



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Económico

**REFORMULACIÓN DE LOS JUICIOS COLECTIVOS EN LA LEY 19.496 EN SUS
ASPECTOS PROCESALES: UNA VISIÓN COMPARADA**

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

AUTOR: TOMÁS ENRIQUE CARBONE VIDAL
PROFESOR GUÍA: JAIME LORENZINI BARRÍA

Santiago, Chile

2014

Tabla de contenidos

Prólogo	10
Introducción	12
Capítulo I: Derecho comparado	19
I. Instituciones analizadas	19
a. La consagración constitucional de los derechos colectivos de los consumidores y acciones respectivas	21
b. La existencia de una acción de clase general o una específica para el derecho del consumidor	21
c. La tramitación de la acción según el procedimiento de aplicación general o uno especial	22
d. El alcance del ámbito colectivo	22
e. La legitimación activa	22
f. La existencia de una etapa de certificación o admisibilidad	23
g. El mecanismo de incorporación o exclusión de los usuarios respecto de los efectos del fallo	23
h. El rol del juez durante el proceso	24
i. La indemnización del daño moral	24
j. La existencia de juicios colectivos en los países elegidos	25
II. Análisis comparado	26
i. Estados Unidos	26
a) Consagración constitucional	26
b) Tipo de acción de clase	26
c) Tipo de procedimiento	28

d)	Alcance del ámbito colectivo	29
e)	Legitimación activa	29
f)	Etapa de certificación o admisibilidad	30
La certificación		34
g)	Incorporación o exclusión de los miembros del grupo	35
h)	Rol del juez	36
i)	Indemnización del daño moral	37
j)	Judicialización de los derechos	37
ii.	Brasil	38
a)	Consagración constitucional	38
b)	Tipo de acción de clase	40
c)	Tipo de procedimiento	41
d)	Alcance del ámbito colectivo	42
e)	Legitimación activa	42
f)	Etapa de certificación o admisibilidad	43
g)	Incorporación o exclusión de los miembros del grupo	44
h)	Rol del juez	45
i)	Indemnización del daño moral	46
j)	Judicialización de los derechos	46
iii.	España	46
a)	Consagración constitucional	46
b)	Tipo de acción de clase	47
c)	Tipo de procedimiento	48
d)	Alcance del ámbito colectivo	49
e)	Legitimación activa	49
f)	Etapa de certificación o admisibilidad	51
g)	Incorporación o exclusión de los miembros del grupo	51
h)	Rol del juez	52
i)	Indemnización del daño moral	52

	j) Judicialización de los derechos	52
	k) Otros	52
iv.	Argentina	53
	a) Consagración constitucional	53
	b) Tipo de acción de clase	55
	c) Tipo de procedimiento	56
	d) Alcance del ámbito colectivo	57
	e) Legitimación activa	58
	f) Etapa de certificación o admisibilidad	58
	g) Incorporación o exclusión de los miembros del grupo	59
	h) Rol del juez	59
	i) Indemnización del daño moral	60
	j) Judicialización de los derechos	60
v.	Uruguay	60
	a) Consagración constitucional	61
	b) Tipo de acción de clase	61
	c) Tipo de procedimiento	62
	d) Alcance del ámbito colectivo	62
	e) Legitimación activa	62
	f) Etapa de certificación o admisibilidad	63
	g) Incorporación o exclusión de los miembros del grupo	63
	h) Rol del juez	63
	i) Indemnización del daño moral	64
	j) Judicialización de los derechos	64
vi.	Perú	64
	a) Consagración constitucional	64
	b) Tipo de acción de clase	66
	c) Tipo de procedimiento	67

	d) Alcance del ámbito colectivo	69
	e) Legitimación activa	69
	f) Etapa de certificación o admisibilidad	69
	g) Incorporación o exclusión de los miembros del grupo	70
	h) Rol del juez	70
	i) Indemnización del daño moral	70
	j) Judicialización de los derechos	71
vii.	Ecuador	71
	a) Consagración constitucional	71
	b) Tipo de acción de clase	73
	c) Tipo de procedimiento	74
	d) Alcance del ámbito colectivo	75
	e) Legitimación activa	75
	f) Etapa de certificación o admisibilidad	75
	g) Incorporación o exclusión de los miembros del grupo	75
	h) Rol del juez	75
	i) Indemnización del daño moral	75
	j) Judicialización de los derechos	76
viii.	Colombia	76
	a) Consagración constitucional	76
	b) Tipo de acción de clase	78
	c) Tipo de procedimiento	79
	d) Alcance del ámbito colectivo	79
	e) Legitimación activa	80
	f) Etapa de certificación o admisibilidad	81
	g) Incorporación o exclusión de los miembros del grupo	82
	h) Rol del juez	83
	i) Indemnización del daño moral	83
	j) Judicialización de los derechos	83

ix.	México	84
	a) Consagración constitucional	84
	b) Tipo de acción de clase	85
	c) Tipo de procedimiento	86
	d) Alcance del ámbito colectivo	86
	e) Legitimación activa	86
	f) Etapa de certificación o admisibilidad	87
	g) Incorporación o exclusión de los miembros del grupo	88
	h) Rol del juez	88
	i) Indemnización del daño moral	89
	j) Judicialización de los derechos	89
	 Capítulo II: Procedimiento e instituciones perdidas	 90
	 I. Breve descripción del Procedimiento en Chile	 90
	i. Presentación de la demanda y declaración de admisibilidad; período de discusión	90
	ii. Etapa de conciliación (artículo 53 B)	92
	iii. Período probatorio (artículo 52, incisos 11 y final)	93
	iv. Sentencia (artículo 53 C)	94
	v. Aspectos especiales de la resolución que declara admisible la demanda y de la sentencia definitiva	94
	 II. Instituciones que han quedado en el camino	 96
	 A. Historia de la Ley 19.555	 97
	i. Legitimación activa más amplia	97
	ii. Control de admisibilidad efectuado por Corte de Apelaciones	98

iii.	Menores exigencias en el caso de demandas presentadas por grupos de consumidores	99
iv.	Exigencia de una “representación adecuada”	100
v.	Arbitraje obligatorio y seguido ante el Sernac	101
vi.	Sistema de recursos contra sentencia definitiva: apelación en el solo efecto devolutivo e improcedencia del recurso de casación	102
vii.	Publicación de la sentencia absolutoria	103
viii.	Facultades del Juez en relación con abogados y procurador común	104
B. Historia de la Ley 20.543		105
ix.	Inapelabilidad de resolución que declara admisible la demanda	105
x.	Llamado a conciliación tras la declaración de admisibilidad	106
xi.	Término especial para oponer excepciones dilatorias	107
xii.	Remisión al procedimiento sumario	109
C. Otros boletines y proyectos paralizados		110
xiii.	Valor probatorio de resoluciones administrativas y sentencias judiciales firmes	110
xiv.	Fomento de soluciones amistosas	111
xv.	Vista preferente de los recursos de apelación	112
xvi.	Consagración constitucional de los derechos de los consumidores	113
xvii.	Obligatoriedad del trámite de mediación o, al menos, de concurrir a dar respuesta una vez que el Sernac pone en conocimiento del proveedor el reclamo recibido	114
xviii.	Ampliación del procedimiento colectivo a casos de vulneración de normas sobre Libre Competencia	115
xix.	Reducción del número de consumidores requeridos para iniciar un procedimiento colectivo	117
Capítulo III: Conclusiones		118
I. Recapitulación		118

II. Propuestas	124
Bibliografía	126
Anexo 1: Tabla instituciones en derecho comparado	132

La tierra sigue girando alrededor del Sol, como hace mil años; los árboles crecen y los animales viven como en tiempo de Plinio. Por tanto, aunque el descubrimiento de las leyes de su naturaleza y su poder haya requerido largos esfuerzos, tales leyes son, por lo menos, tan verdaderas para la actualidad como para los tiempos pasados, y seguirán siéndolo para siempre.

Muy otra es la situación de la ciencia jurídica. Cuando ésta, tras largos años de esfuerzos, ha logrado encontrar el concepto verdadero, la ley de una institución, hace ya tiempo que el objeto se ha transformado. La ciencia llega siempre tarde en relación con la evolución progresiva; no puede nunca alcanzar la actualidad. Se parece al viajero en el desierto: divisa lejos opulentos jardines, camina todo el día y a la noche están tan alejados de él como por la mañana.

Julius von Kirchmann

Prólogo

El presente proyecto de tesis tiene orígenes accidentados. En un principio, el proyecto pretendía otorgar una visión comparada en relación con un aspecto central de lo que había sido el desarrollo de los juicios colectivos hasta esa fecha, los inicios del año 2011. La tesis trataría principalmente sobre uno de los aspectos procesales que más debate había generado en la materia, una institución única en la legislación nacional consistente en la etapa de admisibilidad que presentaban los juicios o procedimientos diseñados para la defensa de intereses colectivos y difusos de los consumidores, institución introducida en la reforma del año 2004 efectuada a la Ley de Protección al Consumidor y que implicaba demoras de hasta más de tres años para entrar recién a la etapa de discusión de este juicio especial. Sin embargo, con el advenimiento del caso La Polar, hecho público en el mes de mayo de 2011, y a pesar que a esas alturas, con siete años de vigencia de la ley, ya se había constatado por algunos la necesidad de un cambio en este aspecto, la preocupación por la materia cambió radicalmente. Este caso generó un cambio en la conducta que hasta la fecha habían mantenido diversas autoridades con influencia en el ramo, cuestión que se vio reflejada en hechos concretos tanto en miembros del poder legislativo como en miembros del poder ejecutivo y servicios descentralizados. Así, la ley que se encontraba con tramitación en curso a fin de reformar el procedimiento comenzó a ser tramitada con urgencia en carácter de suma, tras instrucción expresa del Presidente de la República, acelerándose las gestiones en las cámaras parlamentarias. Asimismo se inició en paralelo la tramitación de la ley que creaba el Sernac Financiero entre el diseño de otros mecanismos tendientes a proteger especialmente a los usuarios en este mercado. Un número importante de otros proyectos de ley fueron presentados. A la vez, el Sernac comenzó a adquirir una visibilidad cada vez mayor, tanto a propósito de este caso como en relación con el cumplimiento general de su función protectora de los derechos de los consumidores. Finalmente, en el mes de octubre de 2011 fueron publicadas la ley 20.543 y en diciembre de mismo año, la ley 20.555. La primera de ellas introdujo sustanciales modificaciones al procedimiento especial

para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, siendo la principal de ellas la conversión de la etapa de admisibilidad desde una instancia adversarial y de fondo, a una instancia meramente formal y con participación restringida del demandado. Tales modificaciones hicieron necesaria una reformulación del proyecto de tesis original, manteniendo parte del trabajo en derecho comparado, pero realizando adiciones al mismo, y agregando además una revisión de aspectos propios de la legislación nacional. El resultado se encuentra en las páginas sucesivas.

Introducción

Este trabajo de tesis se enmarcaba inicialmente en el contexto del derecho adjetivo, pero se restringía al estudio de la novel etapa de admisibilidad. Esta fase surgió en el año 2004 al ser aprobada la Ley 19.955, la cual modificaba sustancialmente la Ley 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Entre los aspectos incorporados en dicha primera reforma de importancia, uno de los más trascendentes consistía en la introducción de las acciones colectivas en la materia, actualizando la normativa que regía las relaciones de consumo, conforme a los modelos más avanzados observados en derecho comparado y a los cambios propios del mercado en el mundo moderno. Así, el proyecto de ley enviado por el ejecutivo en el año 2001 rezaba, al referirse al contenido del proyecto: “el proyecto incorpora la defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores, institución que simplificará significativamente la solución de problemas que afectan intereses supraindividuales. Tal protección viene a dar respuesta a la necesidad de articular herramientas procesales adecuadas que permitan poner en práctica instituciones sustantivas, como la declaración de nulidad de cláusulas abusivas, y el ejercicio de acciones colectivas resueltas por medio de sentencia única”. Más adelante señala, a propósito del mismo tópico, que “por el lado de los consumidores, permitirá dar solución a los problemas de consumo masivos en los que, por distintas razones, actualmente no se otorga la debida protección... por el lado de la oferta, un mecanismo como el que se propone, en que las soluciones son colectivas, desincentiva posibles prácticas de infracción masivas, en las cuales es un hecho cierto que sólo algunos consumidores reclaman y, por lo tanto, aun con multas y posibles indemnizaciones individuales, la conducta infraccional puede ser rentable.”¹

¹ Historia de la Ley 19.955, p. 6-7.

Lo cierto es que, desde la entrada en vigencia de la ley en el año 2004, esta declaración de intenciones no se vio realizada en la práctica. En efecto, tal como constataban algunos legisladores al poner el tema en la agenda de discusión parlamentaria, en la mayoría de los casos en que se habían iniciado acciones colectivas reguladas por este procedimiento, se constató un atraso y dilación en la tramitación de los respectivos juicios, agregando que “lo anterior frustra de sobremanera los propósitos buscados al incorporar este tipo de procedimientos en la ley, dado que el colectivo de los consumidores afectados deben esperar un largo tiempo para que el tribunal tome su decisión y que, tratándose de relaciones de consumo, se requiere contar con soluciones eficientes y rápidas, de manera de asegurar que el procedimiento judicial signifique una tutela efectiva en la protección de esos derechos afectados”². Así, en la práctica la etapa de admisibilidad se había transformado “en una oportunidad de litigación y controversia prolongada sobre el fondo del asunto, contemplándose una etapa probatoria y la procedencia de recursos ordinarios y extraordinarios, que en definitiva han dilatado en forma significativa la tramitación misma de la demanda colectiva”³.

La situación indicada fue constatada en el año 2010, iniciándose el proyecto de reforma en el mes de octubre mediante moción parlamentaria de los senadores Andrés Allamand, Alberto Espina, José García, Evelyn Matthei y Lily Pérez⁴. Sin embargo, el advenimiento del caso La Polar dejó de manifiesto la necesidad de modificar el procedimiento para la defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores. Sin perjuicio de encontrarse bajo el estudio del Servicio Nacional del Consumidor desde julio de 2010, el caso se hizo público con

² Historia de la Ley 20.543, p. 8.

³ *Ibidem*, p. 67. En relación con los orígenes de la moción que postuló la modificación, resulta a lo menos curiosos que la propuesta emane de parlamentarios en aquel entonces de oposición y que, durante la tramitación de la ley anterior, manifestaron los mayores reparos en cuanto a los efectos de la creación de esta herramienta. En efecto, uno de quienes originalmente reflejaba el temor por el desarrollo de una industria de reclamo, el senador Novoa, reconoce que “existió el temor de que se generara una <<industria de demandas colectivas>> por lo que se adoptaron medidas tendientes a precaver ese efecto, como el examen de admisibilidad. Ahora bien, si los hechos han demostrado que más bien con ello se entraba el procedimiento, corresponde modificarlo.”. p. 27.

⁴ Individualizada bajo el Boletín N° 7256-03.

posterioridad a la presentación de la demanda colectiva el 26 de mayo de 2011, y al reconocimiento por la empresa, al mes siguiente, de haber realizado repactaciones. Ante este caso, desde el 9 de agosto de 2011 el proyecto se comienza a tramitar con suma urgencia en el parlamento, promulgándose la ley el 21 de octubre de 2011. A este proceso de mejoras, uno de cuyos efectos fue la transformación de la etapa de admisibilidad en una revisión meramente formal, se suma la promulgación en el mes de diciembre de 2011 de la Ley 20.555, referida a la implementación del Sernac Financiero, entre otros aspectos.

Sin embargo, a pesar de las dos modificaciones mencionadas y los demás esfuerzos desplegados a partir de la reforma iniciada el año 2001, aún quedan espacios para el mejoramiento de la protección de los intereses y derechos difusos y colectivos de los consumidores. La gran variedad de ámbitos del consumo en que puede generarse la afectación de derechos de los consumidores en forma masiva⁵, hace especialmente necesario que los mecanismos de protección desarrollados tengan eficacia práctica; por ello la búsqueda de herramientas que puedan favorecer una mejor protección de los derechos de los consumidores en su dimensión colectiva mantiene su vigencia. Este es el objetivo propuesto al iniciar –más bien reformular- el presente trabajo, poniendo énfasis en elementos procedimentales.

Como adelantáramos en el prólogo, para el cumplimiento del objetivo de la presente tesis se incluyó el análisis de aspectos del derecho comparado y

⁵ A modo de ejemplo podemos indicar la existencia de cláusulas abusivas en contratos celebrados con instituciones bancarias, infinidad de problemas con la publicidad de productos, inductivos a error o engaño, compra de productos defectuosos en casas comerciales, incumplimiento de las garantías legales u ofrecidas unilateralmente por parte de las casas comerciales al vender productos defectuosos, cobros indebidos en el uso del servicio público de transporte, cancelación de eventos artísticos sin mediar una íntegra devolución del dinero pagado, incumplimiento de condiciones ofrecidas en paquetes turísticos, cobros indebidos en la facturación de servicios básicos, incumplimiento de planes por parte de compañías de telefonía móvil, falta de cobertura en el servicio de telefonía móvil, cobros indebidos en peajes de autopistas, en la venta de viviendas, defectos en la prestación de servicios de suministros básicos, de telefonía fija y móvil, problemas con los registros comerciales como Dicom, plantas revisoras de automóviles, cumplimiento de contratos de tiempo compartido, etcétera. Cada ámbito del consumo podrá ser fuente de perjuicio a los derechos de los consumidores, generando impacto a gran escala, cuestión que por sí sola basta para ofrecer una protección especial y efectiva.

aspectos del derecho nacional. Sin embargo, ambos casos presentan una sustancial diferencia: mientras la revisión de los primeros se refiere a derecho vigente en cada uno de los ordenamientos analizados, el segundo trata justamente de aspectos que no tienen actualmente aplicación en el ordenamiento local. La finalidad de realizar un análisis de este tipo es estudiar instituciones que reciben aplicación en el derecho externo y además analizar aquellas que, si bien pudieron ser parte de la regulación de las acciones colectivas en materia del derecho de los consumidores, no terminaron siéndolo, principalmente por razones políticas.

Ahora, ¿qué importancia reviste estudiar legislación comparada? ¿qué importancia puede tener estudiar aspectos que los legisladores, tras estudios en numerosas comisiones y sesiones de votación, revisiones por el poder ejecutivo, informes emitidos por el poder judicial, participación de especialistas del sector público, miembros de ministerios y otros tantos intervinientes, han determinado no merecen consagración en el derecho positivo?

Nuestros intereses sobre este punto son sencillos. Es indudable que, a pesar de las recientes modificaciones, las decisiones políticas no pueden -sea por motivos ideológicos, restricciones económicas o bien la insalvable limitación que el derecho presenta para reaccionar como solución a las necesidades sociales ya desatadas-, incorporar de una sola vez todas las herramientas que un sistema completo puede requerir para la mejor protección de los derechos colectivos de los consumidores. Más aun, incluso constatándose graves casos de abusos a los derechos de los consumidores considerados desde la óptica transindividual y reconociéndose transversalmente la necesidad de tutela, pareciera que subsisten elementos que podrían merecer mejoras, tales como las facultades -todavía restringidas- del Servicio Nacional del Consumidor y la forma de inserción de la regulación dentro del ordenamiento jurídico -aun parece ser una rama aislada-y conexión con otras áreas de relevancia en el marco del orden público económico; fiel reflejo de lo anterior son las últimas modificaciones en la materia aplicadas en Chile, referidas brevemente más arriba. Dentro de estos aspectos que presentan

campos para implementar mejoramientos, encontramos el ámbito del derecho procesal, el cual, dada su vocación eminentemente instrumental, es una de las herramientas específicas que tienden a otorgar una tutela efectiva de los derechos de los consumidores, en nuestro caso en su vertiente colectiva. Este es el marco teórico en el cual se desarrolla el presente trabajo, las diversas instituciones procesales que tienden a una más acabada protección de los derechos colectivos. Así, retomando las preguntas formuladas en el párrafo anterior, algunas de estas instituciones las encontraremos en la legislación comparada y otras surgirán de los “despojos” de nuestra legislación vigente, constituyendo el derecho extranjero y los proyectos de ley tramitados, sea que éstos hayan finalizado en la promulgación de una ley, se encuentren en tramitación o bien estén abandonados, las fuentes de este trabajo.

