
PROBLEMAS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS SOBRE LA APLICABILIDAD DEL INTERROGATORIO DE PARTE EN LAS ACCIONES DE GRUPO EN COLOMBIA¹⁸

Laura Estephania Huertas Montero¹⁹

Resumen

El presente escrito pretende presentar la discusión que existe en el derecho colombiano sobre la aplicabilidad del interrogatorio de parte en las acciones de grupo. Se busca con esta investigación analizar, desde el punto de vista teórico y práctico, la posibilidad o no de conciliar la práctica del interrogatorio de parte con las particularidades propias de la acción de grupo, a partir de conceptos como la extensión de los efectos de la cosa juzgada a los miembros de un grupo, la homogeneidad del grupo, la capacidad del grupo para ser parte y para actuar a través de un representante, y la declaración de parte como medio de prueba en los procesos judiciales. Con este escrito se pretende generar algunas reflexiones que puedan servir como punto de partida para que los jueces y los operadores jurídicos puedan adaptar la obligación que poseen de decretar, practicar y valorar los medios de prueba en un proceso judicial, con las particularidades de la acción de grupo, que se caracteriza por permitir el reclamo de perjuicios individuales a través de un trámite colectivo.

Palabras clave: Interrogatorio de parte, Acción de grupo, Extensión de la cosa juzgada, Homogeneidad del grupo, Confesión, Declaración de parte.

18 El presente trabajo hace parte de la investigación: “Estudios sobre las acciones colectivas en el Derecho colombiano: Acción de grupo y acción popular”, vinculada a la Línea de investigación: “Acciones populares y de grupo”, gestionado por la Universidad Externado de Colombia (Bogotá).

19 Abogada de la Universidad Externado de Colombia, Magíster en Justicia y Tutela de los Derechos con Énfasis en Derecho Procesal por la Universidad Externado de Colombia (Bogotá). Estudiante de doctorado del Programa de Administración y Justicia en el Estado Social de Derecho de la Universidad de Salamanca (España). Docente de pregrado y posgrado e investigadora del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad Externado de Colombia, miembro del grupo de investigación “Teoría del proceso y derecho procesal civil” de la Universidad Externado, Categoría A en Minciencias. Autora y coautora de varias publicaciones, columnas en *blog* y ponencias orales en materia de Derecho procesal. Profesora invitada en posgrados y cursos de extensión en las Universidades Militar Nueva Granada, Libre y de Nariño. Abogada Litigante en *Valbuena Abogados*. Miembro del Instituto Colombiano de Derecho Procesal y de la Red Latinoamericana de Mujeres en Derecho Procesal y Razonamiento Probatorio. Contacto: e-mail - laura.huertas@uexternado.edu.co ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9766-4329>

Abstract

This article intends to present the discussion that exists in Colombian law about the applicability of the cross examination in class actions. The aim of this research is to analyze, from the theoretical and practical point of view, the possibility or not of reconciling the practice the cross examination with the particularities of the class action, based on concepts such as the extension of the *res judicata* effects to the members of a group, class homogeneity, the ability of the class to be part and to act through a representative plaintiff, and the part declaration as a proof in the judicial processes. This work aims to generate some reflections that can serve as a starting point for judges and legal operators can adapt the obligation they have to decree, practice and assess the means of evidence in a judicial process, with the particularities of the class action, which is characterized by allowing the claim of individual damages through a collective process.

Keywords: Cross Examination, class action, Extension of the *res judicata* effects, class homogeneity, confession, part declaration.

Introducción

El *interrogatorio de parte* es un medio de prueba que se puede emplear, por regla general, en todos los procesos judiciales para acreditar los hechos que son objeto del litigio. Sin embargo, cuando se trata de las acciones de grupo, dadas sus particularidades, surge la duda de si es posible llamar a varios miembros del grupo a interrogatorio o se torna necesario llamarlos a todos, o si cabe la posibilidad de convocar al representante del grupo.

En 2002, el Consejo de Estado resolvió la apelación de un auto proferido dentro del trámite de una acción de grupo promovida por los accionistas de la Corporación de Ahorro y Vivienda Grananahorrar S.A. en contra de la Superintendencia Bancaria, mediante el cual se rechaza el interrogatorio de parte solicitado por la parte demandada de todos los miembros del grupo que obraban como demandantes. En esta providencia se consideró que sí era posible solicitar el interrogatorio de parte de todos los miembros del grupo que obraran como demandantes en la medida en que el interrogatorio de parte es un medio de prueba donde no necesariamente se busca la confesión, por lo que se puede, entre otras cosas, preguntar por los hechos sobre los cuales los miembros del grupo tengan conocimiento. Así, a juicio de esta corporación, en dicha diligencia podrían confesar o declarar sobre los hechos objeto del proceso que los afectaran directamente, y de los cuales pudieran derivarse obligaciones que involucren derechos sobre los cuales tengan poder de disposición. (Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez, auto del 24 de enero de 2002, Exp: 0015, 2002)

Sin embargo, a partir de 2006 empezó a adoptar la postura consistente en que cuando el interrogatorio de parte va dirigido al conjunto accionante, este se opone a la naturaleza de la acción de grupo. (Consejo de Esstado, Sección Tercera, Auto del 25 de octubre de 2006, C.P: Ruth Stella Correa Palacio, Exp: 25000-23-27-000-2004-00502-00 (AG), 2002)²⁰ El Consejo de Estado consideró que el interrogatorio de parte no es procedente en las acciones de grupo, en la medida en que la finalidad del mismo es obtener la confesión de la parte contraria y esta confesión no podría producirse.

Para esta corporación, la parte activa dentro de la acción del grupo se compone de todos los miembros que integran el grupo que han sufrido un perjuicio proveniente de una causa común, con independencia de que se presenten o no a actuar directamente en el proceso, con excepción de aquellos que hayan hecho uso del derecho de exclusión, circunstancia que impide concretar, en el momento de decretar las pruebas, quiénes son los integrantes del grupo.

Asimismo, a juicio del Consejo de Estado, si el grupo actúa a través de un representante o hay varios miembros del mismo que demandaron y se encuentran presentes en el proceso, estos últimos sólo estarían facultados para confesar en nombre de sus derechos individuales pero no para confesar a nombre de todo el grupo por cuanto la Ley 472 de 1998 no le otorga esta facultad y debería otorgarse expresamente por los demás miembros del grupo, lo que tampoco sería posible pues la determinación de todos los integrantes del grupo se produce, por regla general, con posterioridad a la sentencia.

Finalmente, se afirmó en esta providencia que no puede limitarse el interrogatorio en relación con quienes asistieron al proceso como accionantes o se vincularon con posterioridad, antes del auto que decreta las pruebas, con el argumento de que la confesión que realicen afectará sólo sus derechos individuales, pues si bien es cierto que los daños que cada uno sufra pueden ser diferentes, los demás elementos que tienden a establecer la causa generadora del daño son comunes y, por lo tanto, la sentencia en la que se decida sobre la responsabilidad de la parte demandada por haber causado perjuicios a los miembros del grupo, derivados de una causa común, beneficiará o afectará a la colectividad, y no sólo a algunos de sus miembros.

20 La Sección Tercera de esta corporación resolvió un recurso de apelación interpuesto por uno de los demandados en contra de un auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del trámite de una acción de grupo, que rechazó el interrogatorio de parte de todos los miembros del grupo solicitado en la contestación de la demanda. 35 personas interpusieron una acción de grupo a través de apoderado en contra de la Alcaldía de Soacha con el fin de solicitar la indemnización de perjuicios por el deterioro de sus viviendas causado por la mala planeación territorial de esta entidad pública y por haber otorgado licencias de construcción en terrenos que no eran aptos para ello. El Tribunal vinculó de manera oficiosa a otras entidades públicas y privadas en calidad de demandadas, y les corrió traslado para que contestaran la mencionada demanda y solicitaran y allegaran las pruebas.

Esta postura fue reiterada por esta corporación en un auto del 26 de noviembre de 2011 (Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 26 de noviembre de 2011, Exp: 25000232700020040050202, 2011), y en una sentencia del 27 de junio de 2012 (Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P: Hernán Andrade Rincón, sentencia del 27 de junio de 2012, Exp: 01467, 2012); y ha sido seguida igualmente por jueces inferiores dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, como por ejemplo por el juzgado Doce Administrativo Oral de Medellín (Juzgado Doce Administrativo Oral de Medellín, auto interlocutorio 037 del 13 de febrero de 2013, Exp: 05-001-33-31-012-2011-00550-00, 2013)

El debate anteriormente expuesto nos lleva a plantearnos una pregunta problemática central con una enorme relevancia práctica: *¿Es posible utilizar el interrogatorio de parte y el interrogatorio de la propia parte, previstos en el Código General del Proceso (en adelante CGP), en las acciones de grupo, dada la naturaleza singular de estas acciones?*

Para dar respuesta a esta pregunta se hará, en primer lugar, una mención a los antecedentes, características y trámite de la acción de grupo en Colombia; luego, se harán unas consideraciones teóricas sobre la extensión de los efectos de la cosa juzgada a todos los miembros del grupo, y en particular a los miembros ausentes. Paso seguido, se expondrán algunas reflexiones sobre la posibilidad de emplear la confesión y el interrogatorio de parte en un proceso judicial y se tratará de dilucidar quién es parte por activa dentro de una acción de grupo. Y, finalmente, con todos estos elementos teóricos, se analizarán algunas hipótesis prácticas para evaluar si sería posible conciliar la naturaleza particular de las acciones de grupo –que deriva de la reclamación de derechos individuales a través de un trámite colectivo– con la operatividad del interrogatorio de parte como medio de prueba.

1. Definición y antecedentes de la acción del grupo en el Derecho colombiano

La acción de grupo se ha definido por el Artículo 88 de la Constitución Política Colombiana²¹, y por la Ley 472 de 1998 como aquella interpuesta por un número plural de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas, y sólo tiene lugar para el reconocimiento y pago de perjuicios²². Esto significa que esta acción tiene un carácter estrictamente indemnizatorio, y a diferencia de la acción popular, no protege derechos colectivos sino derechos individuales (Huertas Montero, 2017, pág. 66).

