuyas suscripciones se llevan a cabo mediante el fenómeno de la contratación masiva, afectando el interés colectivo de los consumidores.

También se declara la responsabilidad del Banco del Estado por el cobro de comisiones por concepto de manutención de cuentas emanadas del proceso de contratación antes dicho, aplicándosele la multa de 50 UTM. Se le ordena cesar el cobro de comisiones por manutención de las cuentas objeto de la *litis*.

Se le Ordena restituir los dineros cobrados por la situación antes dicha, y además deberá restablecer todas la cuentas cerradas producto de la infracción declarada.

Este fallo es importantísimo para lo que a procesos colectivos se refiere, ya que es el primero en declarar la responsabilidad del demandado, por ende, los efectos de la sentencia serán *erga omnes* cuando esta este ejecutoriada, beneficiando alrededor de un millos de personas.

Conclusiones

En razón de la búsqueda de eficacia, certeza y seguridad jurídica, un buen sistema de tutela colectiva debe abordar el tema de la cosa juzgada desde una perspectiva razonable e innovadora.

Se debe ponderar equilibradamente el resguardo de los derechos de que es titular el colectivo, clase o grupo, que tienen naturaleza indivisible, versus los propios intereses o derechos de naturaleza particular y perfectamente divisible que posee el individuo que pertenece a ese colectivo, clase o grupo, y que estuvo ausente del proceso.

Para cumplir estos objetivos se deben acuñar conceptos como el de cosa juzgada colectiva, e integrar a la legislación la figura del representante adecuado, y otorgar facultades al juez para que constate la calidad de esa representación adecuada, como lo hace nuestra LPC en el numeral 7 párrafo final del artículo 51.

Se precisa que se efectúen reingenierías a los conceptos e instituciones clásicas de nuestro sistema procesal, principalmente en lo que dice relación con la acción, legitimación y cosa juzgada, utilizando las ideas de acción y legitimación colectiva (esta última con un carácter amplio) y de la mano de un sistema que resguarde una “representatividad adecuada” de la colectividad.

Con ocasión de la cosa juzgada en las acciones colectivas, considero que su formación no debe estar supeditada al resultado de la *litis*, debiendo “cristalizarse” siempre. Para esto hay que tomar el enfoque que ofrece el Código Modelo, en orden a aplicar los principios *erga omnes* y *secundum eventum litis* en la extensión de la cosa juzgada al ámbito jurídico colectivo del tercero ausente, la cual debe ser *in utilibus*. Si la acción colectiva se declara procedente, no hay problema con quienes no

fueron partes en el proceso, ya que ellos se pueden beneficiar de dicha sentencia; de darse la hipótesis contraria, esto traería como consecuencia que los sujetos podrán buscar la reparación del daño individual sufrido, el cual tendrá que tener cierta magnitud para que se motive a asumir los costos y riesgos que conlleva una acción individual de reparación, respecto a la infracción que se alegó en la acción colectiva y que fue desestimada.

Respecto de lo anteriormente dicho, la cristalización de la cosa juzgada, es necesario recurrir a una excepción, basada en el hecho de “insuficiencia de prueba”, como se contempla en el Código Modelo, pudiendo la colectividad, titular del interés supraindividual, poner en marcha nuevamente la acción colectiva, siempre que existan nuevas pruebas que pongan en jaque la decisión anterior.

Nuestra ley de protección del consumidor, al tratar la cosa juzgada, no lo hace en forma clara, pues confunde respecto del sistema al cual se ha acogido y no hay un manejo adecuado de los conceptos y de la lógica colectiva por parte del legislador. Considero que es necesario un cambio a dicha norma, la cual debiera pronunciarse sobre el carácter *erga omnes* que plantea, de tal forma que no dependa del resultado del pleito colectivo. Asimismo, al plantear la opción de interponer nuevamente la acción colectiva en razón de “nuevas circunstancias”, esto debiese sistematizarse bajo el hecho de aparición de una nueva prueba, que cumpla las condiciones antes señaladas, haciendo excepción a la formación de la cosa juzgada.

Bibliografía

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2006): “Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)” *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N° 1, Santiago, Chile, PP. 69-88.

AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2010): “La extensión de los efectos de la sentencia dictadas en procesos promovidos para la defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios: Régimen en la Ley Chilena de Protección del Consumidor.” *Revista Ius et Praxis*, Año 16, N° 1, Talca, Chile, pp. 99-124.

BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2003): “Efectos de la sentencia pronunciada en los procesos de tutela de intereses o derechos difusos.” en “*La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un código modelo para Iberoamérica*” Ed. Porrúa, México, pp. 296-313.

CAPPELLETTI, Mauro,(1978) “Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil”, traducción de Raúl BRAÑES, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, año XI, nos. 31-32, enero-agosto, pp. 1-40;

GIDI, Antonio (2003): “Cosa juzgada en acciones colectivas” en “*La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un código modelo para Iberoamérica*” Ed. Porrúa, Méxic. (Traducción de Adriana León), pp. 261-295.

GIDI, Antonio (2004): “*Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en Brasil*” Universidad Nacional Autónoma de México, México, (Traducción de Lucio Cabrera Acevedo).

HITTER, Juan Carlos (2005): “*Alcances de la cosa juzgada en los procesos colectivos*”, La Ley S.A., Buenos Aires, Argentina.

LIEBMAN, Enrico (1945): “*Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada*”, Ediar S.A., Buenos Aires, Argentina. (Traducción de Santiago Sentis Melendo)

MENESES PACHECO, Claudio (2006): “Legitimación y cosa juzgada en la tutela de derechos e intereses colectivos, en el ordenamiento chileno”. *Revista de Derecho Processual*, Curitiba, Brasil, pp. 230-266.

MENESES PACHECO, Claudio (2008): “Notas sobre la representatividad adecuada en los procesos colectivos”, en “*Revista de ciencias sociales*” de la facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Edeval, Valparaíso, Chile, pp. 113-152.

PELLEGRINI GRINOVER, Ada (2003): “Eficacia y autoridad de la sentencia: El código modelo y la teoría de Liebman.” en “*La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos: hacia un código modelo para Iberoamérica*” Ed. Porrúa, México, pp. 255-260.

PEREIRA ANABALON, Hugo (2004): “*La cosa juzgada en el proceso civil*”, LexisNexis, Santiago, Chile.

ROMERO SEGUER, Alejandro (2002): “*La cosa juzgada en el proceso civil chileno*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.