Para ello esta tesis se divide en dos capítulos. El primero de ellos está referido a la revisión de derecho comparado, y el trabajo se ha realizado a través de la selección de algunas instituciones que estimamos constituyen aspectos distintivos de un ordenamiento jurídico en relación con la defensa de los derechos colectivos de los consumidores. Los aspectos en que centraremos nuestra atención comienzan por el reconocimiento constitucional de los derechos de los consumidores, para seguir revisando el tipo de acción de clase que se consagra y luego el tipo de procedimiento. Ya dentro del procedimiento para la defensa de intereses colectivos de los consumidores, sea que este sea especial o bien el general para la defensa de estos derechos, se analizarán aspectos más específicos dentro del procedimiento, consistentes en el alcance del ámbito colectivo, la legitimación activa, la existencia de una etapa de admisibilidad o certificación, el mecanismo de incorporación o exclusión de los miembros respecto de los efectos del fallo, el rol del juez dentro del procedimiento, el tratamiento del daño moral y la existencia de juicios colectivos. De los aspectos anteriores, tendrá cierta preponderancia el análisis sobre la etapa de admisibilidad, toda vez que es un aspecto que subsiste en la legislación chilena, además de constituir el germen de esta memoria.

Para el cumplimiento de lo anterior, se realizará una revisión general de la legislación aplicable en cada país, separando el tratamiento otorgado en la Constitución y en las leyes, extractando los aspectos que merecen especial mención. Asimismo, al final de este trabajo se incorpora como anexo una tabla que se refiere a todos los aspectos reseñados, indicando la situación de cada país para cada una de las instituciones revisadas.

El capítulo siguiente, trata sobre las instituciones que, a pesar de haber sido discutidas o postuladas en alguna oportunidad dentro de los proyectos de ley tramitados o modificaciones propuestas, no forman parte del estatuto actual de protección al consumidor en Chile, las cuales denominaremos “instituciones abandonadas”. Se ha efectuado una revisión de 22 proyectos de ley comenzando por el iniciado en marzo de 2001 y que terminó en la reforma aplicada mediante la promulgación de la ley 19.955, pasando por los que terminaron en las leyes 20.543 y 20.555, e incluyendo todos aquellas mociones o proyectos de ley iniciados desde la fecha señalada, pero cuya tramitación se encuentra archivada, suspendida, o sencillamente parece estar abandonada sin razones que aparezcan explícitamente. En cada uno de ellos se han detectado instituciones que podrían ser de utilidad para mejorar el mecanismo del procedimiento para la defensa de intereses colectivos y difusos de consumidores o usuarios vigente actualmente. Las instituciones identificadas constituirán otro de los elementos que permita arribar a las conclusiones que ofrece este trabajo.

Revisado el tratamiento que se observa en derecho comparado, más las instituciones abandonadas en la tramitación de proyectos en el derecho nacional, ambos aspectos serán reunidos con la finalidad de identificar aquellos aspectos que, a la luz de las ideas extraídas de la experiencia extranjera y las propuestas de los legisladores, merecen ser añadidos a la regulación actual, pues constituirían mejoras efectivas al estado actual del procedimiento para la tramitación de acciones para la defensa del interés colectivo y difuso de los consumidores.

Finalmente, insistiremos en la referencia a las razones políticas esbozadas más arriba. Al realizar un estudio de derecho comparado, el cual lleva envuelto inevitablemente el ejercicio de cotejar diversos sistemas jurídicos, es posible realizar un ejercicio comparativo y crítico en cuanto a las razones, a veces aparentes pues no se encuentran siempre disponibles, que llevaron al legislador nacional a excluir algunas de las instituciones que no fueron adoptadas, las cuales desde ya denominaremos “instituciones perdidas”. Al tener como referencia las instituciones que se aplican en otros países en distintos estados de desarrollo, unas veces semejantes y otras diferentes a Chile, se supera una comparación meramente jurídica, posibilitando un análisis a la luz del estado general del contexto político y económico. De esta forma, podrán justificarse o no teniendo a la vista una más amplia variedad de antecedentes, las decisiones legislativas tomadas en Chile.

Capítulo I: Derecho comparado

I. Instituciones analizadas.

En el presente capítulo se analizará la legislación comparada con la finalidad de tener a la vista los distintos procedimientos que imperan para la protección de los intereses difusos o colectivos de los consumidores, de manera que sea posible ampliar los puntos de vista y, a partir de ello, revisar el estado actual de los juicios colectivos en derecho del consumidor en Chile, especialmente en su etapa de admisibilidad. Se revisaran las instituciones con que cuentan, principalmente la legitimación activa, la existencia de una etapa de ante juicio, los mecanismos alternativos de solución de conflicto y, en general, todas aquellas que constituyan una novedad respecto del sistema implantado en nuestro país y sean una herramienta útil a fin de mejorar la protección de los derechos de los consumidores, o bien correspondan a alguno de los elementos distintivos que se encuentran en las acciones colectivas. Dentro de éstos, como ya se advirtió, el análisis la etapa de admisibilidad aparecerá con mayor fuerza, pues constituye el origen de este trabajo.

Antes de comenzar esta tarea es necesario señalar, brevemente, porqué es importante analizar el derecho comparado. ¿Qué razones existen para preocuparnos del estado del derecho del consumidor en países lejanos, que incluso pertenecen a una tradición jurídica totalmente distinta de la que aplicamos nosotros? ¿Por qué analizar el rol de los distintos “operadores jurídicos” en sistemas jurídicos distintos del nuestro? Cómo podrá suponer el lector, los motivos

son, a menos que lo embargue un intenso orgullo en cuanto al “formidable” estado del derecho nacional, abundantes.

En primer lugar, porque en esos países puede existir una experiencia superior, al menos en la materia que nos ocupa en este trabajo, los procedimientos colectivos para la protección de los derechos de los consumidores, la cual se ha utilizado para construir el entramado institucional operante para la defensa de estos derechos, entre lo que se cuentan los procedimientos judiciales. El análisis de esas instituciones, resultado de procesos de maduración, puede ofrecer valiosos elementos para incorporar al sistema nacional. En segundo lugar, abrirse ante el derecho extranjero permite ampliar los puntos de vista al momento de estudiar el sistema propio, teniendo mayores –y mejores – puntos de referencia al efectuar su evaluación y posterior diagnóstico. En el caso específico del derecho del consumidor esto cobra especial relevancia, toda vez que, atendido su desarrollo reciente en la mayoría de los países, presenta cambios y ajustes constantes.

Además de las ventajas indicadas precedentemente, este trabajo ofrece un catálogo de normas vigentes en los países revisados, a fin de facilitar al lector interesado en la materia el conocimiento y la revisión de las reglas aplicables en cada ordenamiento.

La selección de países sigue dos criterios. En primer lugar, el de la experiencia, fijándonos en países que por tener una tradición más antigua en la materia constituyen referencias inevitables, como Estados Unidos y Brasil. En segundo lugar, la similitud con Chile, ya que al ser un materia explorada recientemente en diversos países y adaptada a realidades locales semejantes a la nuestra, en su calidad de países en vías de desarrollo, pueden surgir elementos olvidados en nuestro país que podrían ser incorporados en virtud de esa semejanza. Contamos entre ellos a Argentina, Uruguay, Perú, Ecuador, Colombia y México; y, con la finalidad de incorporar algún país de Europa, se introdujo

España en este estudio. Además, si bien no se han incluido expresamente en el análisis, se han tenido a la vista los lineamientos otorgados por organismos multinacionales, tales como la Unión Europea, la organización Consumers Internacional, así como el Código Modelo para Latinoamérica.

Hemos efectuado este trabajo distinguiendo una serie de instituciones que consideramos valiosas para una adecuada defensa de los derechos colectivos de los consumidores. A fin de que la descripción permita una idea ordenada de la situación general en los países elegidos, así como una referencia de cada una de las instituciones elegidas en ellos, hemos decidido ordenar el presente trabajo separando cada una de las naciones, analizando en secciones separadas la situación para cada institución, haciendo una breve relación de su estado y poniendo énfasis en aquellos aspectos que nos parecen destacables. Las instituciones elegidas son las siguientes:

a. La consagración constitucional de los derechos colectivos de los consumidores y acciones respectivas: el primer aspecto a considerar en este ejercicio comparativo corresponde a la constitucionalización de los derechos de los consumidores, en particular el reconocimiento de su aspecto colectivo en la carta fundamental de los países analizados. Se observará que su incorporación en el texto constitucional no es indispensable para una protección adecuada, aunque parece conveniente que exista en los países menos desarrollados, ya que a veces es el punto de partida para desarrollar la institucionalidad en la materia, tanto mediante su sistematización sustantiva como adjetiva.

b. La existencia de una acción de clase general o una específica para el derecho del consumidor: la existencia de acciones de clase es un fenómeno relativamente reciente en los diversos ordenamientos jurídicos, ante la constatación de que ciertos hechos jurídicos puntuales repercuten en bienes de carácter universal y que por ello merecen una tutela más allá del mero aspecto individual, o bien aquellos que, sin ser de tipo universal, repercuten sobre

derechos de una cantidad numerosa de personas, lo cual justifica la tutela supraindividual.

En este contexto, los diversos ordenamientos jurídicos tienen dos alternativas: la primera, optar por una regla abstracta que permita interponer una acción clase en todos aquellos casos en que exista afectación de un interés difuso o colectivo, mediante una fórmula genérica aplicable a cualquier evento en que se cumplan los requisitos que señala, sin restringirla a materias determinadas. La segunda es consagrar la acción acotándola a determinadas materias, de manera que la herramienta procesal para la tutela de intereses colectivos o difusos existe únicamente en esas áreas.

El presente apartado señalará que opción han seguido los países estudiados.

c. La tramitación de la acción según el procedimiento de aplicación general o uno especial: unos países se remiten al procedimiento de aplicación general al tratar el procedimiento conforme con el cual se tramitan las acciones colectivas, otros nada dicen, caso en el cual debe entenderse aplicable la norma general que tiene aplicación subsidiaria, y, finalmente, algunos crean expresamente un procedimiento especial para la tramitación en general de las acciones colectivas, o bien acotadas al área de derecho del consumidor, como ocurre en Chile. Distinguiremos para cada país la opción elegida.

d. El alcance del ámbito colectivo: al referirse al tema de las acciones de clase, es normal asumir para ello el punto de vista de los demandantes, entendiendo que el ámbito individual es superado solo en este lado de la relación procesal, en nuestro caso un conjunto de consumidores afectados en sus derechos. Sin embargo, algunas legislaciones conciben la acción de clase también para el caso en que la colectividad esté situada en el lado de los demandados. Esta institución se refiere a la posibilidad que existe en cada legislación de las estudiadas para que la clase esté constituida tanto por un grupo de demandantes como por uno de

demandados, o bien si se permite solo para la representación del primero de los conjuntos señalados.

e. La legitimación activa: este es uno de los temas cruciales en lo que se refiere a las acciones colectivas, tomando dentro de ella un matiz especial en lo referido a derechos de los consumidores. El problema de quien está legitimado para la representación en juicio del grupo de afectados es inherente a la creación de acciones que excedan ámbito individual, especialmente porque lo usual es que los representados estén ausentes del juicio mismo. Por ello ha de velarse por una adecuada representación de los intereses del grupo, considerado como un todo e incluso desde el punto de vista de cada uno de los miembros del mismo. Las posibilidades son variadas, optándose en cada país por una o varias de ellas alternativamente. Así, normalmente podrán ser legitimados activos de una acción en defensa de los intereses colectivos un órgano de la administración pública, una organización de consumidores y/o un grupo de consumidores reunidos ocasionalmente.

f. La existencia de una etapa de certificación o admisibilidad: esta institución está referida a la existencia de una etapa previa a la tramitación misma de la acción, tanto en sus aspectos de forma como de fondo, cuya finalidad es verificar si aquella cumple con los elementos y requisitos de una acción para la defensa de intereses colectivos. Algunas legislaciones optan por establecer de manera anterior a la revisión de la demanda, una fase que permita verificar que la acción puede tramitarse según las reglas de las acciones colectivas y si tiene las características que permiten interponer esta particular forma de acción, dejando para un momento posterior la contestación de la demanda u oposición de excepciones, sean éstas de forma o fondo. Otras no señalan nada al respecto, de manera tal que no existe esta etapa previa al juicio, siendo entonces la oportunidad para discutir acerca del cumplimiento de sus requisitos simultánea a la contestación o parte de ella y, en consecuencia, un asunto que deberá resolverse en la sentencia definitiva.

g. El mecanismo de incorporación o exclusión de los usuarios respecto de los efectos del fallo: este es otro de los aspectos centrales en torno a las acciones de clase, lo cual se debe a su particularidad de estar una de las partes conformada por un grupo numeroso de personas, que a su vez puede ser determinado, indeterminado, o bien por su número u otra circunstancia, de determinación compleja. *Y además, por ser uno de los objetivos de las acciones resolver el problema económico que implica para los consumidores hacerse parte en un juicio en que las cantidades consideradas individualmente son bajas, es necesario dar solución a la pregunta sobre cuál será el alcance de la sentencia dictada en este tipo de procedimientos.* La respuesta depende del mecanismo que haya sido elegido por el legislador en cada país, existiendo dos alternativas. La primera es el mecanismo denominado de **opt-in**, conforme con el cual se requiere manifestación expresa de voluntad de cada uno de los miembros del grupo para ser considerado como parte del mismo en juicio, y en consecuencia ser afectado por la sentencia que se dicte en el procedimiento. La segunda es el mecanismo de **opt-out**, según el cual la manifestación expresa es exigida por el consumidor para excluirse de los efectos del fallo. Si bien este último es la institución de más frecuente aplicación, según revisaremos en lo sucesivo, el primero, a pesar del evidente problema que presenta para dar una solución eficaz y económica ante numerosos problemas iguales o semejantes, no está absolutamente excluido en las legislaciones estudiadas.

h. El rol del juez durante el proceso: esta institución se refiere a si el juez asume un rol activo o pasivo durante la tramitación del procedimiento. Ello puede variar según la etapa del juicio en que nos encontremos, o desplegarse con mayor intensidad respecto de algunos aspectos específicos, como ocurre en el caso chileno. También merece análisis ya que la mayoría de los procedimientos estudiados se identifica con la tradición vinculada al derecho continental y frecuente la aplicación del principio dispositivo. Conforme con éste el impulso procesal radica en las partes, teniendo el juez injerencia reducida en lo que

excede el ámbito de pronunciarse respecto las peticiones de éstas. Así, en este tipo de acciones se haría excepción a este principio, otorgándose mayores facultades al tribunal para actuar de oficio.

i. La indemnización del daño moral: algunas legislaciones no señalan nada al respecto, de manera tal que deberán seguirse las reglas generales de cada ordenamiento, según las cuales todo daño resultaría indemnizable, para su reparación. Otras en cambio, contienen reglas expresas para excluir su indemnización como consecuencia de infracciones en el ámbito de los derechos del consumidor y en particular de las acciones colectivas.

j. La existencia de juicios colectivos en los países elegidos: finalmente haremos una referencia a la existencia de casos concretos de presentación de acciones en defensa de intereses colectivos o difusos en cada uno de los ordenamientos seleccionados. Esto se debe a que en varios casos ocurre que, a pesar de existir un pronunciamiento en la legislación, el uso de estas herramientas es nulo o escaso, convirtiéndose las leyes en letra muerta⁶.

⁶ La información para este apartado fue conseguida mediante comunicaciones con asociaciones de consumidores en los países revisados, así como publicaciones efectuadas en la materia, disponibles principalmente en Internet, las cuales serán debidamente citadas al tratar cada uno de los países.

II. Análisis comparado.

i. Estados Unidos

a) Consagración constitucional.

La legislación norteamericana no otorga, ni en la carta fundamental original, ni en enmiendas posteriores, protección en este nivel, ni efectúa algún tipo de consagración de estos derechos.

Resulta a lo menos curioso que uno de los países con un mayor desarrollo en la materia, acumulando casi un siglo de experiencia (cuya historia no es pertinente recapitular en este trabajo), no reconozca estos derechos. Tal vez ello se debe a la preeminencia de otros derechos fundamentales cuya garantía ha merecido históricamente una protección o consagración más intensa. Vale mencionar sobre este punto que los derechos de los consumidores han sido tratados tradicionalmente como derechos de tercera generación, requiriendo que la sociedad en que se encuentren alcance ciertos niveles de desarrollo, sea económico o político, de manera tal que previamente se encuentren garantidos otros derechos fundamentales, cuya solución requiere una urgencia mayor. A

pesar de ser Estados Unidos una nación desarrollada, no ha requerido la protección de estos derechos de manera constitucional, utilizándose únicamente la vía procedimental ordinaria.

b) Tipo de acción de clase.

En el sistema norteamericano la opción elegida es la de una fórmula general, aplicable a situaciones que coincidan con la hipótesis descrita en la norma, con independencia de la materia de que se trate.

Esta norma está contenida en la *Regla 23 de la Ley Federal de Procedimientos Civiles*, sobre Acciones de Clase. Ella establece una serie de prerequisites, requisitos y otros elementos sobre la tramitación de una acción de este tipo, desde las distintas hipótesis de acción de clase, pasando por aspectos como los abogados de la clase, los acuerdos entre las partes y la posibilidad de apelar, entre otros. Nos parece especialmente importante el análisis de esta norma pues, debido a la forma en que se construyen las reglas de derecho obligatorias en este país, cuya base es el sistema de precedentes, conforme al cual estas normas son el resultado de la experiencia acumulada y no sólo construcciones teóricas que parten desde la constatación de un problema al cual se le intenta dar inmediata solución, sino que su solución se determina, más que estudiada la situación o problema enfrentado, una vez “vivida” o experimentada dicha situación, produciéndose la discriminación entre aspectos secundarios (los llamados *stare decisis*) y los aspectos de mayor importancia e “inmutables” (*ratio decidendi*). Esta diferencia es manifiesta en la primera regla de las Reglas Federales de Procedimiento Civil (en adelante RFPC). Nos parece relevante insistir en el hecho de ser la primera regla pues, tanto por su ubicación como por su redacción, aparece como un principio que debe inspirar todas las demás. Se titula *Scope and Purpose of the Rules*, y que señala a propósito de las reglas que rigen el procedimientos en las cortes de distritos de las estados, que ellas “deben ser construidas y administradas asegurando una justa, rápida y eficiente

determinación de cada acción”⁷. Este punto cobra especial relevancia en algunas áreas que tienen un impacto enorme en la vida cotidiana de cientos de personas, en las cuales el derecho está cerca de situaciones sumamente concretas más que en complejas construcciones jurídicas. Entre esas áreas se encuentra el derecho del consumidor. Tal construcción, aquella basada en la experiencia, es diametralmente opuesta a la que encontramos en nuestro país y la mayoría de las demás legislaciones estudiadas, por lo tanto la solución planteada al tema de la admisibilidad y otros aspectos procesales de la acción colectiva será especialmente novedosa en el marco de este estudio. Nos detendremos en algunos de ellos en las diversas instituciones tratadas, entregando una traducción si fuere necesario.

c) Tipo de procedimiento.

Como se señaló en el apartado previo, la Regla 23 es parte de las Reglas Federales de Procedimiento Civil, la cual regula todos los aspectos en la tramitación de una acción presentada ante las cortes federales norteamericanas. Si bien al ser un sistema federal cada estado tiene cuerpos legales propios en la materia, esta última norma es la que ha servido como modelo para la creación de las reglas procesales en la gran mayoría de los estados⁸. Las Reglas Federales de Procedimiento Civil son las que tratan, en general, aspectos propios de lo que nosotros conocemos como período de discusión, llamado *Pleading*, tales como requisitos de la demanda y contestación (Regla 8, *General Rules of Pleading*), representación (Regla 11), los referidos al período probatorio denominado *Discovery*, y a la etapa de fallo o *Judgment*, abarcando aquellos que son comunes a la mayoría de las acciones.

⁷ Rule 1. Scope and Purpose of Rules.

These rules govern the procedure in the United States district courts in all suits of a civil nature whether cognizable cases at law or in equity or in admiralty, with [some exceptions]. They shall be construed and administered to secure the just, speedy, and inexpensive determination of every action.

⁸ Abernathy, *The Law in the United States*. Thomson West, 2006, p. 585.