21 Inciso 2, Artículo 88, Constitución Política de 1991: “(...) También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares”.

22 Artículos 3 y 6, Ley 472 de 1998.

La acción de grupo es aquel mecanismo procesal en el cual varias personas que se encuentran en una situación similar en cuanto a la vulneración de sus derechos e intereses subjetivos, se unen para realizar una reclamación conjunta de todos los perjuicios individuales que han sufrido, y pueden nombrar a una o a varias personas para que representen sus intereses, sin necesidad de que se requiera otorgarles poder; y esta persona actuará en representación de los intereses de todos los miembros que hacen parte del grupo y en nombre de sus propios derechos individuales (Huertas Montero, 2017, pág. 66).

En un sentido similar, el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica de 2004, aprobado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, define en su artículo 1° las acciones de grupo como aquellas que protegen “intereses o derechos individuales homogéneos, así entendido el conjunto de derechos individuales, provenientes de origen común, de que sean titulares los miembros de un grupo, categoría o clase”.

La acción de grupo nace por primera vez en el Derecho anglosajón, y su primer antecedente se encuentra en la denominada “Class Action”. En Estados Unidos, la *Class Action* se basa en la equidad, pues presupone la existencia de un número elevado de personas que quieren reclamar sus pretensiones individuales ante la jurisdicción pero tienen una baja probabilidad de que prosperen, y para garantizar su acceso a los jueces se instituye un tratamiento procesal unitario y simultáneo para todas ellas, dividiéndose el costo del proceso entre todas las personas que harán parte del grupo o clase, y posibilitando que sea una sola persona la que intervenga como exponente de todos los intereses del grupo.

Las *Class Actions* –que en nuestro medio corresponden a las acciones populares y de grupo- de acuerdo con la regla 23 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil Norteamericano, pueden interponerse por cualquier interesado para proteger sectores específicos de la población, y la sentencia que resuelva la controversia produce efectos respecto de todos los miembros de la clase, siempre que exista un amplio número de ellos con puntos de hecho y de Derecho en común, y que cuenten con un adecuado representante de sus intereses. Estas acciones han brindado grandes beneficios en los Estados Unidos y en los países del *Common Law*, concediendo una forma menos gravosa de acceder a la justicia en la medida en que los costos del litigio se pueden distribuir entre todos los miembros del grupo, permitiendo que estos confíen sus pretensiones a la realización de un solo proceso, olvidándose de las acciones individuales que poseen (García Arboleda, 2007, págs. 74-75).

El Derecho colombiano tomó este antecedente de las *Class Actions* del derecho norteamericano, pero adoptó la categoría de las “Class Actions for damages” como un equivalente de las acciones de grupo, y las separó de las acciones populares para la defensa de derechos colectivos, estableciendo para cada una de ellas una regulación

diferente. La acción de grupo en el derecho colombiano, al igual que en el derecho anglosajón, puede interponerse por una persona individualmente considerada a nombre de los intereses del grupo, y la sentencia que resuelva el litigio originado en dicha acción, cobijará a todos sus miembros de manera unánime.

Sin embargo, el ordenamiento jurídico colombiano también se nutrió de la evolución que tuvo esta acción en el derecho italiano. El profesor Juan Carlos Guayacán (2013) explica que en este ordenamiento jurídico hubo un primer estadio de resistencia a la acción, y luego evolucionó hasta configurar una acción de grupo dirigida a tutelar derechos individuales de consumidores (pp. 379-385).

En un primer estadio, la doctrina italiana se resistió a la existencia de las acciones de grupo por varios temores y problemas, dentro de los que se destacan su posible inconstitucionalidad y su dinámica probatoria. El primero de ellos consistía en que, si las resultas del proceso surtía efectos para personas ausentes, se podía vulnerar su derecho constitucional de defensa previsto en el Artículo 24 de su Carta Política.

Sin embargo, se empezó a conjurar este temor reconociendo que se podía conciliar esta garantía constitucional de los particulares y la necesidad de tutelar situaciones de derecho privado que desbordan el interés individual.

Una segunda dificultad que advirtió la doctrina italiana fue que la acción de grupo podía crear una distorsión entre el trámite colectivo con prueba colectiva y la indemnización individual de los miembros de dicho grupo, y esto podía producir que se requiriera el empleo de pruebas estadísticas distintas a los medios de prueba tradicionales para probar el nexo causal y la cuantía del daño.

Pese a estas advertencias, el ordenamiento jurídico italiano empezó a regular la protección de los derechos individuales homogéneos, es decir, de aquellos intereses particulares que habían sido vulnerados a un número plural de personas por una misma causa. En el año 2007 cursaron en la cámara italiana de diputados dos proyectos de Ley: El 1443 y el 1495.

El primero de ellos pretendió regular la tutela judicial de derechos subjetivos lesionados por actos ilícitos pluriofensivos, estableciendo una protección general de los derechos individuales homogéneos en todos los ámbitos; preveía una sentencia a través de la cual se podían indemnizar directamente a los individuos que hicieran parte de ese grupo, y regulaba in extenso la posibilidad de que los miembros del grupo intervinieran dentro del trámite colectivo allegando la prueba del monto de sus daños y de que pidieran la exclusión del grupo. Por el contrario, el proyecto 1495, que fue presentado por el gobierno, pretendió regular únicamente el resarcimiento de los perjuicios causados al grupo en el ámbito de los derechos del consumidor, sólo le otorgaba legitimación para promover la acción de grupo a las asociaciones, y previó una sentencia que simplemente declarara la responsabilidad

frente al colectivo, pero no se preveía la posibilidad de que el juez condenara para indemnizar directamente a sus miembros.

En algún momento estos dos proyectos fueron fusionados y se convirtieron en la Ley 244 de 2007, que nunca entró en vigencia. Finalmente, se expidió la Ley 99 de 2009 - El Código de Consumo-, que regula las acciones para la protección de los derechos individuales de los consumidores, que entró en vigencia el 2 de enero de 2010, en donde se incluye la acción para la protección de los intereses individuales homogéneos de estos sujetos, que es el equivalente de la acción de grupo. Sin embargo, si se desea indemnizar los daños ocasionados a una pluralidad de sujetos que no cuenten con la condición de consumidores, deberá hacerse a través de las acciones individuales clásicas y empleando la figura de la intervención voluntaria prevista en el Artículo 105 del Código de Procedimiento Civil Italiano.

De otra parte, las acciones colectivas brasileiras para la protección de intereses individuales homogéneos reguladas en el derecho brasileiro, y la Ley de Enjuiciamiento Civil Española del año 2000 también son otro influjo del cual se nutrió el derecho colombiano para concebir su actual acción de grupo. La acción colectiva brasileira, prevista en su Código de Defensa del Consumidor de 1990, es aplicable a cualquier derecho y no solamente a los derechos de que son titulares los consumidores²³.

Por el contrario, la acción colectiva española sólo protege los derechos de los consumidores²⁴, y este punto ha sido criticado fuertemente por la doctrina de este país, pues se afirma que se ha perdido una valiosa oportunidad para extender esta acción a otras áreas del derecho. (Guayacán Ortiz J. , 2013, págs. 403-404)

Desde 1982 se concibieron en Colombia las acciones de grupo, aunque no con ese *nomen iuris* de manera exacta, pero que derivaban del antecedente de las *Class Actions* del derecho norteamericano. El Decreto 3466 de 1982 que contenía el anterior Estatuto de protección al consumidor, establecía en su artículo 36 una serie de acciones para la indemnización de perjuicios a los consumidores, que se tramitaban por la vía ordinaria de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil, y que preveía la posibilidad de que varias personas demandaran en conjunto contra un mismo productor o expendedor cuando las reclamaciones fueran similares, y la sentencia que fuera favorable al grupo de consumidores demandante tenía efecto

23 El artículo 117 de la Ley Brasileira 8078 del 11 de septiembre de 1990 –Código del Consumidor Brasileiro- incluyó el Artículo 21 en la Ley 7347 del 24 de julio de 1985, en el cual se consagra expresamente lo siguiente: “Se aplica a la defensa de los derechos e intereses difusos, colectivos e individuales, como es el caso, los dispositivos de Título III de la ley que establece el Código de Protección al Consumidor“. Este título III se refiere a todas las disposiciones sobre la defensa de los consumidores en juicio y a las acciones individuales y colectivas.

24 Numeral 7, Artículo 6; Numeral 2, Artículo 11; Artículo 15, y Numeral 6, Artículo 256, Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 2000.

no sólo para todos ellos, sino también para todas las personas emplazadas que no hubieran concurrido al proceso, salvo que alguna de ellas hubiera manifestado expresamente y por escrito auténtico, presentado antes de la sentencia de segunda instancia, no acogerse a las disposiciones de la misma²⁵.

Y, finalmente, con la expedición de la Constitución Colombiana de 1991, se estableció en su Artículo 88 la obligación para el legislador de regular las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones individuales que cada una de ellas posea²⁶. Como desarrollo de esta disposición constitucional se expide la Ley 472 de 1998, cuyo artículo 3 establece que las acciones de grupo son aquellas interpuestas por un número plural o un conjunto de personas que reúnen condiciones uniformes respecto de una misma causa que originó perjuicios individuales para dichas personas, y que tiene como finalidad exclusiva la indemnización de perjuicios.

2. Extensión de los efectos de la cosa juzgada a los miembros del grupo

Antes de resolver el interrogante de si es posible emplear el interrogatorio de parte en una acción de grupo, se hace necesario reflexionar sobre si es posible o no extender los efectos de la cosa juzgada a todos los miembros de un grupo, en especial a los ausentes, para concluir si es viable, en este mismo sentido, que el juez en la sentencia extienda y aplique los efectos desfavorables de la confesión generada en un interrogatorio de parte a todos ellos. Estos elementos teóricos tienen el propósito de servir como insumos para el análisis de situaciones hipotéticas y prácticas sobre

25 El Artículo 36 del Decreto 3466 de 1982 (Anterior Estatuto de protección al consumidor) expresaba que: “Salvo el caso previsto en el artículo 40o. en todos los eventos en que según este decreto sea procedente la indemnización de perjuicios, los consumidores podrán ejercer las acciones indemnizatorias pertinentes por los trámites del Proceso Verbal prescrito en el Título XXIII del C.P.C., con observancia de las siguientes reglas adicionales:

(...)