Dentro de las Reglas Federales de Procedimiento Civil encontramos la Regla 23, dedicada a las Acciones de Clase (será analizada con mayor profundidad en la letra f) de esta subsección). Si bien esta norma realiza distinciones en ciertos elementos, como las condiciones para que pueda presentarse esa acción, en estricto rigor no constituye una acción que deba tramitarse según un procedimiento diverso de aquel señalado en general en las Reglas Federales de Procedimiento Civil. Por el contrario, ésta presenta las particularidades y precauciones propias de una acción en que una de las partes es un grupo numeroso, sin que por ellos se altere sustancialmente el procedimiento. Así, la acción se tramitará según las normas de procedimiento de las Reglas Federales de Procedimiento Civil, sin embargo el juez cumple un rol especial en este aspecto, teniendo facultades amplias para dirigir la acción⁹, según fluye de la sección (d) de la Regla 23.

d) Alcance del ámbito colectivo.

En este aspecto la legislación norteamericana es única. Ello se debe a que entre las estudiadas, es la única en que el grupo puede encontrarse tanto en el lado de los demandantes como en el de los demandados. Así fluye de la Regla 23, cuando señala que “uno o más miembros de un grupo pueden demandar o ser demandados como representantes de todos si...”¹⁰.

Este tratamiento, más amplio de lo observado en cualquier otra legislación, parece ser consecuencia directa de la perspectiva con énfasis en la eficiencia la respuesta a ciertas necesidades procesales, manifestada en la regla primera de las Reglas Federales de Procedimiento Civil antes enunciada. De hecho, si de acuerdo a las características del caso concreto se cumplen los requisitos que hacen útil la aplicación de una acción de clase, fomentando una sentencia más

⁹ Supra, letra h).

¹⁰ **(a) PREREQUISITES.**

One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if...

“justa, rápida y eficiente”, parece no existir razón alguna para impedir su aplicación.

e) Legitimación activa.

No existe en el derecho norteamericano ningún tipo de declaración legal a fin de conceder la exclusividad de la representación a uno u otro organismo o entidad, sea pública o privada. El énfasis está puesto, ante todo, en el hecho de que la representación sea adecuada para la defensa de los intereses del grupo. Señala uno de los prerequisites contenidos en la Regla 23, a., 4. que “uno o más miembros de un grupo pueden demandar o ser demandados como representantes de todos si:... 4. Los representantes protegerán equitativa y adecuadamente los intereses del grupo.” El cumplimiento de esta representación “equitativa y adecuada” deberá ser verificado por el juez al certificar la acción y controlado durante la prosecución de la misma.

f) Etapa de certificación o admisibilidad.

Como ya se indicó, la Regla 23 sobre acciones colectivas está situada en el contexto de las Reglas Federales de Procedimiento Civil, y señala una serie de requisitos para que sea admisible ante un tribunal una acción en representación de un grupo, sea como demandante o como demandado. El cumplimiento de éstos es necesario para que la acción pueda “**certificarse**” como una acción de clase. Primero enunciaremos dichos requisitos y luego se analizará la certificación, institución única en los distintos sistemas jurídicos estudiados y que podemos considerar semejante a una etapa de admisibilidad.

La regla 23 señala en su sección (a) como **prerrequisitos** de una acción colectiva que **uno o más miembros de una clase pueden demandar o ser demandados como representantes de todos sólo si**¹¹:

1.- El grupo es tan numeroso que reunir a todos los miembros es impracticable. Aquí impracticable no ha de entenderse como imposible (no está de más recordar la máxima conforme con el cual *a lo imposible nadie está obligado*), sino tan solo como de muy difícil realización, o bien sumamente costoso, de manera que en la práctica no resulta conveniente exigir que todos se hagan parte en la acción¹².

2.- Existen asuntos de hecho o de derecho comunes al grupo. Este es el elemento fundamental y característico de toda acción de clase, toda vez que constituye el vínculo entre los miembros del grupo. Es una razón, principalmente jurídica, que justifica la existencia de esta herramienta procesal. Esta cuestión de hecho o de derecho común tiene además su germen en una actividad desplegada por el demandado, constitutiva de una infracción a los derechos de los miembros. En ese aspecto, en la infracción misma, los afectados no pueden ser distinguidos entre sí¹³ (por ejemplo, ante la existencia de una cláusula abusiva en un contrato de adhesión, todas las personas que han suscrito dicho instrumento, son víctimas, exactamente de la misma manera, de la conducta infraccional), cuestión que exige un tratamiento unitario, tanto desde el punto de vista procesal como sustantivo.

3.- Las demandas o defensas de los representantes son típicas de las demandas o defensas del grupo. Las acciones o excepciones deben ser iguales. Ello abarca dos aspectos, primero las acciones o defensas que esgrimiría el representante actuando en su propio interés, y luego, esas mismas alegaciones o defensas son las que utiliza o se invocan en nombre del grupo. Ha de entenderse entonces que, en el caso de que otros miembros del grupo fueran quienes

¹¹ Han de hacerse dos observaciones. En primer lugar que los requisitos son copulativos. En segundo lugar, y esto es otro de los elementos que se observan en escasos ordenamientos, la acción colectiva aplica tanto en el caso de los demandantes como de los demandados.

¹² Gidi, Antonio. *Las Acciones Colectivas en Estados Unidos*. Publicado en *Estudios iberoamericanos de derecho procesal: libro homenaje al Dr. José Gabriel Sarmiento Núñez*. Bogotá, Colombia. Ed. Legis, 2005. p. 241.

¹³ Gidi, ob. cit, citando a Geoffrey C. Hazard Jr., p. 242.

presentan la demanda a su propio nombre, utilizarían los mismos argumentos que utiliza el representante efectivo para sustentar su acción.

4.- Los representantes defenderán equitativa y adecuadamente los intereses del grupo. Este requisito tiene gran importancia toda vez que los efectos de un fallo producido por la interposición de una acción de grupo se extienden haciendo excepción a la regla del efecto relativo de las sentencias, ya que la cosa juzgada en estos caso tiene efectos, por regla general, erga omnes, es decir más allá de los miembros que explícitamente se incorporaron al grupo en el juicio. Este instrumento tiene en consideración la protección de los miembros ausentes del grupo, conjunto de personas que existirá casi de manera inequívoca al intentarse una de estas acciones, principalmente por la imposibilidad real de que todos los miembros del grupo acudan a tribunales, sea por desconocimiento o cualquier otro motivo. Basta recordar el primer requisito y su explicación para darse cuenta que fácilmente ciertas personas afectadas por un hecho determinado (la misma cláusula abusiva en un contrato de adhesión puesta como ejemplo más arriba), no tendrán noticia de la existencia de un juicio, o incluso de la vulneración de uno de sus derechos¹⁴.

Los cuatro numerales señalados precedentemente constituyen requisitos de constatación previos para la proposición de una acción colectiva¹⁵, todos los cuales deberá certificar el juez a fin de admitirla en esa calidad; en caso contrario será denegada¹⁶. Sin embargo, no son los únicos elementos que deben existir para que una acción colectiva sea fructífera al presentarse en tribunales. Además de los cuatro reseñados, que constituyen elementos que “buscan proporcionar un proceso justo para que los riesgos de injusticia a los miembros ausentes del grupo no se sobrepongan a las ventajas del juzgamiento uniforme de la controversia

¹⁴ Lamentablemente en Chile el enfoque para determinar los requisitos que se exigen a una acción colectiva ha tenido un punto de vista, o explicación, muy diversa, fundamentalmente el temor a la generación de una industria de litigios colectivos.

¹⁵ Los podemos denominar requisitos de número, vínculo común, tipicidad y calidad de la representación.

¹⁶ Gidi, ob. Cit, pág. 241.

colectiva”¹⁷, encontramos una serie de hipótesis, denominadas en la *Rule 23 Types of Class Actions* (Gidi las denomina “hipótesis de cabimiento”¹⁸), constitutivas de casos concretos que manifiestan la conveniencia de tramitar una acción como colectiva. Son hipótesis en las cuales puede subsumirse el caso concreto que es llevado ante los tribunales. Usando la terminología empleada por la Regla 23, una acción colectiva puede sostenerse si se satisfacen los requisitos de dicha regla en su sección (a) y si además se cumple alguna de las siguientes hipótesis¹⁹:

1.- Existe riesgo de conflicto de decisiones, sea porque sentencias diversas deriven en conductas incompatibles para el demandado o porque podrían beneficiar a algunos miembros del grupo en desmedro de otros (por ejemplo si el demandado no tiene dinero suficiente para pagar los daños producidos a todos)

2.- El demandado (o contraparte al grupo) ha actuado de manera uniforme respecto de los demandantes, sea porque se negó a actuar o dejó de ejercer un deber legal (actuando de manera ilícita) de manera uniforme frente al grupo, por lo cual resulta conveniente una sentencia igualmente uniforme, que vaya a tener efectos sobre el grupo completo.

3.- Predominan las cuestiones comunes entre los miembros del grupo por sobre cualquier asunto que afecte exclusivamente a los miembros individualmente considerados, siendo la mejor herramienta para solucionar el problema una decisión colectiva. Para arribar a esta conclusión deben realizarse un “test de predominancia”, a fin de distinguir que efectivamente es superior al

¹⁷ Gidi, ob. Cit, pág. 240.

¹⁸ El texto original de la regla 23 (b) señala:

Types of Class Actions. A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if...

La traducción propuesta por Gidi señala:

b) Hipótesis en las cuales acciones colectivas pueden ejercitarse. Una acción puede ejercitarse como acción colectiva si se satisfacen los requisitos de la subdivisión a) y si además...

Parece preferible utilizar una traducción más literal, toda vez que la “hipótesis de cabimiento” es un elemento cuyo cumplimiento (o incumplimiento) podrá verificarse durante la prosecución del juicio. Así, preferimos señalar al traducir esta sección que la acción puede “sostenerse”, en el sentido de tener fundamento o asidero, por mínimo que este sea, antes que “ejercitarse”, ya que de faltar este requisito no será un obstáculo para el ejercicio de la acción, sino más bien para su efectividad o pervivencia durante el proceso.

¹⁹ Los números 1.-, 2.- y 3.- se corresponden con las hipótesis descritas en la Regla 23 (b)(1), (b)(2) y (b)(3), respectivamente. El texto que ofrecemos acá es una versión simplificada del original, ya que (b)(1) y (b)(3) presentan subhipótesis o criterios más específicos que debe considerar el juez para certificar la acción.

interés individual el interés común (recordemos que uno de los prerrequisitos es la existencia de asuntos de hecho o derecho comunes, así, no basta solo que exista esta situación, sino que además debe ser dominante), y un “test de superioridad”, en atención a la eficacia del procedimiento como el mejor instrumento disponible para solucionar el problema. Tal como nos indica Gidi, este criterio en particular demuestra en su máxima expresión “el carácter eminentemente pragmático del derecho procesal civil norteamericano”²⁰. Nos recuerda además el carácter instrumental del derecho procesal.

Los tres casos señalados por el legislador norteamericano constituyen situaciones en que desde un punto de vista práctico resulta recomendable o apropiado resolver la controversia por la vía de una acción con efectos sobre todo el grupo, de acuerdo con principios de seguridad jurídica, economía procesal, asegurar el acceso a la justicia y efectividad del derecho material, los cuales aparecen en cada caso en forma más o menos intensa. En todos ellos La acción colectiva es la mejor herramienta procesal disponible para resolver el conflicto.

La certificación.

Indica la Regla 23(c)(1)(A) que **tan pronto como sea posible después de que una persona demanda o es demandada como representante de una clase, el tribunal debe certificar la acción como una acción colectiva.** En consecuencia, el tribunal, antes que cualquier otra gestión en el juicio debe determinar si la acción cumple los requisitos indicados en las letras (a) y (b) de la Regla 23, es decir los 4 prerrequisitos copulativamente y además si el caso se encuadra en alguna de las hipótesis de acciones de clase. Esta es la primera decisión que debe tomar el juez en el proceso, y de ella depende la posibilidad de que se pueda seguir tramitando la acción como una de naturaleza colectiva. Como señala Gidi, “es una decisión de naturaleza eminentemente procesal que se refiere exclusivamente al cabimiento de la acción en forma colectiva”²¹. En caso de que la

²⁰ Gidi, op. cit., p.253.

²¹ Gidi, op. cit., p.255.

acción no sea certificada, esta solo podrá seguir tramitándose de manera individual, de manera que podría decirse que al momento de su presentación coexisten dos acciones, de las cuales quedará, tras la certificación o la negativa del juez a concederla, sólo una en el proceso.

El hecho de que la acción sea certificada presenta, además de la dimensión estrictamente procesal en que una acción adquiere el rango de acción colectiva, una más amplia y que se refiere a la existencia del grupo. Este existe, ante el derecho, únicamente una vez que se certifica la acción colectiva. Es desde ese momento en que “el grupo tiene sus contornos definidos y obtiene reconocimiento jurídico como una entidad. Con esta decisión, la pretensión colectiva del grupo pasa a ser independiente de la pretensión individual del representante”²². Desde este momento se corrige la posición del grupo ante el infractor, alterándose el desequilibrio inicial en que se encontraban las partes. Con ello aumenta considerablemente su poder de negociación ya que el alcance de la acción crece exponencialmente, pasando de referirse al representante individualmente considerado a afectar a la totalidad del grupo. Asimismo, el riesgo para el demandado aumenta proporcionalmente, toda vez que los efectos de una sentencia condenatoria serán más elevados.

Si bien hasta aquí pareciera que la certificación se da en una etapa anterior a aquella en se discutirá el fondo, la certificación en realidad no es definitiva, lo cual hace que sea imposible homologarla a una etapa de admisibilidad. La Regla 23(c)(1)(B) indica que **la orden de acoger o denegar la certificación de la acción de clase puede ser alterada o enmendada antes de la sentencia definitiva**, lo cual podemos catalogar como un caso en que la cosa juzgada se produce sólo formalmente. En consecuencia, la certificación es mucho más que una declaración de admisibilidad de la acción o una etapa dentro del procedimiento (como la admisibilidad que conocemos o conocíamos en Chile), ya que no tiene que ver con elementos meramente formales (para cuya constatación sería suficiente una mera revisión de la demanda), sino que está vinculada a los fundamentos mismos de la acción, tanto desde el punto de vista jurídico (los

²² Gidi, op. cit., p.254.

prerrequisitos de la regla 23(a)(2) y (3)) como práctico (algunas de las tres hipótesis de cabimiento de la regla 23(b)). Si durante el proceso se comprueba que alguno de estos aspectos se altera, y, en consecuencia, intentar proteger los diversos derechos de los miembros del grupo mediante una acción colectiva ya no es la mejor solución para el caso, deberá abandonarse el mecanismo. Por el contrario, la decisión que rechace la certificación también podrá ser revertida si alguno de los aspectos se altera a lo largo del proceso individual. Entonces, además corresponder a una etapa concreta, la certificación exige un estado de “alerta” permanente por parte del juez y las partes, ya que sus elementos deben mantenerse hasta la dictación de la sentencia definitiva; pero la certificación no deja de ser un elemento necesario para entrar a discutir los aspectos de hecho, derecho, forma y fondo de la acción, y que, como fluye de la Regla 23(c)(1)(A), del propio título de la Regla 23 (a) y de su contexto como parte de la Ley Federal de Procedimientos Civiles, constituye una etapa anterior a la tramitación de la misma.

g) Incorporación o exclusión de los miembros del grupo.

La acción colectiva norteamericana consagra el mecanismo de opt-out. Esto fluye del artículo (c) (2) de la Regla 23, según el cual una vez certificada la acción colectiva, el juez debe realizar la mejor notificación posible, incluyendo la individual a todos los miembros del grupo, mediante un esfuerzo razonable, comunicándoles, entre otras circunstancias, que se excluirá de la clase a los miembros que lo soliciten en la forma y dentro del plazo señalado por el juez. Sin embargo, en Estados Unidos la solución no es unívoca. En algunas de las hipótesis de acciones colectivas el opt out no es una herramienta practicable, ya que no es posible solicitar la exclusión del grupo. . En éstas se aplica la técnica denominada de la presencia obligatoria (*mandatory class action* o *not opt out class action*), según la cual todos los miembros de la clase se consideran presentes en el juicio y no pueden apartarse de los efectos de la sentencia²³. Esto ocurre cuando la sentencia dictada a partir de una acción individual genera riesgos de

²³ Gidi, op. cit., p. 259.

fallos contradictorios o que se perjudique a algunos miembros del grupo, y cuando es apropiado que la sentencia imponga al demandado una conducta que busque proteger al grupo entendido como un todo (los casos de la Regla 23 (b) (1) y (2))²⁴. Sin embargo la protección a los miembros del mismo, a fin de no perjudicarlos, se modera por dos vías. La primera es la exigencia de una notificación más precisa que en los casos en que el opt-out se permite; la segunda son las facultades que tiene el juez de conformidad con la sección (d) de la Regla 23, sobre dirección del procedimiento²⁵, en virtud de las cuales puede introducir modificaciones al procedimiento, en general tendientes a su mejor funcionamiento, asegurar un adecuado conocimiento de la acción por los miembros del grupo, entre otros.

h) Rol del juez.

Señala el profesor Gidi, de manera general respecto del proceso estadounidense, que “debido a que las reglas procesales están escritas a menudo en un lenguaje amplio y estableciendo límites moderados a las facultades del tribunal o a su creatividad, el juez norteamericano tiene una discreción considerable en sus decisiones. Además de que dicho juez también tiene un gran control sobre el procedimiento, las partes, los abogados y los terceros”²⁶.

A propósito de las acciones de clase, el juez en el procedimiento norteamericano tiene un rol que parece todavía más intenso, recayendo en él la certificación de la acción y velar por la representación adecuada del grupo. Asimismo, de él depende la notificación de los miembros del grupo y variados aspectos durante la tramitación misma de la acción, tales como tomar medidas para evitar la repetición de diligencias y complicaciones en la presentación de pruebas, determinar mecanismos y practicar notificaciones en etapas posteriores a la certificación que permitan a los miembros participar del juicio e incluso ordenar la modificación de la demanda. Si bien estas facultades pueden encontrarse en

²⁴ *Ibíd.*, 259.

²⁵ *Supra*, h).

²⁶ Gidi, Antonio. *Las Acciones Colectivas y la tutela de los Derechos Difusos, Colectivos e Individuales en Brasil. Un modelo para países de derecho civil.* UNAM, 2004, p. 7.

diversos apartados de la Regla 23, las encontramos concentradas en su letra (d), titulado “*Conducting the action*” o “Dirección del Procedimiento”²⁷, lo cual demuestra de qué manera el juez dirige o guía el devenir de la acción.

i) Indemnización del daño moral.

No se observa ninguna regla que excluya el daño moral en las acciones que promueven la defensa de intereses colectivos en derecho del consumidor.

j) Judicialización de los derechos.

La judicialización de los conflictos sobre derechos colectivos de los consumidores está difundida en el derecho de este país. Incluso llegando a producirse problemas, toda vez que por las altas sumas de dinero que se encuentran envueltas en estas acciones, resultan un nicho atractivo para los abogados. Ello sin embargo no está necesariamente vinculado al derecho del consumidor o a las acciones de clase, sino que tiene que ver con la formación del proceso norteamericano, sus características y las de la propia sociedad estadounidense.²⁸

ii. Brasil

a) Consagración constitucional.

El estudio de las normas brasileras reviste una importancia fundamental en lo referido al derecho del consumidor, especialmente en lo relacionado con las acciones colectivas. Ello se debe a que, dentro de Latinoamérica, Brasil es el primer país en incorporar legislación especial en materia de acciones colectivas,

²⁷ Preferimos esta traducción a una más literal como “Conduciendo la Acción”

²⁸ Véase al efecto la breve reseña de Gidi, op. cit., p. 7-8.

inspirado por las reglas existentes en Estados Unidos. En la década de los setenta, influenciados por trabajos de profesores italianos sobre las acciones colectivas en los Estados Unidos, comienza el estudio de la materia por parte de importantes juristas brasileños, decantando el proceso en la primera ley que trataba los procedimientos de acciones colectivas, promulgada en 1985, para adquirir luego consagración Constitucional en el año 1988²⁹.

Tal como en el caso de Estados Unidos, tampoco se reconocen constitucionalmente los derechos de los consumidores en forma colectiva o bien las acciones colectivas de manera genérica.

En la carta fundamental brasileña se incorpora únicamente, desde 1988, dentro del catálogo de derechos fundamentales la defensa de los derechos de los consumidores, existiendo un mandato legal para la creación de una ley al respecto, el cual se cumple con la promulgación del Código de Defensa del Consumidor:

Art. 5. Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la prioridad, en los siguientes términos:

XXXII. el Estado promoverá, en la forma de la ley, la defensa del consumidor³⁰;

Además de su aparición entre los derechos fundamentales, los derechos de los consumidores se incorporan como uno de los elementos a considerar dentro de la toma de decisiones relativas con la actividad económica del país. Ello por

²⁹ Gidi, op. cit. pp. 17 y ss.

³⁰ Traducción libre. El texto original es el siguiente:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

cuanto es uno de los principios imperantes dentro del orden económico u orden público económico.

Art. 170. El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictados de la Justicia Social, observando los siguientes principios:

V. defensa del consumidor.³¹

Como se señaló en la introducción y al comenzar este capítulo, dentro de las clasificaciones que pueden efectuarse a propósito de la incorporación de los derechos de los consumidores a un ordenamiento jurídico determinado, ello podía ocurrir otorgándoles reconocimiento constitucional o bien por la vía de la legislación ordinaria. En el primero de los casos, según se verá en otras legislaciones, puede por la vía de considerarlo un derecho fundamental o bien analizándolo desde su participación en la economía o el mercado, toda vez que los consumidores son un actor fundamental dentro del mismo. En el caso de Brasil, ambas vertientes aparecen de manera explícita en su Constitución, característica que no encontramos en otros ordenamientos.

Finalmente se observan en la legislación brasileña algunas disposiciones que aluden al carácter nacional que, dentro de un país que ha adoptado el federalismo, ha de tener la normativa sobre los derechos de los consumidores. Ello parece ser un intento, reconociendo su realidad de país en vías de desarrollo y con una gran población, repartida en un gran territorio y muchas veces pobre, de velar por un crecimiento parejo de los diversos estados en algunas materias de especial importancia. Entre ellas se encuentran los derechos de los consumidores y puede citarse a modo de ejemplo el artículo 24 de la Constitución:

³¹ Traducción libre. El texto original es el siguiente:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V - defesa do consumidor;

Art. 24. Compete al a Unión, a los Estados y al Distrito Federal legislar concurrentemente sobre:

8. responsabilidad por daños al medio ambiente, al consumidor, a los bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico;³²

b) Tipo de acción de clase.

En 1990 es promulgado el Código de Defensa del Consumidor, cuerpo legal que cierra el conjunto de acciones colectivas y que, si bien nominalmente parece dedicarse a un área determinada, contiene normas aplicables a todos los casos en que se encuentren involucrados los derechos colectivos. Es precisamente en ese código dónde surge la primera sistematización o clasificación de los derechos colectivos en la materia, divididos en intereses o derechos difusos, intereses o derechos colectivos y derechos o intereses individuales homogéneos.

Del conjunto de normas brasileras, surge que en este sistema no existe una acción colectiva diseñada de manera exclusiva para la protección de los derechos de los consumidores, sino que existe una normativa aplicable a la generalidad de casos en que se vean afectados derechos colectivos. Si bien la ley se llama *Código de Defesa do Consumidor*, sus disposiciones integran un sistema de protección de derechos colectivos al cual concurre la denominada *Lei de Ação Civil Pública*, dictada el año 1985. En conjunto, se protegen tres tipos de derechos colectivos, denominados derechos difusos, derechos colectivos y derechos individuales homogéneos.

En síntesis, en Brasil encontramos una sola acción que sirve como mecanismo de defensa ante la generalidad de casos en que se vean involucrados los derechos e intereses colectivos.

³² Traducción libre. El texto original es el siguiente:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

c) Tipo de procedimiento.

El procedimiento para protección de los derechos difusos y los derechos colectivos se regula en la *Lei de Ação Civil Pública*, y el relativo a los derechos individuales homogéneos en el *Código de Defesa do Consumidor*.

Sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior, conforme con el cual al existir un código dedicado a la materia podría suponerse que se ha consagrado un procedimiento especial, y de que en conjunto, como señala el profesor Gidi “estas son leyes sobre acciones colectivas que se complementan unas a otras, siendo el equivalente a un Código de Procedimientos Colectivos”³³, no se encuentra en ninguna de ellas, ni tampoco en el *Código do Processo Civil*, alguna disposición que señale un procedimiento especial para la tramitación en juicio de estas acciones. Ello implica que la tramitación de estas acciones se rige por las disposiciones del procedimiento ordinario, con las variaciones inevitables según el tipo de interés protegido, lo cual se ve refrendado por el artículo 83 del Código de Defensa del Consumidor, según el cual para la defensa de los derechos que consagra el código, son admisibles todas las acciones capaces de propiciar su adecuada y efectiva tutela, lo cual manifiesta claramente la inexistencia de un procedimiento especial para la tramitación de las acciones colectivas, privilegiando ante todo la efectividad del procedimiento para alcanzar la finalidad tutelar perseguida.

d) Alcance del ámbito colectivo.

En Brasil el grupo tiene legitimación procesal únicamente para actuar como demandante, toda vez que no existe norma, como ocurre en el caso de los Estados Unidos, que nos permita situar a la colectividad en ambos lados de la relación procesal. En efecto, el artículo 81 del Código, dentro del capítulo sobre defensa del consumidor en juicio, utiliza los términos “los consumidores y las víctimas”, para indicar a continuación los casos en que se puede ejercer la defensa colectiva.

³³ Gidi, op. cit., p. 22.

Gidi indica este elemento como una de las deficiencias que presenta la acción colectiva brasileña³⁴. El sistema, como ocurre en los países en vías de desarrollo, entrega herramientas procesales para corregir la situación de desigualdad en que se encuentran los consumidores, a diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, cuando la posibilidad para ello existe (a pesar de lo que pueda ocurrir en la práctica) con prescindencia de consideraciones sobre la situación fáctica, económica o psicológica de una de las partes.

e) Legitimación activa.

En el artículo 82 del Código de Defensa del Consumidor se señala un listado de personas con capacidad para presentar acciones en defensa de los intereses colectivos. Los legitimados son el Ministerio Público, la República Federativa de Brasil, los estados, las municipalidades, el Distrito Federal, los órganos y entidades de la Administración Pública y las asociaciones privadas legalmente constituidas con al menos un año de anticipación³⁵. Las dos últimas deben, además, tener entre sus fines la protección de los derechos de los consumidores.

A diferencia de lo que ocurre en Estados Unidos, es el legislador quien determina de manera previa quien cumplirá con una representación adecuada del grupo, teniendo el juez competencia reducida en este punto. Esta situación es típica de los países de derecho continental y encuentra su origen en diferencias sustanciales, en relación con lo ocurrido en el common law, tanto en la forma de generación del derecho como en distintas concepciones del procedimiento.

f) Etapa de certificación o admisibilidad.

³⁴ *Ibíd*, p. 41.

³⁵ Este requisito de preconstitución se relativiza según los artículos 82 del Código de Defensa del Consumidor y 5º de la Ley de Acción Civil Pública, según los cuales el juez está facultado para dispensarlo, conforme con su apreciación de las características de la acción.

Como señalamos previamente, en Brasil el procedimiento aplicable es el ordinario. Este no contiene ninguna etapa de admisibilidad. Lo único que se equipara a ésta es el control que debe hacer el juez de la acción presentada, según el cual puede ordenar al demandante corregir su libelo por faltarle alguno de los requisitos fundamentales de la demanda, indicados en el artículo 284 del *Código do Processo Civil*, cuyo texto es el siguiente:

Art. 284. Verificando el juez que la petición inicial no satisface los requisitos exigidos por los arts. 282 y 283, o que presenta defectos e irregularidades capaces de dificultar el juzgamiento de mérito, ordenará que el autor la enmiende, o complete, en el plazo de 10 (diez) días³⁶.

Este control que efectúa el juez es aplicable a todo tipo de acción, y en el caso de las colectivas se altera únicamente en la medida en que presentan aspectos únicos, especialmente en lo que dice relación con la legitimación activa, ya que en este aspecto las normas del ramo presentan las particularidades revisadas³⁷. Este deber de control que tiene el juez respecto de la aptitud de la

³⁶ Traducción libre. El texto original es el siguiente:

Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de 10 (dez) dias

Los requisitos de los artículos 281 y 282 son los siguientes:

Art. 282. A petição inicial indicará:

I - o juiz ou tribunal, a que é dirigida;

II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu;

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV - o pedido, com as suas especificações;

V - o valor da causa;

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados;

VII - o requerimento para a citação do réu.

Art. 283. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.

³⁷ La única particularidad que aparece en relación con la defensa colectiva de los consumidores se refiere a la ampliación de la legitimada activa a "asociaciones legalmente constituidas con al menos un año de antelación y que incluyan entre sus fines institucionales la protección de los intereses y derechos protegidos por este Código –el de defensa del Consumidor-, previa autorización de la asamblea", norma contenida en el artículo 82 del Código y reiterada en el artículo 5° de la Lei de Acción Civil Pública. Sin embargo incluso esta particularidad es relativa, pues el juez tiene facultades para omitir el requisito de preconstitución que exige la norma, según las particularidades del caso, conforme con el número 4 de la Lei de Acción Civil.

demanda³⁸, otorgando eventualmente un plazo para su corrección, no es propiamente una etapa especial de admisibilidad, ya que consiste en un control general que debe efectuar el tribunal respecto de cualquier acción. Recibe aplicación en los procedimientos de acciones colectivas en virtud de los artículos 271 y 272 del Código de Proceso Civil, el primero de los cuales indica que se aplica a todas las causas, el procedimiento común, salvo disposición en contrario o lo dispuesto en leyes especiales.

g) Incorporación o exclusión de los miembros del grupo.

El sistema brasileiro adopta una fórmula especial en este punto. La opción elegida no se encuentra de manera explícita en alguna de las normas del Código de Defesa do Consumidor, como ocurre en Chile mediante el artículo 53 letras f) y g) de la Ley de Protección al Consumidor. Como señala Gidi, “la solución brasileña establece un enfoque complejo”³⁹. Esta solución se encuentra al tratar el efecto de cosa juzgada en la sentencia colectiva. Resulta útil señalar, de manera previa, la íntima relación que existe entre esta institución y las fórmulas de inclusión o exclusión al grupo. Ello ocurre toda vez que en la mayoría de las legislaciones (la chilena entre ellas), el efecto de la sentencia se encuentra limitado a los miembros del grupo, el cual se compone, generalmente, de todos sus miembros menos aquellos que han ejercido su derecho a salirse de éste (opt-out; previamente indicamos que el opt-in recibe muy poca aplicación).

En Brasil no está consagrada de manera explícita la fórmula de opt-out. La solución elegida aparece al tratarse el efecto de cosa juzgada de la sentencia, y depende del contenido de la misma. Si es favorable al grupo, será obligatoria para todos sus miembros y, si es desfavorable, se mantendrán a salvo las acciones individuales para perseguir la responsabilidad del proveedor o infractor, independientemente de que no haya mediado algún tipo de reserva de derechos

³⁸ *Grosso modo*, es semejante al rechazo de oficio del juez por faltar a los requisitos del 254 N° 1, 2 o 3 del CPC, aunque esa facultad es más amplia en Brasil ya que excede los aspectos meramente formales.

³⁹ Gidi, op. cit. p. 99.

ante la acción colectiva. El artículo 103 del Código indica que la sentencia tendrá efecto *erga omnes* o *ultra partes*, para casos en que estén involucrados derechos difusos, colectivos o individuales homogéneos, siempre que no perjudique los derechos individuales de los miembros de la colectividad para los dos primeros y, sobre los últimos, haciendo excepción respecto de los miembros ausentes que no hayan intervenido. En todos esos casos, con una sentencia desfavorable lo que se extingue es la pretensión concebida grupalmente, pero subsiste la acción individual de cada uno de los miembros.

h) Rol del juez.

El tribunal no juega un papel especial durante la tramitación de las acciones interpuestas en defensa de los intereses colectivos, salvo en algunos puntos específicos. Entre ellos, vale destacar la posibilidad de evaluar el “manifiesto interés social” de la acción para eximir del requisito de preconstitución impuesto a las asociaciones que interpongan acciones colectivas (art. 82 parágrafo 1 del Código) y la facultad para imponer conductas específicas ante acciones que demanden obligaciones de hacer y no hacer a fin de asegurar un resultado práctico equivalente a su cumplimiento (art. 84 del Código).

i) Indemnización del daño moral.

Entre las normas revisadas, ninguna de las que aluden a la reparación de daños y perjuicios excluye al daño moral. En virtud de ello cabe concluir que éste es posible para casos de afecciones a intereses difusos, colectivos o individuales homogéneos, efectuándose ello en el juicio individual respectivo y siempre que medie la relación de causalidad y la prueba del daño sufrido.

j) Judicialización de los derechos.

Información no disponible.

iii. España

a) Consagración constitucional.

El proceso que ha tenido este país para llegar a su actual sistema de protección de los derechos de los consumidores ha seguido de manera ordenada una serie de etapas que se inician con el reconocimiento constitucional de los mismos, en la Constitución de 1978. Éstos han sido elevados a la categoría de derechos fundamentales al tenor de lo dispuesto en el artículo 51 de la carta fundamental española, la cual señala que:

1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

Se observa que los derechos de los consumidores en su dimensión colectiva no tienen reconocimiento constitucional explícito. Si bien puede entenderse que ellos por su propia naturaleza superan a los sujetos individualmente considerados, el reconocimiento se realiza en dos leyes, cuyo contenido se expondrá más adelante en los apartados respectivos.

Como consecuencia del mandato contenido en la norma citada, el cual abarca aspectos tanto sustantivos como adjetivos, e inspirándose en parte en directivas de la Comunidad Europea atinentes, se promulgó en 1984 la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGDCU). Sin embargo, si bien existe desde esa época la declaración en el sentido de proteger los derechos de los consumidores, incluyendo su aspecto de derechos colectivos, no fue hasta el año 2000 cuando se crearon los instrumentos procesales que permiten una efectiva tutela de los derechos de los consumidores en su dimensión supraindividual. Esto se hizo mediante la promulgación de una

nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, en adelante LEC), cuerpo legal equivalente a nuestro Código de Procedimiento Civil.

b) Tipo de acción de clase.

En el año 2000 se promulgó una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000), en la cual se incorporaron elementos que permiten la tutela de los derechos colectivos, mencionándose especialmente los derechos de los consumidores. Así, se señala en la *Exposición de Motivos* de dicha ley que “a propósito de las partes, aunque en verdad desborde ampliamente lo que es su reconocimiento y tratamiento procesal, parece oportuno dar razón del modo en que la presente Ley aborda la realidad de la tutela de intereses jurídicos colectivos, llevados al proceso, no ya por quien se haya visto lesionado directamente y para su individual protección, o por grupos de afectados, sino por personas jurídicas constituidas y legalmente habilitadas para la defensa de aquellos intereses. Esta realidad, *mencionada mediante la referencia a los consumidores y usuarios*, recibe en esta Ley una respuesta tributaria e instrumental de lo que disponen y puedan disponer en el futuro las normas sustantivas acerca del punto, controvertido y difícil, de la concreta tutela que, a través de las aludidas entidades, *se quiera otorgar a los derechos e intereses de los consumidores y usuarios en cuanto colectividades*. Como cauce para esa tutela, *no se considera necesario un proceso o procedimiento especial y sí, en cambio, una serie de normas especiales, en los lugares oportunos*” (la cursiva es nuestra). Se observa entonces que el legislador, explícitamente, consideró innecesario regular las acciones colectivas por una regla especial, tal vez anticipando que estas herramientas pueden ser la solución a problemas que se susciten otras áreas del derecho (tal como en Brasil, según se vio en la sección previa).

Como se indicó anteriormente, el legislador español eligió no tratar los litigios colectivos de manera sistemática u orgánica, encontrándose su regulación dispersa entre dos cuerpos legales, la LEC y la LGDCU. A pesar de que el tema

es recogido en las normas de la LEC, y de la falta de un apartado especial sobre acciones o procedimiento en la LGDCU, por la redacción de las normas contenidas en la primera de ellas, se entiende que la acción colectiva existe únicamente en esta área del derecho, de manera que es una acción especial aplicable solo para la defensa de los consumidores. En efecto, los artículos 7 y 11 de la LEC son claros al usar una fórmula que permite presentar acciones de este tipo únicamente a “consumidores y usuarios” y a “asociaciones de consumidores”, como veremos más adelante. La misma conclusión se extrae del fragmento de la exposición de motivos de la ley citado más arriba.

c) Tipo de procedimiento.

La Ley de Enjuiciamiento Civil incorpora, dentro de las normas comunes a todo procedimiento y sobre procedimiento de aplicación general, modificaciones o precisiones para aquellos casos en que la acción se intente en defensa de un interés colectivo o difuso y que por sus características requieren tratamiento especial. El procedimiento elegido para tramitar la llamada **acción de cesación**⁴⁰, ubicada en el artículo 52 de la LGDCU, es el procedimiento ordinario, atendida su ausencia dentro del listado de acciones que se tramitan por el juicio verbal, como fluye de los artículos 249 y 250 de la LEC. Como es previsible, en este procedimiento no existe necesidad de que el juez declare la admisibilidad de la acción más allá de requisitos esenciales sobre jurisdicción, competencia y otros de índole probatoria⁴¹, tras lo cual se otorga traslado para debatir el fondo del asunto.

d) Alcance del ámbito colectivo.

⁴⁰ Artículo 52: La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato.

A efectos de lo dispuesto en este capítulo, también se considera conducta contraria a esta norma en materia de cláusulas abusivas la recomendación de utilización de cláusulas abusivas.

⁴¹ Artículos 403 y 404 de la LEC

Está concebido únicamente desde el punto de vista de los consumidores para el caso en que se requiera la tutela o protección de derechos colectivos, mediante la presentación de una acción para ella. Ello fluye tanto de la enumeración de motivos señalada anteriormente, como de las reglas que tiene la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre acciones para defensa de derechos de los consumidores, principalmente los artículos 11, 15 y 221.

e) Legitimación activa.

En este punto la legislación española distingue según se trate de un caso en que el conjunto de consumidores afectados esté determinado o sus miembros sean fácilmente determinables, y aquellos casos en que la determinación de los afectados sea difícil o imposible, además de otras situaciones en que el conjunto de consumidores perjudicados si pueden conocerse con relativa facilidad.

Para el primero de los casos, la legitimación recae tanto en el grupo de consumidores afectados, como en asociaciones de consumidores y usuarios; sin embargo, para que los primeros puedan actuar como grupo en juicio se establece como requisito que el conjunto de demandantes incluya al menos a la mitad más uno de los miembros del grupo, según señala el artículo 6º, numeral 7, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin que sea relevante el número total de quienes comparecen como demandantes, a diferencia de lo que observamos en Chile. Para el segundo de los casos, según fluye del artículo 11, número 3 de la misma ley, la cual se pone en el caso de la defensa de intereses difusos, la exclusividad de la legitimación activa recae exclusivamente en las asociaciones de consumidores y usuarios que sean representativas. A la fecha, no existe ninguna norma que regule este requisito de representatividad, lo cual en definitiva debe ser zanjado por los jueces caso a caso⁴². Además, las asociaciones de consumidores tienen capacidad para actuar en juicio en representación de sus propios intereses

⁴² La discusión en torno a la necesidad de una ley que regule cuando existe esta representatividad no está zanjado. Al efecto, véase Ferreres Comella, Alejandro. Las acciones de clase ("class actions") en la Ley de Enjuiciamiento Civil, p. 44-45. Disponible en internet, <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1380/documento/articuloUM.pdf?id=3210>

y los de sus miembros y de los “intereses generales de los consumidores y usuarios”, según fluye del artículo 11 antes citado. Finalmente, por el contenido del número 2 de dicha norma, podrían llegar a tener legitimidad otras “*entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de*” los derechos de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios.