2. En la demanda podrán acumularse las pretensiones de varias personas que persigan del demandado total y parcialmente prestaciones similares, siempre que provengan de reclamaciones sobre artículos o servicios de la misma naturaleza y clase.

(...)

9. La sentencia favorable aprovechará no sólo a quienes intervinieron en el proceso, sino a todas las personas emplazadas que no concurrieron, salvo a quienes expresamente manifiesten por escrito auténtico, presentado antes de la sentencia de segunda instancia, no acogerse a sus disposiciones, caso en el cual se extinguen sus derechos (...). Sin embargo, este decreto fue derogado por el actual estatuto de protección al consumidor, ley 1480 de 2011. La doctrina también se ha pronunciado sobre estos antecedentes de las acciones de grupo cuando aún no había entrado en vigencia la Constitución Política de Colombia de 1991 (Vásquez, 2006, págs. 276-277).

26 Inciso 2, Artículo 88, Constitución Política de 1991: “(...) También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares (...)”.

la aplicabilidad del interrogatorio de parte en las acciones de grupo, que se hará al final de este Artículo.

El profesor colombiano Pablo Moreno Cruz ha considerado que en el derecho norteamericano –que resulta ser un antecedente muy importante en materia de acciones de grupo para el derecho colombiano- la existencia de las *class actions* representó un enorme debate de orden procesal y constitucional, en donde la constitución estadounidense reemplazaría el derecho de las personas participar presencialmente en un proceso judicial y a tener un ‘*day in court*’, por el ‘*right to representation*’, es decir el derecho a una adecuada representación de los miembros ausentes de un grupo. (Moreno Cruz, Usos de la alocución “adecuada representación” y la operatividad de la federal *Plaintiff class action* estadounidense, 2011, págs. 150-153)

El concepto de la “adecuada representación” fue de gran importancia dentro del desarrollo jurisprudencial y normativo norteamericano, pues surgió como una herramienta para conciliar la operatividad de las acciones de grupo con los derechos constitucionales y las garantías procesales de los miembros del grupo. En este contexto, se discutió si podía ser posible extender los efectos de la cosa juzgada (incluyendo los efectos negativos) de la sentencia proferida en una acción de grupo a todos los miembros del grupo representado, incluyendo a los miembros ausentes (Moreno Cruz, Usos de la alocución “adecuada representación” y la operatividad de la federal *Plaintiff class action* estadounidense, 2011, pág. 155).

Bajo la versión original de la regla 23 de las Reglas federales de procedimiento civil de 1938, la doctrina y la jurisprudencia consideraron que la posibilidad de extender los efectos desfavorables de la cosa juzgada dependía del tipo de *Class Action* del que se tratara: i). Si se trataba de las acciones de grupo del tipo 23a. 1 y 23a. 2 es decir la ‘*true*’ y la ‘*hybrid*’ *Class Action*, necesariamente debía operar la extensión de los efectos de la cosa juzgada²⁷, ii). Sin embargo, si se trataba de la ‘*spurious*’ *Class Action* la extensión de los efectos de la cosa juzgada a cada uno de los miembros del grupo estaba condicionada a la posibilidad de ejercer el derecho subjetivo al ‘*opt-in*’, es decir por la declaración de voluntad expresa del miembro del grupo a acogerse al resultado final del proceso. (Moreno Cruz, Usos de la alocución “adecuada representación” y la operatividad de la federal *Plaintiff class action* estadounidense, 2011, pág. 157)

Con la reforma de 1966 a la Regla 23, las condiciones para que pueda operar la extensión de los efectos de la cosa juzgada a los miembros del grupo son: i). Que

27 En este tipo de acciones de clase, lo que afirma la regla 23 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil estadounidense es que, si se inician acciones individuales por o en contra de los miembros de la clase, se crea el riesgo de que se profieran sentencias en sentidos diversos que terminan estableciendo estándares incompatibles de conducta, o se impediría proteger los derechos e intereses de los miembros del grupo de una forma efectiva.

el sujeto a quien se extienden los efectos del fallo pertenezca al grupo; ii). Que el miembro del grupo no sea titular del derecho al ‘*opt-out*’, es decir del derecho a autoexcluirse del grupo, que siéndolo, no lo ejercite. Este derecho varía de acuerdo con el tipo de *Class Action* de que se trate.; y iii). que los miembros del grupo sean adecuadamente representados. (Moreno Cruz, Usos de la alocución “adecuada representación” y la operatividad de la federal Plaintiff class action estadounidense, 2011, pág. 158 y 160)

Así las cosas, la “adecuada representación” es entendida en el derecho norteamericano como un derecho complejo que tienen los miembros de un grupo y que a su vez permitiría extender los efectos adversos de la cosa juzgada de un fallo. Este derecho se compone de una serie de subgarantías de conformidad con la Regla 23, que deben verificarse por el juez al momento de la ‘certification’ o etapa inicial de certificación o calificación de la acción de grupo: i). El análisis sobre los conflictos de interés entre el representante del grupo y los miembros del grupo; ii). La garantía del derecho a la ‘notice’ o la debida notificación, convocatoria y comunicación de la formulación de una acción de grupo; iii). La garantía del derecho (cuando está permitido) de exclusión del grupo u ‘*opt-out*’ cuando se encuentra permitido según el tipo de acción de grupo de que se trate²⁸; iv). El derecho a intervenir en el proceso; v). El derecho a la aprobación por parte del juez de cualquier forma de terminación anormal del proceso, y, cuando está permitido, el derecho a una nueva oportunidad de exclusión del grupo; vi). El análisis por parte del juez, cuando es requerido, de la predominancia de las cuestiones comunes a los miembros del grupo y sobre la superioridad de esta acción frente a la acción individual.

En el derecho colombiano no existen fuentes legales, jurisprudenciales o doctrinales que se refieran a la posibilidad de extender los efectos de la cosa juzgada a todos los miembros de un grupo, y en particular, a los miembros ausentes. Sin embargo,

28 Un miembro de un grupo, en el derecho norteamericano tiene derecho al *opt-out* o a autoexcluirse del grupo cuando la acción se certificó o calificó por el juez como una acción no obligatoria o ‘*non mandatory class action*’, que se encuentra regulada en la Regla 23 b). 3. El legislador norteamericano de 1966 consideró que en este tipo de acciones los individuos miembros del grupo tienen el derecho subjetivo a pertenecer al grupo y a no pertenecer a él y a iniciar su acción subjetiva de forma individual. Por el contrario, en las ‘*mandatory class actions*’ está prohibido el derecho subjetivo de los miembros al *opt-out* o a autoexcluirse del grupo. Actualmente, se discute en este ordenamiento jurídico si en ciertas class actions se justifica excluir el derecho subjetivo al *opt-out* de los miembros del grupo como por ejemplo en las ‘*small claims Class actions*’, bajo las premisas de que muy probablemente los miembros del grupo no iniciarán acciones de forma individual, de que muy probablemente no harán uso del derecho al *opt-out*, porque la presencia de todos los miembros del grupo es necesaria para maximizar los beneficios, garantizar la economía procesal y desequilibrar desigualdades estructurales entre los miembros del grupo demandante y la parte demandada; y porque en caso de que la sentencia sea desfavorable a las pretensiones del grupo, el miembro ausente no sufrirá una pérdida considerable o, al menos, el costo de la pérdida será inferior a aquel que se habría generado si hubiese iniciado el proceso de forma solitaria. Todas estas discusiones son relevantes en ese ordenamiento jurídico para determinar si los miembros del grupo tienen el derecho al *opt-out*, y, por lo tanto, si se les podrían hacer extensivos los eventuales efectos desfavorables de la cosa juzgada. (Moreno Cruz, Usos de la alocución “adecuada representación” y la operatividad de la federal Plaintiff class action estadounidense, 2011, págs. 160, 178-184)

existen algunos pronunciamientos que se refieren a la representatividad adecuada de los miembros de un grupo, los cuales pueden constituir un punto de partida para reflexionar sobre la posibilidad de extender los efectos de la cosa juzgada a todos ellos.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha afirmado que una de las características de la acción de grupo es que es una acción representativa, y esto implica que la demanda puede ser interpuesta por un solo sujeto, quien deberá actuar a nombre de por lo menos 20 personas que han de individualizarse en la misma demanda o identificarse con anterioridad a la admisión de la misma, a partir de los criterios que señale el autor para determinar la correspondiente conformación del grupo. El representante del grupo puede actuar sin que sea necesario que los demás miembros del grupo le otorguen poder. Las personas que hacen parte del grupo a cuyo nombre actúa el demandante, pueden solicitar su exclusión del grupo y, a su vez, los afectados con la causa que dio origen a la demanda pero que no fueron inicialmente integrados al grupo podrán solicitar que se les incluya. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 15 de agosto de 2007, C.P: Mauricio González Cuervo, Exp: 19001-23-31-000-2003--00385-01 (AG))

El Artículo 56 de la Ley 472 establece que una persona miembro del grupo puede manifestar su deseo de ser excluido del mismo para no verse vinculado por la sentencia que de fin al proceso o por un posible acuerdo conciliatorio, en dos oportunidades procesales: i) La primera oportunidad procesal es dentro de los cinco días siguientes al vencimiento del término de traslado de la demanda, o ii) Si ya se profirió sentencia, la persona vinculada por la misma puede solicitar su exclusión del grupo dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que se profirió el fallo, demostrando que sus intereses no fueron representados de manera adecuada por el representante del grupo o que hubo graves errores en su notificación.