Un elemento particular de la legislación española es la forma en que se distingue entre derechos colectivos y difusos. El criterio para ello es el de la determinación o fácil determinación (intereses colectivos) por oposición a la indeterminación o difícil determinación (intereses difusos)⁴³. Dependerá del criterio del juez si es fácil, difícil o imposible determinar quiénes son los afectados, pues más que la certidumbre sobre los miembros del grupo es la dificultad para lograrla lo que decide quién será el legitimado activo para la interposición de una acción para la defensa del interés colectivo o difuso.

Si bien el criterio adoptado se parece al chileno, la opción de nuestro legislador para distinguir entre ambos tipos de derechos afectados parece más completa, toda vez que incorpora como elemento la existencia o inexistencia de una relación jurídica previa entre el proveedor y el grupo de consumidores, lo cual permite determinar con mayor precisión si estamos ante un caso de afectación de derechos colectivo o de derechos difusos, de conformidad a las definiciones del artículo 50 de la LPC.

f) Etapa de certificación o admisibilidad.

No se ha consagrado ninguna etapa anterior al juicio a fin de revisar la adecuación de la demanda a algún requisito distinto de aquellos exigidos para la generalidad de las acciones, señalados en los artículos 403 y 404 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consistentes básicamente en el acompañamiento de documentos y un examen del juez sobre su jurisdicción y competencia. Aparte de esto, la discusión en torno a la idoneidad y cumplimiento de requisitos para la

⁴³ Véase artículo 11 de la LEC.

eficacia de la acción, será objeto de las excepciones y defensas del juicios (por ejemplo la falta de capacidad del grupo de consumidores o asociación de consumidores⁴⁴).

g) Incorporación o exclusión de los miembros del grupo.

La legislación española es una de aquellas que contempla un mecanismo de opt-in, esto es requiere la manifestación expresa de voluntad de los miembros del grupo para que sean parte del mismo en el contexto del juicio colectivo seguido. Esto fluye del artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el cual declara que en las acciones iniciadas por asociaciones de consumidores u otras entidades creadas con la finalidad de proteger sus derechos, “se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual”. Esta decisión legislativa no está libre de polémicas, pues aparejado a este mecanismo el sistema contempla un efecto de la sentencia ultra-partes, sin limitarlo a un fallo favorable al grupo, generándose discusiones en torno a la constitucionalidad del mecanismo elegido⁴⁵.

h) Rol del juez.

El tribunal no tiene ningún rol especial durante la tramitación de los juicios iniciados en defensa de intereses colectivos o difusos de los consumidores.

i) Indemnización del daño moral.

No se encuentra excluida expresamente de las disposiciones introducidas en la materia, de manera tal que, en la medida en que se cumplan los requisitos necesarios para que esta indemnización sea procedente, deberá ser reparado.

⁴⁴ Ferreres Comella, Op. Cit., p. 45.

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 42.

j) Judicialización de los derechos.

Si bien la cantidad de acciones presentadas no es abundante, este tipo de acciones presenta aplicación práctica en el ordenamiento jurídico español.

k) Otros.

Otro elemento que merece alusión a propósito de la etapa germinal del juicio colectivo dice relación con la publicidad del juicio y las notificaciones. La ley española es sumamente rigurosa para el caso en que la demanda no sea iniciada por una asociación de consumidores reconocida, ya que exige que se informe de la presentación de la acción a todos los interesados, no bastando como en el caso en que sea interpuesta por una asociación, con publicaciones medios masivos de comunicación. El costo de ello es un claro desincentivo para la presentación de demandas por grupos de consumidores reunidos únicamente con objeto del litigio. Se opta además por suspender el proceso para el caso en que los afectados sean indeterminados o su determinación revista dificultad, a fin de que se hagan parte, bajo riesgo de no poder intervenir con posterioridad⁴⁶.

Otro elemento, novedoso entre la legislación revisada en este trabajo, es la existencia de una **medida prejudicial específica** en la materia de acciones colectivas, establecida en el artículo 256 de la LEC. Ella es concordante con las elevadas exigencias respecto a los miembros que deben estar notificados o ser parte de la acción intentada, y permite solicitar al juez que tome medidas que permitan individualizar a los miembros del grupo antes de la presentación de la demanda.

Finalmente, es relevante la existencia del Sistema arbitral de consumo, como mecanismo extrajudicial para la solución de los conflictos que se produzcan respecto de los derechos de los consumidores, el cual se encuentra regulado en la LGDCU. Esta alternativa permitiría una mayor celeridad en la solución de

⁴⁶ Véase el artículo 15 de la LEC.

conflictos, sin dejar fuera a los casos en que los intereses colectivos se encuentren afectados⁴⁷.

iv. Argentina⁴⁸

a) Consagración constitucional.

La Primera Parte de la carta fundamental argentina, dedicada principalmente a los derechos y deberes de las personas, nos presenta en su Capítulo Segundo los que denomina como “Nuevos derechos y garantías”. Entre ellos encontramos, en el artículo 42, los derechos de los consumidores y usuarios, quienes tienen derecho a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno, todo ello en el contexto de la relación de consumo, definida en el art. 3º de la Ley 24.240, de Defensa del Consumidor (o LDC en lo sucesivo).

En el inciso segundo se consagra un deber de las autoridades para promover la protección de estos derechos y en el inciso tercero se contempla de manera general la necesidad de establecer legislativamente el procedimiento para la protección de los mismos, tanto desde un punto de vista preventivo como reparativo.

Art. 42⁴⁹.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

⁴⁷ Véase artículo 52 de la LEC.

⁴⁸ Es necesario precisar que el mayor desarrollo de las acciones en defensa de derechos e intereses colectivos en este país, entre ellos los derechos de los consumidores, se ha generado en el ámbito provincial, por la vía de tutelarlos bajo el “amparo colectivo”. Véase MENA, Valeria. Procesos colectivos o grupales en Argentina, publicado en revista electrónica Urbe et Ius, newsletter 16, http://www.urbeetius.org/newsletters/16/news16_mena.pdf, p. 4; 17 y siguientes (apartado 2.2.1)

⁴⁹ Fue incorporado el año 1994.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

A continuación, cerrando este capítulo sobre nuevos derechos y garantías, existe una acción de amparo destinada a protegerlos, subsidiaria a la existencia de otros procedimiento judiciales, contra actos u omisiones de autoridad o de particulares, cuando lesionen, restrinjan, alteren o amenacen derechos y garantías de la Constitución, tratados o leyes. Expresamente se permite que sea interpuesta cuando la conducta afecte derechos de incidencia colectiva, mencionándose su aplicación en lo relativo al usuario y al consumidor, estando legitimados en ese caso el afectado, el defensor del pueblo y determinadas asociaciones según sus fines, debiendo entenderse en lo que nos interesa que esas asociaciones serán aquellas dedicadas a la defensa del consumidor. Asimismo, cuando se refiere a afectado, puede entenderse que se refiere a cualquiera de los miembros del grupo de personas perjudicadas por una conducta determinada que atente contra los derechos de los consumidores.

Art. 43⁵⁰.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos

⁵⁰ Incisos 1º y 2º.

por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, *al usuario y al consumidor*, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Observamos entonces que el reconocimiento existe a nivel constitucional, pero solo por la vía de esta acción de amparo que es propia de una variedad de materias de índole supraindividual.

b) Tipo de acción de clase.

En Argentina no encontramos un tratamiento general para las acciones colectivas. Es en la Ley 20.240 que se reconoce la posibilidad de accionar en defensa de intereses supraindividuales, pero dentro del ámbito de la defensa de los consumidores. El art. 52 inciso 3º, norma que se citará más adelante, reconoce explícitamente la posibilidad de accionar en defensa de los “intereses de incidencia colectiva” (algunas norma anteriores también lo hacen, pero sin aludir a procedimientos judiciales, como el artículo 45, a propósito de mecanismo administrativos de control), pero ello se da solo en el contexto de la defensa de los consumidores, marco correspondiente a la ley citada. En general el sistema judicial argentino “aún es reacio a ofrecer soluciones generales ante conflictos también generales, prefiriendo las alternativas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, históricamente pensado para albergar el proceso civil clásico de una sola parte actora y una demandada”⁵¹. Así, la solución está, por el momento, restringida al campo señalado.

⁵¹ Mena, Valeria. op. cit. p. 4.

c) Tipo de procedimiento.

El artículo 53 de la Ley 24.240 indica cómo se tramitan estas acciones, señalando que las normas aplicables serán aquellas del procedimiento más abreviado en la jurisdicción del tribunal competente⁵², sin distinguir si se defiende el interés individual o el colectivo, pudiendo entonces entenderse incluidas aquellas deducidas en defensa de este último. Sin embargo, la segunda parte del inciso primero indica la existencia de excepciones “según la complejidad de la pretensión”, cuestión que queda a criterio del juez tras solicitud de parte. Sin duda que dentro de esas “pretensiones complejas” podemos ubicar aquellas correspondientes a intereses de grupo, cuestión que resulta en una incertidumbre al momento de determinar el procedimiento aplicable⁵³.

Art. 53⁵⁴. — Normas del proceso. En las causas iniciadas por ejercicio de los derechos establecidos en esta ley regirán las normas del proceso de conocimiento más abreviado que rijan en la jurisdicción del tribunal ordinario competente, *a menos que a pedido de parte el Juez por resolución fundada y basado en la complejidad de la pretensión, considere necesario un trámite de conocimiento más adecuado.*

En cuanto a las características de este procedimiento sumarísimo, en él debe allegarse a la demanda toda la prueba, se eliminan las excepciones de previo y especial pronunciamiento y el trámite de la reconvención, se reducen todos los plazos a tres días y el de contestación a cinco, para pasar posteriormente a una audiencia de conciliación y prueba⁵⁵.

⁵² A modo de ejemplo, en la provincia de Buenos Aires rige el Código Provincial de implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios, el cual en su artículo 19 que el procedimiento aplicable será el sumarísimo. El inciso primero de esta misma norma señala que son admisibles todas las acciones capaces de propiciar su adecuada y efectiva tutela, sin distinguir entre acciones individuales o colectivas.

⁵³ En este mismo sentido, véase Falco, Guillermo. El juez, la acción de clase y el daño, en la Ley de Defensa del Consumidor. En Semanario Jurídico N° 1747, 11-03-2010, Cuadernillo 8, tomo 101, 2010-A. En internet, <http://www.semanariojuridico.info/doctrina/author/view/119/>

⁵⁴ Inciso 1.

⁵⁵ Véase artículo 498 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

d) Alcance del ámbito colectivo.

Las acciones colectivas, sea la de amparo referida anteriormente o las establecidas en el derecho provincial, ya remitiéndose al amparo o bien al procedimiento sumarísimo, están concebidas únicamente entendiendo que la pluralidad se encuentra en el lado de los demandantes o afectados. Así lo da a entender la redacción de las normas y su énfasis en los derechos cuya protección se pretende. Esto se ve reforzado por algunas de las disposiciones que rigen en el derecho provincial, en las cuales se concibe un trámite de admisibilidad exclusivamente en relación con el legitimado activo, correspondiendo al juez, en plazos sumamente reducidos, verificar la legitimación que se atribuye quien presenta la demanda en representación del grupo.

e) Legitimación activa.

La regla en esta materia es amplia, y la encontramos en el mismo artículo 53 citado anteriormente. Esta disposición señala de modo general que las acciones en la materia pueden ser interpuestas por el consumidor o usuario, las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas, la autoridad de aplicación nacional o local, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Público Fiscal. Éste último, cuando no sea parte en el proceso, tiene el deber de actuar como fiscal de la ley. Tales sujetos son expresamente legitimados en el caso de que la acción tenga incidencia colectiva, según fluye el inciso 3º de la norma, teniendo además habilitación como litisconsorte de los demás legitimados las asociaciones de consumidores, previa evaluación por el juez. Aparentemente en el caso de las acciones colectivas se excluyen como legitimados los consumidores directamente afectados actuando como representantes del grupo, pues la norma precisa que a ellos les corresponde la acción “por su propio derecho”, lo cual da a entender que no pueden comparecer en representación de otros afectados por esta vía, quienes necesariamente deberán comparecer demandando o conferir poder especial para

ello, aunque como veremos a continuación esto queda en entredicho a partir de la revisión de normas provinciales.

La regla se ve reflejada en las legislaciones provinciales. Podemos citar al efecto el artículo 26 del Código Provincial de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios de la Provincia de Buenos Aires, Ley 13.133, el cual señala que “cuando los consumidores y usuarios resulten amenazados o afectados en sus derechos subjetivos, de incidencia colectiva o intereses legítimos, se encuentran legitimados para interponer las acciones correspondientes: a) Los consumidores y usuarios en forma individual o colectiva. b) Las Asociaciones de Consumidores debidamente registradas en la Provincia de Buenos Aires. c) El Ministerio Público”.

f) Etapa de certificación o admisibilidad.

El trámite de admisibilidad es inexistente, sin perjuicio del rechazo *in limine* por el juez que conoce la causa⁵⁶. Sin embargo vale precisar que el juez está dotado de facultades para revisar la legitimación del demandante (art. 52 inciso 3º) y, como se indicó en el apartado c) precedente, para revisar, a instancia de parte, la complejidad del caso (53 inciso 1º). Estos dos aspectos, el primero de ellos reiterado en algunas de las normas provinciales⁵⁷, son los únicos que se acercan a un análisis sobre la admisibilidad de la demanda, pero uno es lo suficientemente somero como para no entorpecer la revisión del fondo de las acciones y el otro no es una etapa esencial dentro del procedimiento.

g) Incorporación o exclusión de los miembros del grupo.

Según el artículo 54 inciso 2º de la Ley de Defensa del Consumidor la sentencia, siempre que sea favorable a la pretensión colectiva, produce efecto de cosa juzgada para todos los consumidores que se encuentren en situaciones

⁵⁶ Consagrado en el artículo 337 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

⁵⁷ La Pampa, Río Negro. Mena, op. cit, p. 17 y ss.

similares, salvo aquellos que manifiesten su voluntad en contrario de conformidad con el mecanismo establecido por el juez. Resulta entonces notoria la existencia de un mecanismo de opt-out, es decir la declaración de voluntad se requiere para restarse del grupo y de los efectos del fallo.

h) Rol del juez.

El tribunal tiene un rol de carácter pasivo, pero con ciertas alteraciones en áreas particulares del juicio. Una de ellas es la recién señalada forma de ejercer el derecho para excluirse de los efectos del fallo, toda vez que no ha sido regulada directamente por el legislador, quien la delega al juez. Otra se encuentra en el mismo artículo 54 citado, en su inciso 1º, conforme con el cual se exige al tribunal la fundamentación de la resolución que aprueba u homologa un acuerdo conciliatorio o transacción, de manera tal que su actividad se intensifica con la finalidad de verificar el equilibrio del acuerdo para que este no resulte perjudicial para los derechos de los consumidores y usuarios. Finalmente encontramos la evaluación que debe efectuar para revisar la legitimidad activa de las asociaciones de consumidores y usuarios, según indica el artículo 52 en sus incisos 3º y 4º.

i) Indemnización del daño moral.

La reparación de este daño no aparece expresamente excluida, de manera que su procedencia nos parece factible. Esto se ve refrendado por las disposiciones de los ordenamientos provinciales, que señalan diversas posibilidades de acción, divididas incluso entre acciones con finalidades preventivas, reparativas en especie o pecuniarias⁵⁸. Ello dependerá del tipo de actividad dañosa y de las características de la lesión sufrida.

j) Judicialización de los derechos.

⁵⁸ Por ejemplo en Río Negro. Mena, op cit, p. 19.

Existe tanto por la vía del amparo constitucional como por la de procedimientos abreviados en los ordenamientos provinciales, aunque dentro de los ordenamientos locales, son solo algunos los que han incorporado las acciones de tipo colectivo y contienen un consecuente reflejo en la práctica de tribunales. Sin embargo, acotar estos casos a aquellos en que los derechos colectivos afectados sean los de los consumidores resulta una tarea sumamente compleja, pues el tratamiento normalmente se refiere a derechos colectivos en general, en lugar del área de los derechos de consumidores y usuarios. Además de ello, requiere la revisión de la realidad de cada uno de los ordenamientos provinciales.

v. Uruguay.

En Uruguay el tratamiento específico de los derechos de colectivos es escaso. En el caso particular de los derechos de los consumidores, no tiene consagración en la Ley de Relaciones de Consumo (LRC). Si aparecen los derechos colectivos o difusos en el Código General del Proceso (CGP); sin embargo, en líneas generales, la protección de los derechos de los consumidores y especialmente de su dimensión supraindividual es insuficiente⁵⁹. Por ello las referencias a los temas tratados son escuetas.

a) Consagración constitucional.

No existe en su Constitución ninguna norma que haga alusión ni a los derechos de los consumidores ni a la defensa de los intereses colectivos y difusos.

⁵⁹ Héctor Villaverde, en su artículo publicado en el año 2008 bajo el auspicio de la fundación alemana Friedrich Ebert Stiftung, titulado "Defensa del consumidor en Uruguay: contextualización histórica, legislación e instituciones públicas y sociales", señala en sus conclusiones que "En el contexto de los países, objeto de este estudio comparativo, Uruguay parecería tener el sistema de protección al consumidor más débil tanto en su aspecto legal e institucional, como en el ámbito organizacional. El sector académico, que hasta ahora ha estado bastante ausente de la investigación en cuanto al desarrollo de la protección del consumidor en el Uruguay...". La última parte de la cita llama especialmente la atención por estar referida a un país de larga y reconocida tradición académica en derecho procesal, expandiendo su influencia por el continente de la mano de los trabajos de reconocidos profesores.

b) Tipo de acción de clase.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del CGP, no cabe sino concluir que existe una acción general para todos los casos en que estos intereses se vean afectados. La norma citada se refiere a la representación para casos en que el interés involucrado **pertenezca, en general, a un grupo indeterminado de personas**, para luego indicar quienes pueden representarlas. Así, la regla aplica para cualquier tipo de derecho colectivo, incluyéndose el ámbito de la protección de los consumidores⁶⁰.

Como ya se señaló, el desarrollo de la materia en Uruguay es escaso. El tema de las acciones colectivas es omitido en la Ley de Relaciones de Consumo, refiriéndose a éste únicamente el art. 42 del CGP, aludiendo a los casos en que haya intereses colectivos involucrados de manera genérica, a propósito de la legitimación activa. Según ello debemos concluir que existe una acción colectiva genérica, la cual tiene nula aplicación en la práctica.

c) Tipo de procedimiento.

Ante la falta de reglas expresas, no cabe sino concluir que las acciones deducidas deberán seguirse según el procedimiento de aplicación general.

d) Alcance del ámbito colectivo.

A partir de las normas existentes, se concluye que la dimensión colectiva se concibe únicamente desde el punto de vista de los legitimados activos.

e) Legitimación activa.

⁶⁰ Señala el artículo 42 del Código General del Proceso: “En el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos y, **en general, que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas**, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente, el Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley **o a juicio del tribunal** garanticen una adecuada defensa del interés comprometido”.

De conformidad con el artículo 42 del CGP, una de las dos normas útiles en la materia que encontramos en el ordenamiento uruguayo⁶¹, la legitimación activa puede recaer en el Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social, con el requisito de que garanticen una adecuada defensa del interés comprometido, ya sea que esté establecido *a priori* por el legislador o lo estime el juez en el caso concreto. La norma está redactada en una fórmula amplia, tomada del Código Civil Modelo para Iberoamérica⁶². La disposición citada, sin embargo, se encuentra acotada para los casos de defensa de los intereses difusos, aunque parece razonable no excluir los intereses colectivos de otra índole (intereses colectivos, individuales homogéneos)⁶³⁶⁴.

f) Etapa de certificación o admisibilidad.

No existe una especial respecto de acciones colectivas. Sin embargo, siendo aplicable las normas generales de tramitación, el tribunal tiene facultades de control sobre la demanda, sea para rechazarla *in limine*, o bien para ordenar que el actor subsane los vicios de que adolezca⁶⁵. De conformidad con las normas existentes a propósito de acciones colectivas, el control del juez tendrá especial relevancia para verificar la representación de quien comparece presentando la

⁶¹ La otra es el artículo 220 del mismo cuerpo legal.

⁶² Valentín, Gabriel. La responsabilidad por el dictado de medidas cautelares en amparos colectivos, pp. 8-9. Disponible en Internet:

<http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/VALENTIN.pdf>

⁶³ Szafir, Dora. Citada por Villaverde, Op. Cit. p. 25.