Debe resaltarse que en esta norma el derecho colombiano acoge la correlación que existe en el derecho norteamericano entre las garantías de la adecuada notificación de la existencia de una acción de grupo, la posibilidad de que los miembros del grupo se excluyan del mismo o ‘*opt-out*’, y la representatividad adecuada de todos los miembros del grupo. En el derecho norteamericano –y tal y como se expresó en párrafos anteriores- la representatividad adecuada se valora a priori por el juez al momento de admitir la demanda, en la etapa del ‘*pre-trial*’ o fase anterior al juicio²⁹.

29 El profesor colombiano Pablo Moreno considera, en relación con el proceso de certificación y análisis de todos los requisitos de una *Class Action* en el derecho norteamericano, que este debe hacerse en la fase del pre-trial: “(…). El análisis sobre el cumplimiento de los requisitos de la R23(a)(2) y R23(a)(3) justifica el análisis del mérito del proceso: en ambas decisiones, y en línea con las tendencias jurisprudenciales y doctrinales, el juez no duda en legitimar el análisis sobre el fondo del proceso (análisis que se podría pensar debería realizarse una vez (i) se ha proferido la certificación; (ii) se ha entrado a discutir sobre las pretensiones en la etapa del trial; (iii) se está frente al jurado para discutir sobre los hechos del caso y no sobre las doctrinas jurídicas que lo

Por el contrario, en el caso colombiano, conforme a esta disposición de la Ley 472, la representatividad adecuada se valora ‘*ex post*’, sólo cuando uno de los miembros del grupo solicita excluirse por sentirse mal representado (Guayacán, 2005, págs. 46-47), pero no se establece ningún criterio dentro de esta ley que le permita al juez evaluar si la persona estuvo o no mal representada. (Vásquez, 2006, pág. 302)

De estas reflexiones puede concluirse que, en el derecho colombiano, aunque la representatividad adecuada de los miembros del grupo no está definida, la Ley 472 de 1998 concede la posibilidad a los individuos de excluirse del grupo en unas oportunidades precisas, por lo que convendría afirmar que no es posible extender los efectos negativos de la cosa juzgada o de los resultados del proceso a todos los miembros de un grupo, en especial para los ausentes. Empero, si las personas deciden voluntariamente incluirse a la acción de grupo, en este caso sí podría entenderse que estarían aceptando que los efectos de la cosa juzgada de la sentencia se les hagan extensivos.

De esta forma, si se sostiene que no es posible extender los efectos negativos de la cosa juzgada a todos los miembros del grupo, y en especial a los ausentes, debe prohibirse también la extensión a todos los miembros del grupo de los efectos negativos de la confesión generada en un interrogatorio de parte (entendida como el conjunto de afirmaciones sobre los hechos que desfavorecen a una parte o favorecen a su contraparte³⁰), pues se parte de la idea de que los efectos de los actos procesales que se surtan durante una acción de grupo sólo serán extensivos para todos los miembros de un grupo, siempre y cuando los beneficien.

En el siguiente acápite se evaluará la posibilidad de obtener de un interrogatorio de parte medios probatorios distintos a la confesión, con el fin de determinar si el examen de la eficacia práctica de este acto probatorio en el marco de una acción de grupo se reduce sólo a esta hipótesis.

3. Interrogatorio de parte

Una vez estudiadas las singularidades en el trámite y alcance de la acción de grupo, y las discusiones sobre la posibilidad o no de extender los efectos negativos de la

sustentan) para argumentar que no se cumple el requisito de la *commonality* (en Wal-Mart) y de la *typicality* (en Rolls-Royce). Se trata de una valoración que se realiza durante la etapa del *pre-trial* y que comporta el análisis de las pruebas para determinar la posibilidad, o no, de proferir la certificación mediante un análisis específico sobre el cumplimiento de los requisitos prescritos por la R23(a)". (Moreno Cruz, Usos de la alocución "adecuada representación" y la operatividad de la federal *Plaintiff class action* estadounidense, 2011, págs. 175-176) En el mismo sentido, se ha pronunciado la Corte Suprema de los Estados Unidos de América. (Wal-Mart Stores INC VS *Dukes et al*, 2011)

30 Numeral 2, artículo 191, CGP: "La confesión requiere: (...) 2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria".

cosa juzgada derivada de esta acción a todos los miembros del grupo, en particular a los ausentes, se hace necesario abordar ahora la naturaleza del interrogatorio de parte como vehículo para obtener la confesión y la declaración de parte como medios de prueba que podrían ser eventualmente empleados este proceso, e incluso si sería posible utilizar la declaración de la propia parte; y quién tendría la capacidad para ser parte por activa dentro de este trámite procesal y para absolver el interrogatorio.

3.1. Interrogatorio de parte: Definición y valor probatorio

Se ha considerado que el interrogatorio de parte no es un medio de prueba sino simplemente un método o instrumento para provocar la confesión de la otra parte. (Parra Quijano, 2011, pág. 440) Esta postura clásica, que se sustentaba claramente en la regulación del anterior Código de Procedimiento Civil (En adelante C.P.C), dejaba en claro que lo que sí era medio de prueba era la confesión que se obtuviera utilizando el interrogatorio de parte, y, por el contrario, las declaraciones que favorecieran a la parte que declaraba no tenían ningún valor probatorio.

La Corte Suprema de Justicia, bajo el C.P.C, afirmó que el interrogatorio de parte únicamente servía en la medida en que provocara la confesión de alguna de las partes, pues esta última sí era un medio de prueba susceptible de ser valorado por el juez, en la medida en que la parte hiciera afirmaciones que la desfavorecieran o que favorecieran a su contraparte. Por el contrario, si la parte en dicho interrogatorio realizaba afirmaciones que le resultaban favorables, esas afirmaciones no tenían ningún valor probatorio, pues se aplicaba la máxima general de que “las partes no pueden preconstituir su propia prueba”, y si hacían afirmaciones que les resultaban favorables tenían la carga de probarlas con los demás medios de prueba previstos en el Código (Sentencia del 25 de marzo de 2009, M.P: Pedro Octavio Munar Cadena, Exp: 11001 3103 001 2002 00079 01).

3.1.1 Contexto histórico del origen de la declaración de la propia parte

Las reflexiones anteriormente esbozadas se justificaban en un sistema predominantemente escritural y con tarifa legal, en donde era el legislador quien se le asignaba un mérito o valor a cada prueba, y se establecían ciertas inhabilidades o exclusiones ex ante de declaraciones de ciertos testigos y de las propias partes. Si bien es cierto que ya desde el Código Judicial –Ley 105 de 1931- se hablaba, por oposición a la tarifa legal, de la valoración de la prueba partiendo de sana crítica del juez³¹, y esta

31 Los Artículos 702 y 723 del Código Judicial de 1931 hacían referencia a la valoración de la prueba teniendo en cuenta la sana crítica del juez. Así, el Artículo 702 establecía que: “*Cuando sobre un mismo punto se presenten exposiciones de varios testigos contradictorias entre sí, el Juez atendiendo a las condiciones de aquellas y*

premisa se replicó en el anterior *C.P.C.*³², se conservaron en estos dos códigos algunos rezagos del sistema anterior.

Ahora bien, bajo el sistema de procesos predominantemente orales que concibe el *CGP*, debemos preguntarnos: ¿Qué sentido tiene impedir a las partes declarar voluntariamente?; ¿tiene alguna utilidad el hecho de que el juez se prive de la posibilidad de conocer información pertinente de boca de los propios protagonistas del conflicto? (Marín Verdugo, 2010, pág. 129)

El sistema de la tarifa legal o de “prueba tasada” nació en Europa en la Edad Media, asociado históricamente a los sistemas procesales en los que primó la escritura. En esta época el poder de impartir justicia era uno de los poderes que el supremo o monarca consideraba necesario delegar, sin embargo, también era importante para él mantener el poder concentrado y controlar que los funcionarios a quienes delegaba la función judicial la ejercieran de conformidad con su criterio y directrices. Así, la escrituración y la tarifa legal sirvieron en este contexto para permitir y facilitar ese control, pues todas las actuaciones de los funcionarios quedaban registradas y consignadas en un expediente en físico y la prueba se valoraba a priori y en abstracto por el legislador antes de ser tenida en cuenta en un juicio, anulando cualquier posibilidad de actuación discrecional de los mismos. (Marín Verdugo, 2010, págs. 128-132)

En este contexto, existía entonces una cierta desconfianza prejudicial en las declaraciones de las partes, que llevaban a suponer la falsedad de sus dichos bajo la presunción de que buscarían siempre acomodar la versión de los hechos a su favor. (Martín de Agar, 2017, pág. 671) Sin embargo, se considera que hoy en día esa sospecha apriorística es completamente inadmisibles, pues de conformidad con un sistema predominantemente oral en donde adquiere gran protagonismo la sana crítica para la valoración de las pruebas, no solo deberá dársele el mérito de confesión a las afirmaciones de las partes que las desfavorezcan o que desfavorezcan a la parte

a la calidad, número, fama, o ilustración de los testigos, deduce, conforme a los principios generales de sana crítica, si hay plena prueba testimonial con relación a determinados hechos, o si sólo aparece de los testimonios aducidos alguna presunción o indicio, o si, para el fallo, debe prescindir en ese caso de tales exposiciones” (subrayados fuera del texto). Asimismo, el Artículo 723 consagraba que: “*Fuera de los casos mencionados en los dos artículos anteriores, la fuerza probatoria del dictamen pericial, en cuanto a las presunciones, inferencias, juicios y deducciones que se hagan, se aprecia por el Juez conforme a las reglas de la sana crítica y tomando en cuenta la calidad, fama e ilustración de los peritos, la imparcialidad con que desempeñen el cargo, la confianza en ellos manifestada por las partes y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen*”. (Subrayados fuera del texto)

32 El Artículo 187 del Código de Procedimiento Civil establecía que: “*Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba*”. (Subrayados fuera del texto)

contraria³³ sino que el juez también deberá analizar el dicho que les resulte favorable a ellas, de conformidad con las reglas de la experiencia, pues tiene la facultad-deber de asignarle el mérito a cada prueba individualmente considerada y conjunto con los demás medios probatorios que obren en el expediente, y exponer dicha valoración de manera motivada y razonada en la sentencia³⁴.

Mauro Capelletti, en su importante obra sobre el testimonio de la parte en el sistema de la oralidad afirma que *“el sujeto mejor informado de los hechos deducidos en juicio es normalmente la parte misma”*, y precisamente por esta razón enseña que *“no puede haber una efectiva relación de la concepción de la oralidad en un proceso en el cual no se haya valorizado plenamente el interrogatorio libre de la parte... como un examen o coloquio de las partes ante el juez sobre los hechos de la causa, del cual el juez pueda sacar elementos para formar su propio libre convencimiento sobre la verdad de los hechos”*. (Capelletti, 2002, pág. 14 y ss)

Esto no significa que deba aceptarse acríticamente cualquier afirmación que provenga de las partes y mucho menos atribuirle tal valor probatorio que haga innecesaria cualquier otra verificación procesal. (Martín de Agar, 2017, pág. 671) Una cosa es que la verdad subjetiva de cada parte sea insuficiente, y otra muy distinta es que carezca de ningún valor. (Arroba Conde, 2012, pág. 27) Así mismo, se afirma por la doctrina que la declaración de las propias partes tiene una gran relevancia para la consecución de la verdad en un proceso judicial (Martín de Agar, 2017, pág. 682)

3.1.2 Conclusión intermedia: Es posible la declaración de la propia parte dentro de un proceso judicial.

Teniendo en cuenta las anteriores reflexiones, y a pesar de la existencia de posturas contrarias (Bejarano Guzmán, 2017), se considera que sí es posible bajo el nuevo sistema oral en Colombia previsto en el CGP la declaración de la propia parte. A diferencia del C.P.C, cuyo artículo 203 establecía que *“Dentro de la oportunidad para solicitar pruebas en la primera instancia, cualquiera de las partes podrá pedir la citación de la contraria, a fin de interrogarla sobre hechos relacionados con el proceso (...)”* (subrayas fuera del texto), el artículo 198 del nuevo C.G.P, prescribe que *“El juez podrá, de oficio o a solicitud de parte, ordenar la citación de las partes a fin de interrogarlas sobre los hechos relacionados con el proceso (...)”* (subrayados fuera del texto). Esto significa que el nuevo C.G.P previó el interrogatorio de parte y no sólo el interrogatorio de contraparte como un medio para deducir de las

33 Inciso 2, Artículo 191, C.G.P: “La confesión requiere: (...) 2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria (...)”.

34 Último inciso, Artículo 176, C.G.P: “(...) El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.

afirmaciones de las partes dos medios de prueba: i). La confesión, y ii). La declaración de parte.

Además de estos argumentos de orden legal, no es posible negar que el derecho de los particulares a ser oídos dentro de un proceso judicial es reconocido por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos –al cual está adscrito el Estado Colombiano- como uno de los derechos humanos que integran el debido proceso. La Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969 –aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1972- establece en su Artículo 8.1. que *“toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (...)”*.

De este nuevo régimen normativo se puede deducir claramente que es posible pedir la citación de la propia parte para que rinda interrogatorio ante el juez en audiencia oral y pública, pues es ella la que está mejor informada sobre los hechos que se aducen en el proceso. A sus manifestaciones podrá dárseles el valor probatorio de confesión si la desfavorecen o favorecen a la parte contraria, o de simple declaración de parte, que deberá ser valorada por el juez en conjunto con los demás medios probatorios atendiendo a la sana crítica y a las reglas de la experiencia, si dichas afirmaciones solo benefician a la mencionada parte. Actualmente, el CGP en su Artículo 165 entiende que la declaración de parte y la confesión son dos medios de prueba autónomos con el mismo mérito para formar el convencimiento del juez.

Así las cosas, se puede concluir que es posible, bajo ordenamiento procesal actual, emplear el interrogatorio de contraparte y la declaración de parte como medios de prueba en un determinado proceso judicial.

3.2 ¿Quién puede ser parte en las acciones de grupo?

Una vez analizada la posibilidad de emplear el interrogatorio de contraparte para provocar la confesión y la declaración de parte en un proceso judicial, se hace necesario estudiar ahora qué sujetos de derecho tendrían la capacidad para ser parte en una acción de grupo, y por consiguiente quiénes tendrían la aptitud por activa –es decir, como demandantes- para absolver el interrogatorio de parte.

3.2.1 Consideraciones generales: Capacidad para ser parte en las acciones de grupo, prevista en la Ley 472 de 1998.

De acuerdo con lo previsto en la Ley 472 de 1998, podrán presentar acciones de grupo las personas naturales y jurídicas que hayan sufrido perjuicios individuales,

el Defensor del Pueblo y los Personeros Municipales o Distritales, estos últimos en nombre de cualquier persona que lo solicite o que se encuentre en situación de desamparo o indefensión. En esta última hipótesis, estos dos funcionarios públicos serán parte en el proceso judicial junto con todos los agraviados³⁵.

De conformidad con el Artículo 46 de la Ley 472 de 1998 la acción debe interponerse por un grupo no menor a 20 personas. Sin embargo, esta ley consagra la posibilidad de que exista un representante del grupo, sin necesidad de que se le otorgue poder, y podrá demandar él solo en representación de los miembros del grupo, siempre y cuando en la demanda los individualice a cada uno o suministre los criterios para identificarlos antes de la admisión de la misma³⁶.

A partir de esta disposición debe deducirse que el grupo es parte y está legitimado por activa dentro de la acción de grupo, y en este mismo sentido el artículo 2 del CGP prescribe que: *“Toda persona o grupo de personas tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio de sus derechos y la defensa de sus intereses...”*.

Los Artículos 53 y 54 de este mismo estatuto procesal establecen que el grupo es uno de los sujetos con capacidad para ser parte, y que comparecerá al proceso de conformidad con las disposiciones especiales que lo regulen, es decir de acuerdo con lo previsto en la Ley 472 de 1998.

De otra parte, la mencionada Ley 472 prevé la posibilidad de que personas se incluyan o se excluyan del grupo, manifestando expresamente su deseo de acogerse o no a los efectos de la acción y a las resultas del proceso. De hecho, el Artículo 55 de esta Ley establece que, con posterioridad a la presentación de la demanda, si existen personas que hayan sufrido un perjuicio individual por las mismas causas, podrán solicitar su inclusión al grupo y hacerse parte dentro del proceso, en cualquiera de dos momentos: i) Antes de que se abra el periodo probatorio, mediante la presentación de un escrito en el cual indiquen el nombre de cada una de ellas, el daño sufrido, el origen del mismo y el deseo de acogerse al fallo y de pertenecer al conjunto de personas que interpusieron la demanda como un mismo grupo, o ii) Dentro de los veinte días siguientes a la publicación de la sentencia, presentando el mismo escrito anterior, pero no podrán invocar daños extraordinarios para obtener una indemnización mayor y tampoco se podrán beneficiar de la condena en costas. La norma además prevé expresamente que esta última inclusión no incrementará el monto de la indemnización contenida en la sentencia.

35 Artículo 48, Ley 472 de 1998.

36 Artículo 47, Ley 472 de 1998.

A partir de este Artículo 55 se ha interpretado que el sujeto que desea acogerse a la acción de grupo puede solicitar su inclusión al grupo o que se lo tenga como parte dentro del proceso, y que si lo hace antes de que se publique la sentencia que condene al demandado podrá pedir indemnizaciones por daños extraordinarios, por lo que en este último caso dicho individuo no estará mimetizado dentro del grupo sino que adquirirá la condición de parte al asumir una posición propia respecto de la pretensión. De igual manera, se sostiene que, si el demandado logra proponer excepciones particulares contra uno o varios miembros del grupo que permitan concluir que hay circunstancias individuales en la causación de los perjuicios de estos sujetos, dichos individuos también podrían ser considerados como partes a la par con el grupo. En estos casos, se afirma que se producirá un litisconsorcio facultativo por activa entre el grupo y dicho individuo. (Guayacán Ortiz, Implicaciones del Código General del proceso en las acciones de grupo. El grupo como parte y la procedencia del juramento estimatorio en este tipo de acciones, 2016, págs. 358-362). Estamos de acuerdo con esta postura, en la medida en que parte es todo sujeto que tiene una postura propia respecto de la pretensión.

Las anteriores consideraciones nos llevan a concluir que en una acción de grupo pueden ser partes, por activa, el grupo a través de su representante, los sujetos individualmente considerados en los casos esbozados anteriormente, y el Ministerio público cuando actué en representación de cualquier persona que lo solicite y que afirme estar en un estado de indefensión. Creemos que es posible que se produzca un fenómeno de multiplicidad de partes en esta acción dada la ambivalencia que se produce en este trámite entre el individualismo y la colectivización.

Vistas así las cosas, estos sujetos de derecho podrían rendir interrogatorio de parte cuando el mismo sea decretado por el juez de oficio, cuando el legitimado por activa sea convocado a absolverlo por solicitud de la parte demandada, o incluso cuando el apoderado del grupo demandante solicite que se practique el interrogatorio de su propia parte —bajo la premisa de que debe admitirse esta figura para obtener la declaración de la propia parte como medio de prueba—.

3.2.2 Asunción del grupo como parte en el proceso: Homogeneidad del grupo

Teniendo en cuenta que el grupo como sujeto de derechos tiene la capacidad para ser parte dentro de una acción de grupo —idea desarrollada en el apartado anterior—, es necesario analizar cuándo estamos en presencia de un grupo de individuos que pueda actuar al unísono y de manera coordinada como demandante en esta acción, lo que implica hacer un estudio sobre los rasgos de homogeneidad que debe tener el grupo.