⁶⁴ Valentín, Gabriel. Op cit, p. 9.

⁶⁵ Así fluye de los artículos 24 y 119 del Código General del Proceso, los cuales señalan:

24. Facultades del Tribunal. El Tribunal está facultado:

1) para rechazar *in limine* la demanda cuando fuere manifiestamente improponible, cuando carezca de los requisitos formales exigidos por la ley o cuando se ejercite una pretensión especialmente sujeta a término de caducidad y éste haya vencido;

119. Contralor sobre la demanda. 119.1 Presentada una demanda en condiciones que no se ajusten a los artículos precedentes o a las disposiciones generales que establecen las formalidades para la comparecencia en proceso, el tribunal dispondrá que se subsanen los defectos en el plazo que se señale con apercibimiento de tenerla por no presentada.

119.2 Si el tribunal estimare que la demanda es manifiestamente improponible, la rechazará de plano, expresando los fundamentos de su decisión.

demanda, en el sentido de que esta “garantice una adecuada defensa del interés comprometido”, según exige el artículo 42 del CGP.

g) Incorporación o exclusión de los miembros del grupo.

En ésta área aparece la otra norma que alude a los intereses difusos en el Código General del Proceso uruguayo. Su artículo 220 se refiere al efecto de cosa juzgada de la sentencia dictada en juicio de incidencia colectiva, la cual tendrá eficacia general, con la excepción que el fallo absuelva al demandado por falta de pruebas, ante lo cual otro interesado puede iniciar un nuevo juicio.

h) Rol del juez.

Más allá del control que ejerce según se señaló en la letra f) precedente, el juez no tiene facultades especiales.

i) Indemnización del daño moral.

Sin existir norma que lo excluya expresamente, ha de entenderse comprendido entre los daños indemnizables, siempre que el o los afectados cumplan con la prueba de los requisitos de este perjuicio.

j) Judicialización de los derechos.

Según información proporcionada por la Agrupación de Consumidores y Usuarios Asociados de Uruguay, los juicios colectivos han sido muy pocos. La institución aludida, en catorce años de existencia, sólo ha presentado tres demandas colectivas, una de las cuales no prosperó. Al momento de la comunicación se encontraban preparando un cuarto juicio colectivo, en materia de tarjetas de crédito.

vi. Perú

a) Consagración constitucional.

El sistema peruano es –al menos en el papel- bastante completo al compararlo con otros de la región, especialmente por haberse creado hace pocos años un cuerpo legal sobre la materia (2010). Dentro de este sistema se contempla la consagración constitucional de los derechos de los consumidores. Merece destacar que, al incorporarlo a la constitución, el legislador peruano lo agrega dentro del capítulo vinculado con principios económicos, rasgo que no se observa de manera explícita en la mayoría de las legislaciones revisadas, donde los fundamentos principales se relacionan con el acceso a la justicia o la ampliación del catálogo de derechos sociales o de tercera generación.

El título III de la Carta Fundamental peruana, relativo al régimen económico, contempla expresamente en su capítulo I, el cual contiene principios generales en la materia, el deber del Estado de defender los intereses de los consumidores y usuarios. Así, el artículo 65 señala que:

El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

Por su ubicación, al final de las normas generales sobre régimen económico, los intereses de los consumidores y usuarios constituyen un baremo para la toma de decisiones del estado en el ámbito económico, así como un límite para las conductas de los particulares, por cuyo respeto se velará mediante los demás mecanismos establecidos en la legislación, tanto de fondo como adjetivos.

En cuanto al reconocimiento de su dimensión colectiva, esta no se observa en la carta fundamental peruana, como si ocurre en la legislación ordinaria. Ello ocurre mediante el Código de Protección y Defensa del Consumidor

(CPDC en adelante), Ley N° 29.571 aprobada en septiembre del año 2010, dando cumplimiento, como señala en su artículo i del Título Preliminar, al principio constitucional reseñado precedente. Asimismo, el artículo vi de esta misma sección, referida a políticas públicas, hace manifiesto el esfuerzo que debe realizar el estado a fin de desarrollar mecanismos que permitan la defensa de los intereses colectivos y difusos. Indica esta norma que:

6. El Estado garantiza mecanismos eficaces y expeditos para la solución de conflictos entre proveedores y consumidores. Para tal efecto, promueve que los proveedores atiendan y solucionen directa y rápidamente los reclamos de los consumidores, el uso de mecanismos alternativos como la mediación, la conciliación, el arbitraje de consumo voluntario, y sistemas de autorregulación; asimismo, garantiza el acceso a procedimientos administrativos y judiciales ágiles, expeditos y eficaces para la resolución de conflictos y la reparación de daños. Igualmente, facilita el acceso a las acciones por intereses colectivos y difusos.

El título VI de este cuerpo legal trata sobre Defensa Colectiva de los Consumidores, distinguiendo en su primer artículo entre los intereses colectivos y los difusos:

Artículo 128.- Defensa Colectiva de los Consumidores.

El ejercicio de las acciones en defensa de los derechos del consumidor puede ser efectuado a título individual **o en beneficio del interés colectivo o difuso de los consumidores**. Para estos efectos se entiende por:

a. Interés colectivo de los consumidores.- Son acciones que se promueven en defensa de derecho comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores que se encuentren ligados con un

proveedor y que pueden ser agrupados dentro de un mismo grupo o clase.

b. Interés difuso de los consumidores.- Son acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados.

b) Tipo de acción de clase.

La opción seguida en Perú es la de una acción colectiva exclusiva para el ámbito del derecho de los consumidores, sin que se le otorgue, como en el caso brasileño, el carácter de ser una acción genérica para la mayoría de casos en que se vean involucrados derechos colectivos o difusos. Esta se encuentra consagrada en un capítulo especial del Código de Protección del Consumidor, existiendo una etapa de tipo administrativa y otra judicial, según se explicará más adelante.

c) Tipo de procedimiento.

En el sistema peruano se distinguen dos tipos de procedimiento para la defensa de estos intereses, uno administrativo, seguido ante el INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual), y uno judicial seguido ante los tribunales civiles ordinarios. El INDECOPI, conforme con el artículo 105 del CDPC, es la autoridad depositaria de la competencia para conocer de las infracciones a la ley del consumidor, de manera que el tránsito de la demanda o denuncia por la autoridad administrativa es requisito para la interposición de una demanda civil. De los artículos 130 y 131 de este mismo cuerpo legal fluye que la judicialización del caso dependerá de la decisión que al efecto tome el Consejo Directivo del INDECOPI, directamente o delegando esta facultad en alguna asociación de consumidores. A esta lectura del texto legal es necesario agregar la información proporcionada por la Organización Peruana de Consumidores y Usuarios, conforme con la cual la demanda civil

podrá iniciarse en el caso que el conflicto no se alcance una solución en la instancia administrativa o no se sancione de manera adecuada.

En el caso del procedimiento administrativo, cuya existencia en la materia es única entre los sistemas estudiados, se permite que se inicien acciones en defensa de los intereses colectivos o difusos, mediante la interposición de una denuncia o reclamo, el cual debe ser calificado por el órgano administrativo, a fin de continuar con la vía administrativa o bien iniciar de oficio la judicial. En el caso de la administrativa, el procedimiento, según el artículo 126 del CPDC, deberá tener una duración máxima de treinta días hábiles, con preeminencia de la prueba documental y consiste, básicamente, en una investigación iniciada por la Comisión de Protección del Consumidor, la cual termina con una resolución que pone fin a la vía administrativa, eventualmente imponiendo una sanción de multa⁶⁶, siendo la propia institución quien revisa que la pretensión cumpla ciertos requisitos, según su contenido y según cuantía. En cuanto al procedimiento judicial es necesario distinguir según si la acción se presenta en defensa del interés difuso o el colectivo⁶⁷.

Si la acción se presenta en defensa de intereses difusos, el Código se remite a las reglas del procedimiento sumarísimo tratado en el Código Procesal Civil (en adelante CPC)⁶⁸, de manera tal que se sigue un procedimiento de aplicación general. Las reglas de este procedimiento otorgan una mayor celeridad a la tramitación de la acción, disminuyendo a cinco días el plazo para contestar, así como ante ciertos casos de emplazamientos especiales, se disminuye también el plazo para subsanar una demanda declarada inadmisibile y se contempla una audiencia de contestación y prueba. La tramitación de este procedimiento, tras la declaración de admisibilidad y posterior contestación, consiste en que el juez fija fecha para una audiencia, en la cual se resuelven las excepciones, y se rinde

⁶⁶ Véanse también Decreto Legislativo N° 807, artículos 2, 7 y 18 del; y Decreto Legislativo N° 716, artículos 46, 50 y 51, ambos sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI. Esta Comisión es parte del INDECOPI.

⁶⁷ Véanse los artículos 130 y 131 del CPDC.

⁶⁸ Artículo 82 del CPC. Este artículo exige, además, que para este tipo de procedimientos se efectúe la publicación de avisos en el diario oficial peruano o en un diario distrital que publique avisos judiciales.

prueba⁶⁹. Debe además dictarse, al final de la misma, la sentencia, estándole permitido al juez reservarse, excepcionalmente, un plazo para ello⁷⁰.

En el caso de que la acción se presente en defensa de derechos colectivos de los consumidores, es el propio CPDC el que contiene normas especiales de tramitación, pero todas ellas implican modificaciones al procedimiento sumarísimo recién esbozado. Se cuentan entre ellas la acumulabilidad de toda pretensión siempre que sea necesaria para una adecuada protección de los derechos de los consumidores afectados; la determinación de una fecha exacta para dar traslado, dada por la fecha en que se efectúan las publicaciones a que alude el artículo 82 del CPDC; y la expresa mención de que el mecanismo para desvincularse de los efectos de esta sentencia es el de “optar por salir del grupo” u *opt-out*. Las restantes dicen relación con etapas posteriores, vinculadas al cumplimiento del fallo.

d) Alcance del ámbito colectivo.

El grupo está concebido únicamente desde la perspectiva de los consumidores, en calidad de demandantes.

e) Legitimación activa.

En el ámbito de la responsabilidad administrativa, el procedimiento puede activarse de oficio por el INDECOPÍ, puede ser promovido mediante denuncia de una asociación de consumidores o bien por denuncia de un particular.

En la presentación de demandas civiles por infracciones a los derechos colectivos o difusos de los consumidores, la legitimación recae exclusivamente en el INDECOPÍ, quien está facultado para delegar esta facultad en asociaciones de

⁶⁹ La audiencia de conciliación se excluye, toda vez que ello corresponde a un Centro de Conciliación, sin perjuicio de poder efectuarse en cualquier momento del proceso, por el juez ante solicitud de las partes. Véase el artículo 324 del CPC.

⁷⁰ Revisar al efecto los artículos 554 y 555 del CPC.

consumidores, de oficio o por solicitud de estas, considerando para ello la representatividad y trayectoria de la asociación y el precedente administrativo⁷¹.

f) Etapa de certificación o admisibilidad.

En sede administrativa sólo se exige una calificación por parte de la autoridad competente al conocer de la demanda, la cual se establece sin mayores precisiones en el artículo 129, inciso segundo, del CPDC.

En sede judicial no se contemplan reglas especiales, aplicándose en consecuencia las normas que disponen requisitos tanto de forma como de fondo y determinan la declaración de (in)admisibilidad o (im)procedencia, según el caso, de conformidad con lo establecido en los artículos 426 y 427 del CPC peruano, normas a las cuales se remite el 551 del mismo en el marco del proceso sumarísimo. Este examen debe efectuarlo el juez ante toda acción puesta bajo su conocimiento, sin que existan exigencias mayores para las demandas en materia de protección al consumidor.

g) Incorporación o exclusión de los miembros del grupo.

De conformidad con el artículo 131.3 del CPDC el mecanismo elegido es el de opt-out. Para que la representación del INDECOPI, o asociación de consumidores en su caso, no se aplique, se requiere de una manifestación de voluntad del consumidor en forma expresa y por escrito, en el sentido de no hacer valer su derecho o hacerlo valer por separado. Si bien está dentro del artículo que trata la defensa judicial de intereses difusos, por analogía resulta aplicable en los demás casos.

Se consagra además la aplicación *erga omnes* del efecto de cosa juzgado para el caso de una sentencia definitiva condenatoria, toda vez que el artículo 82

⁷¹ Véase al efecto artículo 2º del Decreto Supremo 030-2011-PCM, Reglamento de Procesos Judiciales para la defensa de los Intereses Colectivos de los Consumidores y el Fondo Especial creado por el artículo 131 de la ley 29751, Código de Protección y Defensa del Consumidor.

del CPC señala que la sentencia definitiva declarada fundada será obligatoria incluso para quienes no hayan participado en el proceso.

h) Rol del juez.

En la etapa administrativa la autoridad competente tiene un rol preponderante, toda vez que cumple a la vez los roles de juez y parte. En cambio, en sede judicial, tal como en la mayoría de los países enraizados en la tradición del derecho continental, el rol del juez se encuentra limitado por el principio dispositivo, correspondiendo el papel principal a las partes del proceso, sin que en la materia se entreguen al juez facultades especiales.

i) Indemnización del daño moral.

La indemnización del daño moral se incluye expresamente en el capítulo dedicado a las responsabilidades civiles de los proveedores (artículo 103 CPDC), sin que éste sea excluido de las reparaciones al tratarse los intereses colectivos o difusos. En consecuencia, su indemnización es procedente en la medida que sea acreditado.

Sobre este aspecto es necesario destacar que en sede administrativa existen diversas “medidas correctivas reparatoras” (artículo 105 y siguientes del CPDC), las cuales siguen un curso independiente de las indemnizaciones por daños y perjuicios, que deben solicitarse por vía judicial. Sin embargo, si se aplican medidas correctivas, estas pueden deducirse de la indemnización de contenido patrimonial a la cual tenga derecho el consumidor (artículo 115.7 CPDC)

j) Judicialización de los derechos.

Según información proporcionada por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC), ninguna asociación de consumidores y usuarios ha presentado demandas colectivas. Ello se debe en parte a las serias

deficiencias que han constatado en el Código de Protección y Defensa del Consumidor sobre este tema.

vii. Ecuador

a) Consagración constitucional.

Los derechos de los consumidores se encuentran consagrados en el texto constitucional ecuatoriano. La incorporación de los derechos de los consumidores se hace mediante su consagración en el capítulo quinto sobre derechos civiles, en la sección dedicada exclusivamente a los derechos colectivos, reconociendo así en forma directa su condición de derecho supraindividual. El artículo 92 de la Carta Fundamental indica:

Sección tercera

De los consumidores

Art. 92.- La ley establecerá los mecanismos de control de calidad, los procedimientos de defensa del consumidor, la reparación e indemnización por deficiencias, daños y mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos no ocasionados por catástrofes, caso fortuito o fuerza mayor, y las sanciones por la violación de estos derechos.

Las personas que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la prestación del servicio, así como por las condiciones del producto que ofrezcan, de acuerdo con la publicidad efectuada y la descripción de su etiqueta. El Estado auspiciará la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios, y adoptará medidas para el cumplimiento de sus objetivos.

El Estado y las entidades seccionales autónomas responderán civilmente por los daños y perjuicios causados a los habitantes, por su

negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo y por la carencia de servicios que hayan sido pagados.

Al incorporar estos derechos dentro del capítulo dedicado a los derechos colectivos, el constituyente ecuatoriano reconoce explícitamente la naturaleza supraindividual de los derechos de los consumidores, la cual es evidentemente inclusiva del aspecto individual.

Dada su naturaleza, siguiendo en el ámbito del derecho constitucional, se encuentra además protegido por una acción de amparo consagrada en el artículo 95 de la Carta Fundamental, dentro del capítulo sobre garantías a los derechos, el cual señala:

Sección tercera

Del amparo

Art. 95.- Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.

También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

Nada obsta a la interposición de esta acción a fin de garantizar el respeto de los derechos de los consumidores. Ello sin embargo alcanza únicamente una primera etapa ligada a “cesar o evitar” la acción que perjudica estos derechos (como en España la acción de cesación), sin llegar hasta el punto de las indemnizaciones de perjuicios si esta fuera procedente. La protección por la vía de una acción constitucional se observa sólo aquí y en Argentina, entre las legislaciones estudiadas.

b) Tipo de acción de clase.

Tal como en otros países, la legislación ecuatoriana tampoco cuenta con una acción especial para la defensa de los intereses colectivos. La existencia de una acción en la materia, distinta de la de amparo contenida en el artículo 95 de la Constitución, fluye únicamente del texto del artículo 63 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, al reconocer facultades de representación ante autoridades judiciales en la materia a las asociaciones de consumidores. Sin embargo ello no es suficiente para concebir la existencia de acciones de esta clase, lo cual se ve refrendado por la experiencia judicial de este país, según indicaremos en lo sucesivo.

Hasta la fecha esto parece únicamente una declaración de principios, por faltar un entramado judicial tendiente a su reconocimiento en la práctica, especialmente debido a que si bien formalmente parece ser una legislación más avanzada, no se cuenta con una institucionalidad adecuada que permita la efectiva tutela de los derechos colectivos de los consumidores. El caso paradigmático consiste en que al dictarse la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (LODC) en el año 2000, esta contenía el mandato para que los problemas que en esta área se suscitaban fueran resueltos por los Juzgados de Contravención, tribunales que acaban de ser creados casi trece años después y

cuya implementación se efectuará progresivamente entre las distintas regiones del país⁷².

c) Tipo de procedimiento.

No se consagra procedimiento especial alguno para la tramitación de acciones en defensa de los derechos colectivos de los consumidores. La Ley Orgánica de Defensa del Consumidor del Ecuador no tiene previstos procesos de carácter colectivo.

d) Alcance del ámbito colectivo.

Cubre únicamente a grupos de consumidores en calidad de demandantes.

e) Legitimación activa.

Tienen legitimidad para interponer estas demandas el defensor del pueblo, las asociaciones de consumidores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 de la LODC, aunque la concreción en la práctica de esta facultad también es prácticamente inexistente, y en el caso de la acción constitucional de amparo, cualquier persona que cuente con legitimidad, según el artículo 5 de la constitución.

f) Etapa de certificación o admisibilidad.

⁷² Véase edición online diario El Universo, domingo 13 de marzo de 2012.
<http://www.eluniverso.com/2012/03/18/1/1356/maria-jose-troya-todavia-hay-abuso-proveedores.html> (Entrevista a la Directora de la Tribuna Ecuatoriana de Consumidores y Usuarios)
<http://www.eluniverso.com/2012/03/18/1/1356/consumidores-entidad-entidad-busca-solucion.html>
También véase *Sistema de Protección del Consumidor Ecuador. Estado de situación de los consumidores en Ecuador (análisis FODA)*. Desarrollado para la mesa de Consumidores Andinos, 2010. En Internet
<http://www.consumidoresandinos.com/documentos/campanas/foda/fodaecuador.pdf>

No existe ninguna específica en la materia. Sería aplicable el artículo 405 del Código de Procedimiento Civil, el cual contiene el examen que debe hacer el juez de toda demanda puesta en su conocimiento, que debe revisar si es clara y completa, de conformidad con los artículos 70 y siguientes del mismo cuerpo legal.

g) Incorporación o exclusión de los miembros del grupo.

No existen reglas en la materia.

h) Rol del juez.

No existen reglas que otorguen facultades especiales al juez en el caso de acciones colectivas en defensa de los derechos de los consumidores.

i) Indemnización del daño moral.

No es tratado de manera explícita, ante ello debería seguirse el tratamiento de la legislación general en la materia, correspondiendo indemnizar este tipo de daños si se cumplen los requisitos.

j) Judicialización de los derechos.

El procedimiento se ha implementado en forma muy reciente en la práctica, siendo su aplicación muy escasa. Según información proporcionada por la Tribuna Ecuatoriana de Consumidores y Usuarios solamente se han iniciado reclamaciones colectivas por la prestación de servicios públicos ante la Defensoría del Pueblo, sin embargo las resoluciones de esta entidad no son vinculantes, estando su labor encaminada a la reparación del derecho por actuaciones voluntarias de los proveedores.

viii. Colombia

a) Consagración constitucional.

La legislación colombiana es bastante desarrollada en materia de acciones colectivas, encontrándose incorporado en la Constitución el derecho a la defensa de los intereses colectivos e incluyendo dentro de ellos los derechos de los consumidores. La constitución es completada por la legislación general, que contempla un procedimiento especial para la defensa de los intereses colectivos, aplicable indistintamente a todas aquellas áreas en que estos pueden resultar afectados.

En el artículo 78 de la carta fundamental, ubicado en el Título II, de los derechos, las garantías y los deberes, Capítulo 3, de los derechos colectivos y del ambiente, incluye los vocablos “consumidores” y “usuarios”, teniendo jerarquía constitucional los derechos de esta naturaleza. Sin embargo, en ella se ha optado por una fórmula más amplia, según la cual se protegen los derechos de la comunidad en general, no sólo a personas consideradas individualmente o exclusivamente como consumidores, reconociéndose así la existencia de derechos colectivos y la necesidad de protegerlos, antes que por la materia en que inciden, por su carácter plural. Señala la constitución:

Artículo 78. Vigilancia a producción, bienes y servicios.

La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

Por su parte, el artículo 88 de esta Constitución, ubicado en el capítulo referido a la protección y aplicación de los derechos, contiene un mandato para la creación de una ley adjetiva dedicada a las acciones populares, para la real protección de los derechos e intereses colectivos, indicando distintas materias a las cuales sería aplicable –patrimonio, espacio, seguridad y salubridad pública, moral administrativa, medio ambiente, libre competencia económica-, terminando con una fórmula que mantiene abierta la enumeración a todos los casos que la ley incorpore. Así, según lo indica la ley que más adelante se revisará, deben entenderse incorporados los derechos de los consumidores o usuarios, siendo aplicable a los casos en que se vean comprometidos en su dimensión transindividual el procedimiento dispuesto en la misma. En sus incisos segundo y tercero agrega además que la ley regulará la acción de los daños cuando una determinada actividad afecte a una pluralidad de personas y los casos de responsabilidad objetiva. El texto del artículo 88 es el siguiente:

Artículo 88.

La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica **y otros de similar naturaleza que se definen en ella.**

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares.

Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos.

Se observa entonces que, al ser una enumeración abierta, no hay problemas para entender incorporada dentro de ellas los derechos de los

consumidores, lo cual se ve reafirmado por la legislación común, la cual será revisada con posterioridad al referirse al procedimiento.

b) Tipo de acción de clase.

La opción de este país es la de una acción genérica para la defensa de los intereses de grupo independientemente de la materia que se trate. La **ley 472 de 1998** es la encargada de desarrollar lo dispuesto por el artículo 88 de la Constitución citado anteriormente; a aquella norma se remite el Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011) cuando trata las formas o acciones jurisdiccionales de protección al consumidor, en el caso de las acciones populares o de grupo. Después de señalar su objeto, la ley 472 se encarga de definir que son las acciones populares y las acciones de grupo, estando una dedicada a la protección de los derechos e intereses colectivos, y la otra al reconocimiento de perjuicios y pago de las indemnizaciones respectivas.

Especial relevancia tiene el artículo 4º, puesto que en él se efectúa una enumeración señalando cuales son los derechos e intereses colectivos, indicando expresamente en su **letra n)** los derechos de los consumidores y usuarios.

Es necesario precisar que en Colombia existen dos tipos de acciones para la defensa de intereses colectivos, según cual sea la finalidad perseguida. Así, existen las acciones denominadas populares y las denominadas de grupo. Según señalan el artículo 2 de la ley, las acciones populares son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos, y su finalidad es “evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio sobre los derechos e intereses colectivos, o restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”. Por su parte, el artículo 3 indica que las acciones de grupo “son aquellas acciones 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”, siendo su finalidad exclusiva obtener el reconocimiento y pago de indemnización de los perjuicios.

c) Tipo de procedimiento.

En la ley 472 de 1998 se crea un procedimiento especial para la protección de todos los intereses colectivos o difusos, incluidos los de los consumidores. Esta ley es de exclusivo carácter procesal, regulando una acción específica aplicable a distintas materias, cuya característica esencial es que pretende salvaguardar la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos. En consecuencia encontramos un procedimiento especial, pero cuya aplicación se permite en diversas áreas, en la medida en que la acción intentada busque proteger derechos e intereses colectivos.

d) Alcance del ámbito colectivo.

Tal como en la mayoría de las legislaciones revisadas, la colectividad aparece únicamente en el lado de los legitimados activos, esto es un grupo de consumidores –o conjunto de personas que revista otra calidad según la materia-, ya sea representados por alguna institución o asociación, o bien reunidos ocasionalmente, quienes accionan contra un proveedor.

Dentro del capítulo II de la Ley 472 de 1998 encontramos el artículo 14, el cual confirma esta posición. Este artículo concluye el capítulo referido a legitimación, que se abre expresándose abundantemente sobre los legitimados activos, indicando contra quienes puede dirigirse la acción. Las personas que menciona, naturales, jurídicas o autoridad pública, se conciben de manera singular. Indica la norma:

“Artículo 14. Personas contra quienes se dirige la acción. La Acción Popular se dirigirá contra el particular, persona natural o jurídica, o la autoridad pública cuya actuación u omisión se considere que amenaza, viola o ha violado el derecho o interés colectivo. En caso de existir la vulneración o amenaza y se desconozcan los responsables, corresponderá al juez determinarlos.”

e) Legitimación activa.

El artículo 12 de la Ley 472 de 1998 señala quienes son legitimados activos para la interposición de acciones en defensa de los derechos colectivos de los consumidores. Es más amplia que la existente en los demás países estudiados, pudiendo ejercitar las acciones populares toda persona natural o jurídica, las organizaciones no gubernamentales, organizaciones populares, cívicas o de índole similar, entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, mientras no hayan originado la amenaza o vulneración, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo y los Personeros Distritales y municipales, dentro del ámbito de su competencia y, finalmente, los alcaldes y demás servidores públicos que por razón de sus funciones deban promover la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores.

En el caso de las acciones de grupo, se restringen los legitimados, cuestión coherente con la finalidad de la acción. Así, el artículo 48 de la Ley 472 indica que “podrán presentar acciones de grupo las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido un perjuicio individual”. A pesar de ello se permite la interposición de estas acciones por el Defensor del Pueblo, funcionarios municipales o distritales, “en nombre de cualquier persona que se lo solicite o que se encuentre en situación de desamparo o indefensión”, caso en que será parte del proceso junto a los afectados. Se busca entonces que una adecuada tutela del derecho.

f) Etapa de certificación o admisibilidad.

En cuanto a las acciones populares, una vez presentada la demanda el juez debe pronunciarse dentro de 3^o día sobre su admisión a tramitación. Este examen versa sobre los requisitos de la acción indicados en el artículo 18, todos los cuales deberán ser analizados. En esta etapa no existe participación del demandado, lo cual es coherente con el rol activo que toca al juez según se indicará, de manera tal que aquí el análisis debe ser especialmente riguroso. En caso de estimar que

no se cumplen los requisitos, se comunica esta circunstancia al demandante para que subsane el defecto en el plazo de 3 días, bajo apercibimiento de rechazar la demanda. Dentro de los requisitos que indica la ley resultan relevante las letras a) y b) del artículo 18 de la Ley 472, según los cuales debe indicarse el derecho o interés colectivo amenazado o vulnerado y los hechos o acciones que motivan la petición. Ello sirve para precisar el ámbito de la acción, pero no parece diferenciarse de los requisitos que conocemos como generales para toda demanda⁷³. Así, estimamos que existe una etapa de admisibilidad, pero consistente en un control previo meramente formal que debe realizar el juez respecto de la calidad de la demanda sobre sus requisitos mínimos, teniendo una incidencia mucho menor en la potencial eficacia de la acción, algo semejante a la institución del “rechazo in limine” de la demanda que se refiere a aspectos meramente formales. Además, corresponde a una etapa común a toda acción presentada ante los tribunales en el ordenamiento colombiano⁷⁴, de manera tal que no es una etapa “especial” dentro del juicio.

En cuanto a las acciones de grupo, es aplicable lo mismo señalado a propósito de las populares, con algunas modificaciones⁷⁵ relativas a exigencias efectuadas sobre la representación que ostentan los demandantes respecto de los miembros del grupo. Se agregan además la exigencia de identificar a los miembros del grupo o al menos dar criterios de identificación y la de justificar la procedencia de la acción. Este último requisito creemos que es el único que reviste novedad comparándolo con la legislación general, teniendo que ver con el fondo de la acción.

g) Incorporación o exclusión de los miembros del grupo.

⁷³ En Colombia se encuentran en el artículo 75 de su Código de Procedimiento Civil.

⁷⁴ Artículo 85 del CPC colombiano. Existe plazo de 5 días para subsanar. Ante acciones populares el plazo se reduce a 3 días, art. 20 Ley 472.

⁷⁵ Art. 52 Ley 472.

Los efectos de la sentencia se extienden a todos los miembros del grupo, sin que tenga relevancia su comparecencia dentro del proceso, salvo para efectos de excluirse de ellos en el caso de las acciones de grupo.

Encontramos el artículo 35 de la Ley 472 de 1998, según el cual el fallo tendrá efecto de cosa juzgada respecto de las partes y del público en general. A su vez, está el artículo 56 de la misma ley, el cual señala un plazo de cinco días, contados desde el vencimiento del plazo de traslado dado a la demanda, para que el miembro del grupo que lo desee, manifieste su voluntad de ser excluido. Así podrá desvincularse de los efectos del fallo o del contenido de un eventual acuerdo conciliatorio. Es claro entonces que el mecanismo elegido es el de opt-out, pudiendo operar por dos vías, según la norma recién citada, la primera es la solicitud expresa dentro del plazo recién indicado y, la segunda posterior a la sentencia, demostrar que sus intereses no fueron representados adecuadamente por el representante o que hubo un error grave en la notificación. Finalmente aparece el artículo 66 de la ley, el cual, en concordancia con el artículo citado precedentemente, indica que la sentencia tendrá efecto de cosa juzgada sobre todos quienes fueron partes del proceso y quienes siendo parte del grupo no manifestaron su intención de excluirse de éste en forma expresa y oportuna.

h) Rol del juez.

Se incorpora en el artículo 5º, inciso tercero, de la Ley 472, un deber para el juez consistente en que, una vez promovida la acción, deba fomentar su progreso en el juicio hasta llegar a la decisión del asunto, bajo sanción disciplinaria. Esto constituye una clara manifestación del **principio inquisitivo**, conforme con la cual el tribunal pasa a tener un rol activo respecto de la marcha del juicio, convirtiéndose en verdadero garante de la eficacia de la acción popular o de grupo promovida, en lo que al avance del procedimiento se refiere. Señala el artículo citado que “promovida la acción, es obligación del juez impulsarla oficiosamente y

producir decisión de mérito so pena de incurrir en falta disciplinaria, sancionable con destitución...”⁷⁶.

En el artículo 18, inciso final, encontramos una especial facultad consistente en que “cuando en el curso del proceso se establezca que existen otros posibles responsables, el juez de primera instancia de oficio ordenará su citación en los términos en que aquí se prescribe para el demandado”.

i) Indemnización del daño moral.

El daño moral no aparece excluido, de manera tal que en la medida en que los individuos comparezcan y logren acreditar la existencia de un daño extramatrimonial sufrido por la infracción a la ley, será procedente su reparación.

j) Judicialización de los derechos.

Según información proporcionada por la Confederación Colombiana de Consumidores, sí se han iniciado procesos para la defensa de derechos colectivos de los consumidores. Establecer cuantos resulta complejo pues no disponen de datos estadísticos, pero desde la constitución de 1991 las acciones populares o de grupo han tenido gran auge, por cuanto en ella se introdujo este mecanismo para proteger los intereses colectivos.

Además de lo anterior estas acciones encuentran la dificultad de que la congestión judicial hace que su tramitación sea lenta.

Indican finalmente que mucho de estos procedimientos se encuentran finalizados.

ix. México

a) Consagración constitucional.

⁷⁶ Este deber es una manifestación de los deberes generales de los jueces civiles, precisados en el artículo 37 del CPC colombiano.

Este país se encuentra iniciando el proceso de desarrollo de las acciones colectivas, en el derecho del consumidor y en otras áreas en que este instrumento cobra relevancia a fin de garantizar los denominados derechos de tercera generación. Comparado con otros países, incluido Chile, es un país atrasado en la materia. Es reciente una reforma constitucional consagrando los derechos e intereses colectivos y difusos, así como la tramitación del proyecto y la promulgación de la ley que fija el procedimiento a seguir en las acciones de clase, instrumento indispensable para una real protección de estos derechos. La reforma se aprobó en agosto de 2011 y entró en vigencia recién en marzo de 2012⁷⁷.

La Constitución mexicana, en su artículo 17, inciso 3º, contempla un mandato para que sean creadas leyes que regulen las acciones colectivas, debiendo tratar específicamente sobre materia, procedimiento y mecanismos de reparación. Este mandato del legislador se concreta en el Código Federal de Procedimientos Civiles (en adelante CFPC), según revisaremos. Esta norma, que se encuentra en el contexto del derecho a acceder a la justicia y la prohibición de autotutela, indica que:

El Congreso de la Unión **expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas**. Tales leyes determinarán las materias de aplicación⁷⁸, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

Encontramos también el artículo 28, inciso 3º, de la Constitución, el cual establece la protección de los consumidores, pero en el contexto de la defensa de la libre competencia, estrategia que como se ha visto adoptan también otras legislaciones, atendido que la materia es parte del orden económico público.

⁷⁷ <http://www.alconsumidor.org/noticias.phtml?id=2141&text1>

⁷⁸ El artículo 578 del Código Federal de Procedimientos Civiles, indica que se aplicarán a las relaciones de consumo y medio ambiente.

En consecuencia, si bien aparecen los derechos de los consumidores, no es explícito en la constitución el reconocimiento de su dimensión colectiva, cuestión que se verificará en el Código Federal de Procedimientos Civiles. En la Constitución aparece únicamente un mandato general para la creación de instrumentos que permitan la protección de estos intereses, pero sin indicar en que ámbitos se encuentran.

b) Tipo de acción de clase.

Cómo se señaló en el apartado anterior, en marzo de 2012 se incorporó un libro al Código Federal de Procedimientos Civiles mejicano, el cual trata la forma de defensa en juicio de los derechos de índole colectiva. En éste, según figura en el artículo 578, se encuentra consagrada una acción de clase que a nuestro parecer no alcanza a tener carácter genérico, pues la redacción de la norma restringe su campo de aplicación únicamente a los casos relativos a afección de derechos de los consumidores, o generados en el ámbito de las relaciones de consumo, y medio ambiente.

c) Tipo de procedimiento.

Es un procedimiento especial sumamente regulado, especialmente en lo que dice relación con la admisión a tramitación de la acción. Se encuentra en el Libro Quinto del CFPC. Son tres los tipos de acciones las que pueden interponerse utilizando este procedimiento, la acción difusa, la acción colectiva en sentido estricto y la acción individual homogénea.

Entre sus etapas destaca una de admisibilidad, que reviste el carácter de un verdadero ante juicio, toda vez que de la demanda se da traslado al demandado a fin de que exponga lo que estime respecto del cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción. Entre otros, este es uno de los aspectos negativos que puede reconocerse respecto de las acciones colectivas⁷⁹.

⁷⁹ <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/185082.html>

Tras ello corre un período de emplazamiento de 15 días, ampliable por otros treinta a solicitud del demandado, el llamado a conciliación, y un probatorio con duración de 60 días, prorrogables por otros 20. Como puede observarse, es un plazo bastante extenso, cuestión que nos parece perjudicial para una adecuada y rápida solución del problema.

d) Alcance del ámbito colectivo.

Está concebido únicamente considerando a la colectividad como demandantes, sea, como se indicó, en el campo de la protección al consumidor o en el de derechos vinculados a la mantención del medio ambiente.

e) Legitimación activa.

Es amplia, recayendo en organismos del sector público, asociaciones de consumidores y en grupos de consumidores. Según señala el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles, dentro de los primeros se cuentan la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y el Procurador General de la República; las segundas se refieren a asociaciones civiles sin fines de lucro que tengan por objeto la defensa de los consumidores, con existencia de al menos un año; y, en cuanto a los terceros, se exige que el grupo esté compuesto por al menos 30 consumidores.

Es necesario precisar que, además de estar preestablecido quienes tienen legitimación activa, cuando se trata de privados promoviendo una acción, sea una asociación de consumidores o un grupo reunido especialmente para ello, el legislador mejicano es más estricto que cuando se trata de entidades públicas. Ello se hace mediante la exigencia de una “representación adecuada” de los intereses defendidos, la cual se define según variados parámetros indicados en el artículo 586 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Entre estos figuran la

diligencia, pericia y buena fe, inexistencia de conflictos de interés, no haber promovido en forma profusa y temeraria otras acciones de similar naturaleza, no hacerlo con fines lucrativos, electorales, proselitistas, de competencia desleal o especulativos, ni haber sido negligente al tramitar otras acciones semejantes.

f) Etapa de certificación o admisibilidad.

Como se indicó en la sección c) precedente, el procedimiento para la tramitación de acciones en defensa de intereses colectivos en México cuenta con una etapa de admisibilidad. En esta se manifiestan con claridad los problemas que ha ese país para arribar a una satisfactoria protección de los derechos transindividuales. Así, los artículos 587 (requisitos de la demanda), 588 (requisitos de legitimación en la causa), 589 (causales de improcedencia de la legitimación en el proceso), del CFPC, representan elevadas exigencias para la interposición de acciones colectivas. Lo anterior se ve agravado por el artículo 590, que otorga a la parte demandada derecho para pronunciarse sobre el cumplimiento de todos esos requisitos, análisis adicional a uno que ya ha efectuado el juez que conoce la causa. Encontramos una etapa de admisibilidad como la que existía en Chile hasta la reforma producida a fines del año 2011, pero esta es aún más rigurosa. Recién una vez certificadas por el juez la concurrencia de todas las circunstancias que señalan esos artículos, tras una discusión entre las partes al efecto, se confiere traslado para que el demandado conteste el fondo de la demanda.

g) Incorporación o exclusión de los miembros del grupo.

Aquí se manifiesta otro de los aspectos negativos de la legislación mejicana, consistente en la elección del mecanismo de opt-in para la incorporación de sujetos al grupo durante el juicios y que, consecuentemente, los afecte el resultado del juicio. Si bien por la novedad de la legislación, podría variar hacia el mecanismo del opt-out a partir de trabajo jurisprudencial, el artículo 594 del CFPC

exige una adhesión expresa ante el tribunal para incorporarse al grupo⁸⁰. La falta de este consentimiento expreso es además una de las causales de improcedencia de la legitimación en el proceso, según indica el artículo 589, número I del CFPC, aspecto que puede revisarse durante todo el curso del juicio.

h) Rol del juez.

En general el tribunal tiene un rol pasivo. Sin embargo, debe abandonar la inactividad a fin de vigilar, de oficio, que la representación sea adecuada durante el proceso, según fluye del artículo 586, inciso tercero, del CFPC. También juega un rol relevante al controlar durante todo el proceso que no se cumpla alguno de los requisitos de improcedencia de la acción a fin de que esta se mantenga, facultad que puede ejercer de oficio o a petición de la parte interesada.

i) Indemnización del daño moral.

La reparación del daño moral no se encuentra excluida en las acciones colectivas mejicanas. Sin embargo, la evaluación del daño producido a los consumidores está postergada para un procedimiento incidental posterior a la sentencia condenatoria, de manera tal que este deberá acreditarse en esta etapa, de conformidad con lo indicado en el artículo 605, inciso segundo, del CFPC.

j) Judicialización de los derechos.

Según información disponible en la página web de la Profeco, hasta octubre de 2013 existían al menos 10 juicios colectivos iniciados, principalmente en el ámbito de servicios de transporte aéreo y construcción, algunos de los cuales estaban terminados a esa fecha⁸¹. Alguno de ellos comenzaron antes de la

⁸⁰ <http://www.alconsumidor.org/noticias.phtml?id=1858&text1=opt-out>
<http://www.eluniversal.com.mx/finanzas/91644.html>

⁸¹ http://www.profeco.gob.mx/juridico/a_grupo.asp
http://acolectivas.profeco.gob.mx/casos_exito.php

reforma que agregó el Libro Quinto al CFPC y empezó a regir en marzo de 2012. Antes de ello las acciones se presentaban con fundamento en el artículo 26 de la Ley de Protección al Consumidor mejicana, el cual otorgaba la legitimación exclusiva para accionar en defensa de intereses colectivos a la Procuraduría Federal del Consumidor.