Sin embargo, resulta imprescindible iniciar con otra pregunta problemática fundamental: *¿Qué significa adscribir propiedades de homogeneidad a un grupo?* El profesor

colombiano Pablo Moreno Cruz ha afirmado que la propiedad de homogeneidad es contingente y se configura por la decisión del juez de adscribir tal adjetivo a un grupo de derechos subjetivos. Asimismo, sostiene que esta propiedad no se predica, en estricto sentido, del derecho fundamental objeto de vulneración o de inminente vulneración, sino del derecho subjetivo que se configura como consecuencia de la vulneración o inminente vulneración del primero. Es decir, de los derechos subjetivos surgen unos deberes correlativos que deben ser cumplidos por el Estado u otras personas, por lo que si se incumplen estos deberes surge como consecuencia un derecho a exigir la *justiciabilidad* de ese derecho vulnerado, cuyo núcleo esencial está en solicitarle al juez que se le imponga una prestación de dar, hacer o no hacer a la parte pasiva (Moreno Cruz, 2017, págs. 79-80).

De esta forma, un derecho subjetivo a la *justiciabilidad* puede ser considerado por el juez más o menos homogéneo a otro si los respectivos incumplimientos de los deberes correlativos a los derechos subjetivos de los individuos que pretenden conformar un grupo se produjeron en circunstancias fácticas que no son distinguibles. Así las cosas, la propiedad de homogeneidad de un grupo se vuelve una cuestión relativa, que dependerá del análisis que haga el juez de los hechos del caso concreto (Moreno Cruz, 2017, pág. 81).

Sin embargo, no debe dejarse de lado que, en relación con la adscripción de la propiedad de homogeneidad, siempre podrán identificarse razones nuevas y suficientes para distinguir los casos de vulneración de los derechos individuales de los miembros de un grupo, por lo que puede suceder que, a lo largo del proceso, el juez redefina o especifique el grupo demandante a través de la identificación de sub-clases o sub-grupos. Esto puede ser así por cuanto -y tomando las palabras del profesor Pablo Moreno Cruz- *“La homogeneidad es una cuestión de grados y es también el resultado de una elección de política del derecho por parte del juez, quien, por razones normativas (...) considera conveniente o inevitablemente necesario no distinguir entre lo que (...) siempre es distinguible (...)”*. (Moreno Cruz, 2017, pág. 105)³⁷

En el Derecho colombiano, el Artículo 46 de la Ley 472 de 1998 establece que uno de los requisitos de procedencia de la acción de grupo es la homogeneidad en la causa del daño. La jurisprudencia ha intentado establecer a qué se refiere este requisito. Una parte de la misma ha establecido que esta norma se refiere a la homogeneidad en el hecho generador del daño, definido como aquel hecho o causa

37 En este mismo sentido, este mismo autor en un artículo publicado en el año 2011 se pronunció sobre la posibilidad de identificar un grupo como homogéneo, afirmando que: “(...) La identificación de la class, sin embargo, no es simple, no sólo porque son pocas las indicaciones normativas al respecto³³ y porque el juez está en la capacidad de modificarla y/o subdividirla en cualquier momento del proceso (...)”. (Moreno Cruz, Usos de la alocución “adecuada representación” y la operatividad de la federal *Plaintiff class action* estadounidense, 2011, pág. 158)

que da origen a los perjuicios individuales que pretenden reclamarse (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 22 de enero de 2004, Exp. AG-73001-23-31-000-2002-01089-01., 2004); y otro sector de la jurisprudencia ha afirmado que el requisito a lo que se refiere es a la homogeneidad del nexo causal entre el (los) hecho(s) dañino(s) y los daños sufridos por los miembros del grupo, entendido no solo como una causación fáctica, sino como una causación jurídica. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 2 de agosto de 2006, C.P: Ramiro Saavedra Becerra, Exp. 250002324000- 2005-(AG-0495)-01, 2006) <En el mismo sentido: *Corte Constitucional*, Sentencia C- 569 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes>.

Recientemente, el Consejo de Estado ha dicho que la causa común del daño implica que los hechos y conductas imputables al demandado deben ser las mismas para todos los miembros del grupo, y además que el nexo de causalidad entre esas causas generadoras del daño y los daños producidos a los miembros del grupo debe ser igual. (Consejo de Estado, sección tercera, Auto del 16 de marzo de 2015, C.P: Olga Melida Valle de Hoz, Exp: 08001-23-33-000-2014-01091-01(AG), 2015)

Así las cosas, puede hablarse de que un grupo es homogéneo y puede identificarse con facilidad como parte demandante dentro de una acción de grupo cuando todos los individuos que lo conforman sufrieron perjuicios individuales originados en circunstancias fácticas iguales o difícilmente distinguibles, e imputables causal y jurídicamente a un mismo demandado. En esta hipótesis, el incumplimiento por parte del demandado de los deberes correlativos a la protección de los derechos subjetivos de cada uno de los miembros del grupo sería el mismo, y, por consiguiente, los derechos a la *justiciabilidad* de cada uno de estos individuos serían asimilables entre sí. El núcleo central de este último grupo de derechos estaría en la posibilidad a favor de cada uno de los miembros del grupo de solicitarle al juez la protección de sus derechos subjetivos vulnerados a través de la imposición al demandado de una prestación de dar –es decir, a través de la imposición de una condena a indemnizarles sus perjuicios individuales-.

3.2.3 El grupo debe actuar a través de un representante, quien será el que absuelva el *interrogatorio de parte*.

Si se entiende que un grupo homogéneo y determinado a lo largo del proceso es la parte demandante dentro de la acción de grupo, los miembros del mismo (salvo el caso expuesto con anterioridad del individuo que asume una postura propia en relación con las pretensiones de la demanda y no se mimetiza en el grupo) no son partes sino partes de la parte, y, en este sentido, no podrían ser convocados individualmente a rendir interrogatorio de parte.

De igual forma, desde el punto de vista práctico, se presentarían serias dificultades a la hora de llamar a los miembros del grupo a interrogatorio de parte: ¿El juez de-

bería llamarlos a todos, o en el caso de grupos abiertos, podría escoger a algunos de ellos?, ¿Cuántos miembros del grupo podría escoger y qué criterios emplearía para seleccionarlos? La Ley 472 de 1998 no brinda herramientas para superar estos interrogantes y la jurisprudencia nacional tampoco se ha pronunciado al respecto.

Por estas razones, se hace necesario que el grupo comparezca y actúe en el proceso a través de un representante quien, en principio, sería el llamado a absolver el interrogatorio de parte.

3.2.3.1 ¿Quién es el representante del grupo?

El abogado que presenta la demanda. La doctrina se ha pronunciado sobre este punto, afirmando que es el abogado que presenta la demanda. Así lo afirma el profesor Martín Bermúdez (2007, p. 351) citado en (Guayacán Ortiz, Implicaciones del Código General del proceso en las acciones de grupo. El grupo como parte y la procedencia del juramento estimatorio en este tipo de acciones, 2016).

Se ha sostenido que esta postura resulta ser la más eficiente y compatible con la naturaleza particular propia de las acciones de grupo, y que sigue el antecedente de las *Class Actions* del derecho norteamericano, pues allí son los abogados los que se torna en representantes del grupo. (Guayacán Ortiz, Implicaciones del Código General del proceso en las acciones de grupo. El grupo como parte y la procedencia del juramento estimatorio en este tipo de acciones, 2016)

Sin embargo, contrario a lo sostenido por estos dos autores, se hace necesario afirmar que en el derecho norteamericano el ‘*class counsel*’ o abogado no podrá ser representante del grupo salvo que también sea titular de los derechos subjetivos que pretenden hacerse valer dentro de la acción de grupo. Aunque en la práctica es común que las acciones de grupo o ‘*class actions*’ sean iniciadas por abogados que identifican una causa para demandar y empiezan a buscar individuos que cumplan con los requerimientos de la regla 23 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil, esta circunstancia no implica que los abogados se conviertan en representantes de un grupo. (Fish, 1997, pág. 171)³⁸

En el derecho colombiano, consideramos que el abogado, por regla general, no puede ser a la vez parte y representante judicial de la parte. Empero, si el abogado es miembro del grupo demandante, sí podría en esta hipótesis gestionar sus propios intereses y los de los demás miembros del grupo, porque en este sujeto confluirían

38 Este autor sostiene que “*As a practical matter, class suits are often initiated by lawyers who identify a cause of action and then search for a suitable individual to meet the requirements of Rule 23*”.

la capacidad para ser parte³⁹, la capacidad para comparecer al proceso⁴⁰ y el derecho de postulación⁴¹.

El representante del grupo es un miembro del mismo que formula la demanda y da poder a un abogado. El Consejo de Estado ha sostenido que el representante del grupo es aquel individuo miembro del grupo que demanda, pero no especifica quién tendría tal calidad cuando son varios miembros del grupo los que otorgan poder a un abogado para formular la demanda. (Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 26 de noviembre de 2011, Exp: 25000232700020040050202, 2011)

¿Cómo podría determinarse el representante del grupo en el derecho colombiano? No hay ninguna norma en el derecho colombiano que permita establecer con certeza quién es el representante de un grupo demandante. De conformidad con el párrafo del Artículo 48 y el numeral 5 del Artículo 52 de la Ley 472 de 1998, el juez generalmente podrá adscribirle la calidad de representante del grupo a un individuo que demanda a nombre de los intereses de un grupo que identifica o que da las herramientas para identificarlo, y del que afirma ser miembro.

Si son varias las personas que formulan la demanda como miembros de un grupo o todos los miembros dan poder a uno o a varios abogados, consideramos que el juez deberá elegir discrecionalmente entre cualquiera de los demandantes quién será el representante del grupo. Como la Ley 472 no dispone que el representante del grupo deba determinarse al momento de la admisión de la demanda, creemos que el juez puede tomar esta decisión desde este momento procesal hasta antes de que se abra el periodo probatorio mediante auto que deberá notificar al grupo demandante para que dicho individuo esté enterado de su designación como representante del grupo y que eventualmente sería convocado a rendir interrogatorio de parte.

Consideramos que, para que un individuo sea representante de un grupo, debe cumplir con los siguientes requisitos: i) Ser miembro del grupo al que representa, pues, se reitera, deberá actuar en nombre de los intereses individuales de los demás miembros del grupo y en nombre de sus propios intereses y derechos individuales; ii)

39 La doctrina se ha referido a la capacidad para ser parte como la garantía de libre acceso a la jurisdicción que se le otorga a todo sujeto de derechos. La capacidad para ser parte se confunde con lo que en el derecho sustancial se llama “capacidad de goce” o capacidad para ser titular de derechos y obligaciones. (Rojas Gómez, 2017, pág. 77)

40 La doctrina afirma que la capacidad para comparecer al proceso coincide con lo que en el derecho sustancial se denomina “capacidad de ejercicio” o capacidad para disponer libremente de los derechos. (Rojas Gómez, 2017, pág. 78)

41 El derecho de postulación es la aptitud jurídica y la habilitación que tienen ciertos sujetos para actuar en el escenario del proceso en nombre propio o en representación de otro. La regla general es que esta habilitación o derecho de postulación sólo la tengan los abogados, salvo algunos casos excepcionales en los que se les permite actuar a los particulares en el proceso sin necesidad de apoderado judicial. (Rojas Gómez, 2017, pág. 81)

Identificarse como representante del grupo; y, iii) Siguiendo los lineamientos de las *Class Actions* norteamericanas, que la persona no esté incurso en un conflicto de intereses con los miembros del grupo (*Cf. infra* 2).

4. Formulación de escenarios hipotéticos para la aplicación práctica del interrogatorio de parte en las acciones de grupo.

Teniendo en cuenta las consideraciones teóricas presentadas a lo largo de este texto, se hace necesario plantear algunos escenarios hipotéticos en los que se evalúe la posibilidad práctica de emplear el interrogatorio de parte en las acciones de grupo previstas en el derecho colombiano.

4.1 Interrogatorio de parte absuelto por el individuo que se deslinda del grupo

En este caso consideramos que la confesión (cuando el dicho de este sujeto lo desfavorece o favorece a la otra parte) o de la declaración de parte (cuando el dicho de este sujeto lo favorece) surtirá plenos efectos para él.

4.2 Interrogatorio de parte absuelto por el representante del grupo

Si el interrogatorio de parte se absuelve por el representante de grupo, surge la duda central de cómo deberá valorar el juez este medio probatorio. Teniendo en cuenta que el representante del grupo actúa en nombre de los intereses del grupo y de sus propios intereses, no cabe la menor duda de que los efectos favorables de la declaración de parte y los desfavorables de la confesión que se produzca en el interrogatorio surten plenos efectos para él. Sin embargo, cabe preguntarse: *¿Qué valor probatorio deberá darle el juez al dicho del representante respecto de los demás miembros del grupo?*

En primer lugar, debe partirse de la premisa de que, si el dicho del representante es favorable, dicha declaración de parte podría extenderse por el juez a todos los miembros del grupo en la medida en que no resultan perjudicados. Sin embargo, si el representante hace afirmaciones durante el *interrogatorio de parte* que lo perjudican o benefician a la parte demandada: ¿La confesión del representante del grupo podría extenderse a los demás miembros del grupo, incluyendo los miembros ausentes?

4.2.1 Postura No. 1: La confesión producida por el representante del grupo se extiende a los demás miembros del mismo

Si se considerara que los efectos de la confesión por parte del representante del grupo se extienden a todos los miembros del mismo, sería necesario precisar que esta postura no comportaría una vulneración al derecho de defensa y al debido proceso

de los miembros del grupo que estuvieron presentes en el proceso, pero sí implicaría una vulneración de los derechos de los miembros ausentes. Los miembros del grupo presentes en el proceso tendrían la posibilidad de *infirmarla* o anularla con otros medios probatorios⁴²; sin embargo, respecto de los miembros ausentes la situación sería otra. Si el juez pudiera extender los efectos de la confesión generados por el representante del grupo a estos individuos, les estaría vulnerando su derecho de defensa y su derecho al debido proceso, en la medida en que se estarían generando unos efectos probatorios adversos que no pudieron controvertir pues no se encontraban presentes en el proceso⁴³.

4.2.2 Postura No. 2: La confesión producida por el representante del grupo no se extiende a los demás miembros del mismo.

Teniendo en cuenta las consideraciones esgrimidas en el segundo apartado de este Artículo, podemos afirmar que no es posible que se extiendan a todos los miembros del grupo, y en especial a los miembros ausentes, los efectos negativos de la confesión producida por el representante del grupo, pero sí podrían extenderse los efectos positivos derivados de la declaración de parte. Tal y como se mencionó en el aludido apartado, no resulta fácil para el juez identificar si los miembros del grupo hicieron uso de su derecho subjetivo al ‘*opt-out*’, pues la última oportunidad que tienen para emplear esta prerrogativa es dentro de los cinco días siguientes a la emisión del fallo. Así las cosas, y en aras de garantizar el derecho de defensa y los derechos subjetivos de los miembros del grupo, y en particular de los miembros ausentes, el juez debería abstenerse de extender los efectos negativos derivados de los actos procesales y probatorios.

Esto implica que la confesión derivada del interrogatorio de parte rendido por el representante sólo podría tener efecto para sus propios intereses, pretensiones y derechos individuales, pero no para los demás miembros del grupo o como máximo podría tener efectos probatorios de testimonio de terceros para ellos, con el fin de

42 Artículo 197, C.G.P: “Toda confesión admite prueba en contrario”.

43 En este mismo sentido, el tratadista Fernando Hinestrosa critica en una de sus obras la posibilidad de extender los efectos de la cosa juzgada a sujetos que no intervinieron en el proceso judicial, aun cuando se trate incluso de obligaciones solidarias o indivisibles, pues esto vulneraría su derecho de defensa y su derecho al debido proceso. Sin embargo, a juicio de este autor sí es posible invocar la cosa juzgada de los sujetos ausentes cuando les favorezca. (Hinestrosa, 2007, págs. 350-352) De igual forma, la Sección Tercera del Consejo de Estado sostuvo en un auto del 25 de octubre de 2006, C.P: Ruth Stella Correa Palacio, Exp: 25000-23-27-000-2004-00502- 02 (AG), que el interrogatorio de parte era incompatible con la naturaleza propia de las acciones de grupo, pues este medio probatorio estaba pensando para las acciones individuales, lo que no obstaba para que el juez, de oficio, llamara a los miembros del grupo presentes en el proceso a declarar para esclarecer hechos que se discutan en el proceso, sin que sus afirmaciones puedan ser tenidas en cuenta como confesión frente al grupo. Cf. En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 24 de noviembre de 2026, C.P: Rafael Francisco Suárez Vargas, Exp: 11001-03-15-000-2016-00053-01(AC).

garantizar la eficacia del interrogatorio de parte como acto procesal. En este punto es válido realizar un símil con la figura del litisconsorcio necesario prevista en el *CGP*, pues un acto procesal sólo se considerará válido y producirá efectos si proviene de todos los litisconsortes o de todos los miembros del grupo, o si los beneficia a todos, y para el caso de la confesión este estatuto procesal prescribe expresamente que si la confesión no proviene de todos los litisconsortes sólo tendrá el valor de testimonio de terceros⁴⁴.

En este punto, es necesario aclarar que, aun cuando los miembros del grupo tienen relaciones sustanciales independientes con el demandado, a tal punto que incluso el artículo 88 de la Constitución los autoriza para iniciar sus acciones individuales por separado, no pueden ser considerados litisconsortes facultativos pues la sentencia condena de manera única al demandado en favor del grupo y todos los miembros –presentes en el proceso y aquellos ausentes que se vinculen con posterioridad y de forma oportuna al proceso–resultan igualmente afectados por el fallo. Por el contrario, el grupo demandante parece asimilarse más a un fenómeno de litisconsorcio cuasi-necesario o necesario (Huertas Montero, 2017, págs. 123-134). En todo caso, se considera que no es posible analizar las acciones de grupo ni las acciones colectivas bajo la lente de categorías tradicionales como los litisconsorcios, donde se concebía el derecho procesal únicamente como una herramienta para resolver conflictos individuales y particulares.

De otro lado, somos conscientes que sostener que la confesión hecha por el representante del grupo sólo tenga efectos de testimonio de terceros para los demás miembros del grupo, implicaría que el juez en la sentencia que decide sobre la acción de grupo podría dar por probado un hecho para uno de los miembros del grupo pero para los demás no, llevando a decisiones diversas e incluso contradictorias entre sí para los miembros de un mismo grupo. En resumen, la postura anteriormente esgrimida estaría incentivando la ‘des-homogeneización’ del grupo a través del fallo judicial y de la valoración probatoria por parte del juez, yendo en contravía de lo dispuesto en el Artículo 65 de la Ley 472 de 1998, que expresa que, si la sentencia acoge las pretensiones de la demanda, deberá ordenar una condena colectiva y uniforme a favor del grupo, que contendrá la suma ponderada de las indemnizaciones individuales de sus miembros⁴⁵.

44 El inciso 4 del Artículo 60 del C.G.P expresa que: “Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio solo tendrán eficacia si emanan de todos”. En este mismo sentido, el profesor Miguel Enrique Rojas afirma que los actos procesales que realicen los litisconsortes necesarios deben ejecutarse de forma unánime por todos ellos y beneficiarlos a todos para que sean eficaces. (Rojas Gómez, 2017, págs. 89-91) Así mismo, el inciso 1 del Artículo 192 de este código expresa: “La confesión que no provenga de todos los litisconsortes necesarios tendrá el valor de testimonio de tercero”.

45 Cf. Numeral 1.

En suma, hasta tanto no se tengan criterios más claros para evaluar la idoneidad en la representación de los miembros del grupo y se profundice en las discusiones sobre el derecho al ‘*opt-out*’ o de exclusión de dichos sujetos, el interrogatorio de parte que se practique en este proceso al representante del grupo deberá valorarse por el juez atendiendo a interpretación que garantice en mayor medida los derechos sustanciales y el derecho fundamental al debido proceso de todos los miembros del grupo.

5. Conclusiones

1. La acción de grupo en el derecho colombiano es una acción de rango constitucional instituida para resolver una reclamación colectiva o conjunta de un grupo de individuos que han sufrido perjuicios individuales originados por una causa común imputable a un mismo demandado. Esta acción se ha nutrido de diversas fuentes y antecedentes, entre los que se destacan las *Class Actions* del derecho anglosajón.
2. En el trámite de las acciones de grupo pueden ser parte el grupo, quien actuará a través de su representante, y aquél o aquellos individuos que decidan plantear sus propias pretensiones e intervenir como partes dentro de esta acción o respecto de quienes el demandado formule excepciones que permitan individualizarlos.
3. A pesar de posturas en contrario, se concluye que, en el contexto actual de los procesos civiles orales donde el individuo tiene un derecho humano a ser oído en audiencia oral y pública con presencia del juez, y donde predomina la sana crítica y la libre valoración probatoria para formar el convencimiento del fallador, es procedente tanto el interrogatorio de contraparte como el de la propia parte, de los cuales se podrán deducir dos medios de prueba: la confesión, cuando la manifestación del interrogatorio lo desfavorece o favorece a su contraparte, o la simple declaración de parte que podrá ser valorada junto con los demás medios de prueba presentes en el proceso, cuando las manifestaciones del interrogado sólo lo benefician.
4. Para poder conciliar naturaleza particular de las acciones de grupo con la operatividad del interrogatorio de parte, es necesario distinguir si existen individuos que son parte dentro de esta acción o si el grupo como parte puede ser llamado a rendir interrogatorio de parte por el juez a través de su representante.
5. Si hay individuos que se comportan como parte dentro de la acción de grupo porque formularon pretensiones individuales o el demandado formuló excepciones particulares que permiten distinguirlos del grupo, estos sí podrían ser llamados por el juez a absolver interrogatorio de parte, y la confesión y declaración de parte que se deriven del respectivo interrogatorio surtirán plenos efectos para ellos.

6. En la hipótesis en la que el grupo figura como parte dentro de la acción de grupo y actúa a través de su representante, surgen dos posturas en relación con la extensión de los efectos negativos y positivos del interrogatorio de parte rendido por dicho representante legal. La primera postura expresaría que sí es posible extender los efectos del interrogatorio de parte –incluyendo los efectos negativos derivados de la confesión– a todos los miembros de un grupo, y en particular a los miembros ausentes. Sin embargo, esta postura podría tener objeciones desde el punto de vista teórico, pues conlleva a la vulneración del derecho de defensa y al debido proceso de los miembros ausentes del grupo. De otra parte, una segunda postura afirmaría que solo es posible extender los efectos positivos de la *declaración de parte* pero no los efectos negativos de la confesión a los miembros del grupo, y, que en este último caso, para garantizar la eficacia del interrogatorio de parte como acto procesal, esos dichos que desfavorecen al grupo o favorecen a la parte demandada podrían tener el valor de testimonio de terceros. Sin embargo, con esta postura se estaría incentivando la ‘des-homogeneización’ del grupo a través de la sentencia.
7. Hasta tanto no se tengan criterios más claros para evaluar la idoneidad en la representación de los miembros del grupo y se profundice en las discusiones sobre el derecho al ‘*opt-out*’ o de exclusión de dichos sujetos, el interrogatorio de parte que se practique en este proceso al representante del grupo deberá valorarse por el juez atendiendo a interpretación que garantice en mayor medida los derechos sustanciales y el derecho fundamental al debido proceso de todos los miembros del grupo.
8. Estas reflexiones pueden convertirse en un punto de partida para que los jueces puedan adaptar su deber general de recopilación y valoración de los medios probatorios en los procesos judiciales con la naturaleza particular de la acción de grupo, que pretende la *justiciabilidad* de varios derechos subjetivos a través de un trámite colectivo.

Referencias

- Arroba Conde, M. (abril de 2012). Relación entre las pruebas y la comprobación de la verdad en el proceso canónico. *Anuario de Derecho Canónico: Revista de Derecho Canónico integrada en la UCV*(1), 11-36.
- Asamblea Constituyente, Colombia (1991). Constitución Política de 1991.
- Bejarano Guzmán, R. (11 de octubre de 2017). La parte no puede pedir su propia declaración. *Ámbito Jurídico Legis*, p. 2.
- Cámara de Diputados en Italia (2009). Ley 99 de 2009.
- Capelletti, M. (2002). *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad*. Buenos Aires, Argentina: Librería Editora Platenense S.R.L.
- Congreso de la República de Colombia (1931). Ley 105 de 1931: Por medio de la cual se expide el Código Judicial de la República de Colombia.
- Congreso de la República de Colombia (1998). Ley 472 de 1998: Por medio de la cual se regulan las acciones populares y de grupo.
- Congreso de la República de Colombia (2012). Ley 1564 de 2012: Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso.
- Congreso Nacional de Brasil (1990). Ley 98078 de 11 de septiembre de 1990: Código de Defensa del Consumidor.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 16 de marzo de 2015, C.P.: Olga Mérida Valle de Hoz, Exp: 08001-23-33-000-2014-01091-01(AG) (2015).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 25 de octubre de 2006, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio, Exp: 25000-23-27-000-2004-00502-02 (AG) (2006).
- Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 24 de noviembre de 2026, C.P.: Rafael Francisco Suárez Vargas, Exp: 11001-03-15-000-2016-00053-01(AC)
- Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 26 de noviembre de 2011, Exp: 25000232700020040050202 (Consejo de Estado, Sección Tercera 26 de noviembre de 2011).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez, auto del 24 de enero de 2002, Exp: 0015 (Consejo de Estado, Sección Tercera 24 de enero de 2002).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P.: Hernán Andrade Rincón, sentencia del 27 de junio de 2012, Exp: 01467 (Consejo de Estado, Sección Tercera 27 de junio de 2012).

- Consejo de Estado, Sección Tercera, C.P.: Mauricio González Cuervo, sentencia del 15 de agosto de 2007, Exp: 190001-23-31-000-2003-00385-01 (AG) (Consejo de Estado, Sección Tercera 15 de agosto de 2007).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 2 de agosto de 2006, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra, Exp. 250002324000- 2005-(AG-0495)-01 (2006).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 22 de enero de 2004, Exp. AG-73001-23-31-000-2002-01089-01. (2004).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 15 de agosto de 2007, C.P.: Mauricio González Cuervo, Exp: 19001-23-31-000-2003--00385-01 (AG) (Consejo de Estado).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 16 de abril de 2007, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio, Exp: 2500-23-25-000-2002-0025-02 (AG).
- Corte Constitucional, Sentencia C- 569 de 2004. M.P. Rodrigo Uprimy Yepes (2004).
- Cortes generales, España (2000). Ley 1 del 7 de enero de 2000: Ley de enjuiciamiento civil española.
- Fish, J. (1997). Class action reform, qui tam, and the role of the plaintiff. *Law and contemporary problems*, 60(4), 167-202. Recuperado el 23 de marzo de 2019, de <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1064&context=lcp>
- García Arboleda, J. (2007). Procedencia de las acciones populares y de grupo ante las violaciones al régimen de competencia en Colombia. *Univ. Estud.*, 69-85.
- Guayacán Ortiz, J. (2013). *Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas. Elementos para la integración del derecho latinoamericano*. Bogotá, D.C, Colombia-Italia: Universidad Externado de Colombia.
- Guayacán Ortiz, J. (2016). Implicaciones del Código General del proceso en las acciones de grupo. El grupo como parte y la procedencia del juramento estimatorio en este tipo de acciones. En I. C. Procesal, *Memorias XXXVII Congreso Colombiano de Derecho Procesal* (p. 1110). Medellín, Colombia: Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- Guayacán, J. (2005). La acción Popular, la acción de grupo y las acciones colectivas: una comparación de algunos tópicos entre el ordenamiento colombiano y el anteproyecto de código modelo de procesos colectivos para Iberoamérica. *Revista de Derecho Privado*(9), 35-56.
- Hinestrosa, F. (2007). *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura y vicisitudes* (3ª ed., Vol. I). Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia.

- Huertas Montero, L. (2017). *Los derechos del consumidor en el derecho colombiano: eficacia de los mecanismos procesales para su protección individual y colectiva*. Bogotá, D.C: Universidad Externado de Colombia.
- Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (2009). Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.
- Juzgado Doce Administrativo Oral de Medellín, auto interlocutorio 037 del 13 de febrero de 2013, Exp: 05-001-33-31-012-2011-00550-00 (Juzgado Doce Administrativo Oral de Medellín 13 de febrero de 2013).
- Marín Verdugo, F. (2010). Declaración de la parte como medio de prueba. *Ius et Praxis*(1), 125-170.
- Martín de Agar, J. (2017). El valor de la declaración de las partes en el proceso de nulidad. *Ius Canonium*, 57, 663-705.
- Moreno Cruz, P. (Julio-Diciembre de 2011). Usos de la alocución “adecuada representación” y la operatividad de la federal *Plaintiff class action* estadounidense. *Revista de Derecho Privado*(21), 149-190.
- Moreno Cruz, P. (2017). Efectos *inter comunis*: Una acción de tutela colectiva y obligatoria. En C. e. Valenzuela Bernal, R. Bejarano Guzmán, P. Moreno Cruz, & M. Rodríguez Mejía (Edits.), *Aspectos procesales de la acción de tutela* (pág. 411). Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Parra Quijano, J. (2011). *Manual de derecho Probatorio* (18ª ed.). Bogotá, D.C., Colombia: Librería Ediciones el Profesional LTDA.
- Presidencia de la República de Italia (2005). Decreto Legislativo 206 del 6 de septiembre de 2005: Codice del Consumo.
- República de Colombia (1970). Decreto 1400 de 1970: Código de Procedimiento Civil colombiano.
- República de Colombia (1982). Decreto 3466 de 1982: Anterior Estatuto de Protección al Consumidor.
- Rojas Gómez, M. (2017). *Lecciones de derecho procesal. Procedimiento civil* (6ª ed., Vol. II). Bogotá D.C: Esaju.
- Vásquez, M. e. (2006). Las acciones de grupo. Una visión a través de los procesos colectivos. *Revista de Derecho*(26), 275-306.
- Wal-Mart Stores INC VS Dukes et al, 564 US 338 (US Supreme Court 20 de junio de 2011). Recuperado el 24 de marzo de 2019, de <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/564/338/>