Capítulo II: Procedimiento e instituciones perdidas

Como ya anticipamos, este capítulo pretende revisar algunos aspectos del sistema chileno. Para ello sintetizaremos en primer lugar el procedimiento vigente a la fecha, cuestión que estimamos necesaria en el contexto de este trabajo y permitirá una mejor revisión de los aspectos que denominaremos instituciones perdidas o que han quedado en el camino, pues nos parece indispensable para ello una adecuada ilustración del procedimiento para la defensa de los derechos e intereses colectivos o difusos de los consumidores. A continuación, en la sección 2, entraremos derechamente a la revisión de los proyectos de ley.

I. Breve descripción del Procedimiento en Chile.

- i. Presentación de la demanda y declaración de admisibilidad; período de discusión.

El procedimiento comienza con la presentación de la demanda por alguno de los tres legitimados activos señalados en el número 1.- del artículo 51 de la LPC. Al menos en el caso que la presentación sea efectuada por el Servicio Nacional del Consumidor (en adelante Sernac), en forma previa se habrá desarrollado un proceso de mediación con el proveedor, intentando una solución voluntaria en forma previa a la vía judicial. Si la demanda no es presentada por el Sernac, al momento de ordenar la notificación de ella al proveedor –con posterioridad a la declaración de admisibilidad-, se dispondrá la notificación a ésta entidad a fin de que informe sobre la existencia de otras acciones sobre los mismos hechos cuya declaración de admisibilidad se encuentre pendiente, a fin de resolver sobre la acumulación de autos.

Una vez presentada la demanda, corresponde la declaración de admisibilidad por el tribunal. Este trámite se encuentra regulado en el artículo 52

de la LPC y actualmente⁸² se encuentra reducido a la revisión de aspectos formales consistentes en que la presentación la haya realizado uno de los legitimados activos del artículo 51, y que contenga una exposición clara y precisa de los hechos y fundamentos de derecho que justifican razonablemente la afectación del interés colectivo o difuso de los consumidores. (ni más ni menos que lo exigido en el artículo 254 del CPC). Si la demanda es declarada inadmisibile, el demandante podrá interponer recurso de reposición, dentro del plazo de diez días, con apelación subsidiaria, la que deberá concederse en ambos efectos⁸³.

Si la declaración es de admisibilidad⁸⁴, en la misma resolución que declara admisible la demanda, el tribunal confiere traslado al demandado para que conteste (presenta otros aspectos de interés que referiremos al final de esta sección), en el plazo de diez días contados desde la notificación, que siendo la primera del juicio deberá ser personal o personal subsidiaria. Además de ello, podrá el demandado, en el mismo plazo, interponer recurso de reposición. Según la decisión del demandado entonces, surgen dos alternativas de continuación del juicio:

a.- Si el demandado interpone el recurso en contra de la resolución que declara admisible la demanda, se interrumpe el plazo de contestación mientras se tramita la incidencia. Del recurso se confiere traslado por tres días al demandante para que exponga lo que estime. Además, podrá interponerse con apelación subsidiaria, para el caso en que sea rechazado. Si es así, la apelación se

⁸² Anteriormente la revisión incluía aspectos de fondo. La supresión de estos requisitos fue la principal modificación introducida en la Ley 20543.

⁸³ Estimamos innecesaria la mención, toda vez que, no estando notificada siquiera la demanda, no se encuentra trabada la litis y no existe un procedimiento que pueda seguir tramitándose en primera instancia, siendo la única alternativa esta forma de concesión del recurso.

⁸⁴ Así ha ocurrido en la totalidad de los juicios iniciados con posterioridad a las últimas reformas. Fuente: www.sernac.cl.

concederá en el solo efecto devolutivo⁸⁵ y se abrirá, tras la notificación por el estado diario, un nuevo plazo de diez días para contestar la demanda.

b.- Contestar directamente la demanda y continuar el juicio en forma regular.

Con la contestación de la demanda, sea esta efectiva o ficta, si el demandado se encuentra en rebeldía, el tribunal cita a las partes a audiencia de conciliación. Se observa entonces una modificación del juicios ordinario (de aplicación subsidiaria ante la omisión de la aplicación de algún procedimiento especial, como ocurría antes de la reforma, cuando se aplicaba el juicio sumario), consistente en la eliminación de los trámites de réplica y dúplica.

ii. Etapa de conciliación (artículo 53 B).

La notificación para este trámite se realizará por cédula, según las reglas generales, La única modificación que se observa en la regulación de la audiencia de conciliación en los juicios colectivos, respecto de las normas contenidas en el Título II del Libro II del Código de Procedimiento Civil, son la explicitación de los deberes de concurrir representadas por un apoderado con poder suficiente para conciliar, y de presentar bases concretas para alcanzar un acuerdo. Además de ello el tribunal podrá disponer, a pedido de las partes, la suspensión del comparendo para que las partes puedan deliberar, hasta por el plazo de tres días. En cuanto al rol de los demandados, se les otorga la posibilidad de realizar ofertas de avenimiento, con la condición de que estas sean públicas.

La conciliación podrá ser total o parcial y de ella se levantará un acta que consignará las especificaciones del arreglo. Será suscrita por el juez, las partes que lo deseen y tendrá el valor de sentencia ejecutoriada, especialmente en cuanto a su aplicación *erga omnes*, según indica el artículo 54 de la LPC.

⁸⁵ Las menciones contenidas en el inciso quinto del artículo 52 también nos parece innecesarias, por ser una reiteración del artículo 197 del Código de Procedimiento Civil.

Toca en esta etapa un papel especial al juez, por dos razones. La primera es la facultad que tiene para llamar a conciliación cuantas veces estime durante el procedimiento. La segunda es otra facultad para el juez consistente en la posibilidad de rechazar el acuerdo alcanzado, sea por avenimiento, transacción o en la audiencia de misma de conciliación, si lo estima contrario a derecho o abiertamente discriminatorio⁸⁶. Si bien aparece como una facultad (el artículo señala que el juez “puede rechazarlos”), estimamos que esta disposición, inexistente en la legislación común, revela un deber especial que toca al juez en relación con la defensa de intereses y derechos colectivos o difusos, pues pese a ser una facultad, la norma exige una atención especial cuando el conflicto se resuelva a través de un medio de solución autocompositivo.

iii. Período probatorio (artículo 52, incisos 11 y final).

A continuación, si no es exitosa la conciliación, esta es parcial o no se celebra la audiencia por inasistencia de una o ambas partes, y el tribunal lo estima procedente, recibirá la causa a prueba, fijando como puntos de prueba los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos que aparezcan de los escritos presentados con anterioridad a la interlocutoria de prueba.

Con la resolución precedente se abrirá un término probatorio de 20 días, término que fue modificado en la última reforma, ya que el anterior vigente era el aplicable para el procedimiento de aplicación subsidiaria, el juicio sumario, es decir tan solo 8 días. Así, en esta parte al menos, el juicio pierde celeridad en su tramitación. Entre los puntos de prueba que fijará el juez, si el demandado lo ha opuesto en su escrito de contestación, recibirá a prueba la temeridad de la demanda.

⁸⁶ En el juicio caratulado “Conadecus con Banco de Chile” del 23° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago Rol 26800-2011, se suscitó una interesante controversia sobre la estimación de ser o no un acuerdo contrario a derecho o discriminatorio. El Sernac se hizo parte en el juicio oponiéndose al acuerdo por esta razón, cuestión que fue desechada en primera instancia y ratificada por la Corte de Apelaciones de Santiago. A la fecha, se encuentra conociendo del recurso la Corte Suprema y pendiente la redacción del fallo (ingreso número 437-2013).

iv. Sentencia (artículo 53 C)

Una vez concluido el probatorio se abre la oportunidad para formular observaciones a la prueba, el cual, si bien no se encuentra expresamente incluido en el tratamiento que hace la LPC al referirse a los distintos momentos del juicio, corresponde aplicar atendida la aplicación subsidiaria del juicio de procedimiento ordinario. Vencido el término de 10 días que señala el artículo 430 del CPC, el tribunal cita a las partes para oír sentencia.

La sentencia que acoge la demanda, atendida la especialidad del procedimiento, tiene dentro de su contenido y sus efectos, algunos elementos o características particulares, las cuales trataremos a continuación, junto con aquellos aspectos de interés de la resolución que declara la admisibilidad de la demanda.

En cuanto al régimen de recursos, en contra de la sentencia definitiva, procede de conformidad con las reglas generales, el recurso de apelación, casación en la forma y en el fondo.

v. Aspectos especiales de la resolución que declara admisible la demanda y de la sentencia definitiva.

En relación con la declaración de admisibilidad, en el artículo 53 de la LPC, surge en primer lugar la obligación para el demandante de informar a los consumidores que puedan considerarse afectados por la conducta denunciada. Esto se realizará mediante la publicación de un aviso en un diario de circulación nacional y en el sitio web del Sernac, para que se hagan parte o bien comparezcan a ejercer la reserva de sus derechos si quieren restarse de los

efectos del fallo. El aviso deberá mantenerse visible en la página por el plazo de veinte días.

Recién enunciado, un segundo aspecto que merece destacarse es el derecho para los consumidores que hayan sido afectados para hacerse parte o bien comparecer a ejercer la reserva de sus derechos si quieren restarse de los efectos del fallo. Estos derechos nacen con la declaración de admisibilidad y para su ejercicio los consumidores tendrán el plazo de veinte días, contados desde la publicación del aviso en el diario. El primero de los derechos también podrá ejercerse con posterioridad, pero respetando todo lo obrado en forma previa. El segundo de los derechos enunciados tiene relevancia pues permitirá a los consumidores que lo hayan ejercido iniciar su propia demanda una vez concluido el juicio, sin que sea necesario presentar nuevos antecedentes para que no sea aplicable en su contra la excepción de cosa juzgada.

El tercer y último elemento relevante es que, por una parte, no podrán iniciar otros juicios por los mismos hechos y, por otra, se genera la acumulación de todos aquellos juicios que se encuentren iniciados con anterioridad a la demanda colectiva, juicio que será el que ejercerá “fuerza atractiva” en relación con los individuales. La acumulación no operará si en el juicio distinto del colectivo ya se ha citado a las partes para oír sentencia.

Finalmente corresponde tratar los elementos especiales de la etapa de sentencia. Entre sus aspectos particulares encontramos, en el artículo 53 C de la LPC, la especificación sobre la forma en que se cumple en estos juicios con la necesidad de entregar fundamentos de hecho y de derecho que sustentan el fallo; declarar cómo se afecta el interés difuso o colectivo, declara la responsabilidad del infractor, la multa o sanción aplicable y los elementos que deben tenerse en cuenta para su determinación (estos son los señalados en el artículo 24 de la LPC⁸⁷), la necesidad de indicar el contenido específico de las sanciones que se

⁸⁷ El inciso final de este artículo indica: “Para la aplicación de las multas señaladas en esta ley, el tribunal tendrá especialmente en cuenta la cuantía de lo disputado, los parámetros objetivos que definan el

apliquen y la forma específica de cumplimiento, ya sea en relación con indemnizaciones, reparaciones, devoluciones o restituciones y, finalmente, disponer la publicación de avisos.

Otro aspecto de suma importancia es que esta sentencia produce efectos erga omnes, es decir, respecto de todo quienes se encuentren una misma situación, hayan o no comparecido en el procedimiento, salvo aquellos que se encontraban iniciados y no se acumularon o respecto de los cuales alguno de los consumidores afectados formuló reserva de sus derechos, respecto de quien la sentencia será inoponible, de conformidad con el artículo 53, inciso cuarto, de la LPC.

II. Instituciones que han quedado en el camino.

Revisado ya el procedimiento vigente en Chile a la fecha, corresponde hacer una referencia a las distintas instituciones que, durante la tramitación de los distintos proyectos de ley aprobados hasta la fecha, fueron dejadas de lado y finalmente no aparecen entre las últimas reformas aprobadas. Indicaremos cuales nos parece podrían contribuir a una mejora en la protección de los derechos de los consumidores en su ámbito transindividual. Las razones para la postergación señalada, sean estas políticas, técnicas o de cualquier otra índole, se encuentran, a veces, disponibles en los documentos sobre historia de la ley que ofrece la Biblioteca del Congreso Nacional. En otras ocasiones no fue posible, durante la revisión de las discusiones en comisiones o sesiones del Parlamento, dar con los motivos que justifican una u otra exclusión. En la medida que la información disponible lo permita, estas razones serán comentadas, de lo contrario se ofrecerá una apreciación sobre la decisión decantada en el texto legal, cuestión que se hará en el capítulo final de este trabajo.

deber de profesionalidad del proveedor, el grado de asimetría de información existente entre el infractor y la víctima, el beneficio obtenido con motivo de la infracción, la gravedad del daño causado, el riesgo a que quedó expuesta la víctima o la comunidad y la situación económica del infractor". Además debemos agregar la existencia de reincidencia, la existencia de publicidad engañosa y el tipo de daño producido.

Los proyectos de ley que se analizarán son aquellos iniciados a contar del año 2001, en particular aquel que finalizó con la reforma del año 2004, mediante la aprobación de la ley 19.955, iniciado mediante mensaje presidencial del 8 de septiembre de 2001. Serán revisados también los proyectos de ley que concluyeron con la promulgación de las leyes 20.543 y 20.555, ambas publicadas el 5 de diciembre de 2011.

Además se realizará una revisión de aquellos proyectos de ley sobre la materia que fueron iniciados, normalmente por mociones de parlamentarios, pero cuya tramitación se encuentra archivada o bien parece encontrarse en los hechos abandonada y en camino a su archivo. Al finalizar este capítulo se encontrará una tabla en que se indicarán los números de boletines de cada proyecto, las instituciones relevantes tratadas en lo referido a defensa colectiva de los consumidores, su estado de tramitación, entre otros elementos. Por razones de orden separaremos esta sección siguiendo cada una de las leyes que se han aprobado, para agrupar finalmente aquellos proyectos de ley que se han iniciado, pero a la fecha no han concluido en una ley promulgada.

A. Historia de la Ley 19.555

i. Legitimación activa más amplia.

Una primera institución que nos parece de suma relevancia para mejorar la situación de los consumidores considerados desde el aspecto colectivo, y que fue parte de los proyectos que han sido tramitados hasta la fecha, es un número más amplio de legitimados activos.

La posibilidad de que la demanda en defensa de intereses colectivos o difusos fuera presentada por sujetos distintos del Sernac, Asociaciones de Consumidores o directamente un grupo de afectados, fue parte del proyecto de ley que terminó en la promulgación de la ley 19.955, sin embargo durante la

tramitación fue descartada. En efecto, el proyecto remitido por el ejecutivo al parlamento incluía un artículo 53 letra d), conforme con el cual era legitimado activo, además de quienes aparecen en el actual artículo 51, “cualquier órgano de la Administración del Estado que, dentro de sus atribuciones, conozca de situaciones que afecten las disposiciones de la presente ley y demás normas que digan relación con el consumidor”.

La supresión de esta letra se debe a indicaciones de los senadores Chadwick, Novoa, Canessa y Romero. No encontramos las razones en la Historia de la Ley⁸⁸.

ii. Control de admisibilidad efectuado por Corte de Apelaciones.

Durante la tramitación del proyecto de ley presentado por el ejecutivo que terminó en la Ley 19.955, surgió una regla diferente a la que fuera aprobada en el texto legal en cuanto a la declaración de admisibilidad de la acción colectiva deducida. Ésta consistía en que la admisibilidad debía ser declarada por la Corte de Apelaciones, en lugar del mismo tribunal que conocía la acción, idea propuesta mediante indicación en el Primer Trámite Constitucional seguido ante la Comisión de Economía⁸⁹. Un requisito para la presentación de la demanda era que ésta incluyera una certificación de la Corte de Apelaciones respectiva declarando la admisibilidad de la acción.

La ventaja que observamos en esta institución es la inapelabilidad de la resolución que declara admisible la acción, lo cual sumado a la improcedencia del recurso de casación, habría evitado enormes demoras en la tramitación de estas acciones (además gozaba de preferencia para la vista y debía existir pronunciamiento dentro de quinto día hábil).

Finalmente, debido a indicaciones formuladas en el Segundo Trámite Constitucional por los senadores Romero, Chadwick y Novoa⁹⁰, fue desechada

⁸⁸ Historia de la Ley 19.955, p. 319.

⁸⁹ Historia de la Ley 19.955, p. 66.

⁹⁰ Historia de la Ley 19.955, pp. 264 y siguientes y 325 y siguientes.

esta opción, quedando la declaración de admisibilidad dentro de la esfera de facultades del mismo tribunal ordinario que conociera de la demanda, procedencia la apelación y casación en contra de su resolución. En cuanto al problema de la demora en la declaración de admisibilidad, éste se encuentra superado con las más recientes reformas.

iii. Menores exigencias en el caso de demandas presentadas por grupos de consumidores.

En el proyecto original que concluyó con la Ley 19.955 se dispensaba al demandante de acreditar la representación, sin importar cuál de los legitimados activos presentaba la demanda (artículo 53 inciso 2). Lo anterior implicaba una mayor facilidad e incentivo para la presentación de demandas colectivas, toda vez que se eliminaba una exigencia que en la práctica resulta relativamente engorrosa (que los cincuenta o más consumidores designen mandatario, judicial en este caso, cumpliendo con las exigencias legales de ello, a lo cual debemos sumar el costo económico asociado).

En la actualidad, mediante la regulación contenida en el artículo 51 numeral 4 de la LPC, se agrega este requisito solo para el caso en que la demanda no sea presentada ni por el Sernac ni por una asociación de consumidores. Si bien esta exigencia constituye un claro desincentivo para la presentación de demandas por el legitimado del artículo 51 numero 1 letra c.- que podría ser eliminado, agregarlo presenta la ventaja de acotar una eventual excepción dilatoria del proveedor, nos referimos a la de falta de legitimidad o representación, la cual, estimamos sería altamente probable de ser opuesta por un litigante diligente.. Gracias a este requisito la improcedencia de la excepción ya se encontraría en la declaración de admisibilidad, existiendo constancia de ello en el proceso y haciendo, en consecuencia, ineficaz la oposición de la excepción. Lamentablemente los casos

en que la demanda ha sido presentada por grupos aislados de consumidores son de bajísimo número⁹¹.

En cuanto a las razones de la eliminación de esta parte del proyecto citado, en la historia de la ley consta únicamente que se debe a una indicación formulada por los senadores Chadwick y Novoa en el sentido de suprimir el antiguo artículo 53, inciso segundo, numeral tercero, la cual fue finalmente aprobada con modificaciones⁹².

iv. Exigencia de una “representación adecuada”

Durante la discusión de la Ley 19.955, fue propuesta la incorporación, a propósito de los requisitos de admisibilidad de la demanda, al artículo 53 A, de una letra f, la cual exigía “que la representación del interés colectivo o difuso de los consumidores sea la adecuada para proteger eficazmente sus intereses”⁹³.

Si bien por su redacción parece conveniente que se haya eliminado, debido a la poca precisión que ofrece el término “adecuado”, la preocupación por este aspecto de las acciones colectivas no aparece claramente en la actualidad, siendo que es un elemento de importancia toda vez que las sentencias dictadas en estos procesos tiene efecto erga omnes en la medida que no exista reserva de derechos por algún consumidor afectado. Por otra parte, podría haber resultado en un nuevo elemento para dilatar en demasía la discusión sobre la admisibilidad de las acciones a instancias de los demandados, desvirtuándose la finalidad de ella, ya que es un elemento que debería ser de preocupación principalmente del juez, o bien estar diseñado teniendo como centro a los representados, más que, como aparece en la proposición, requisito de admisibilidad de la acción. Finalmente, entendemos que el legislador soluciona el problema de una representación adecuada mediante la restricción de la legitimación activa, ya que dos de los posibles demandantes suponen *ex ante* que la representación es adecuada. Esto

⁹¹ Apenas dos y ambas en materia de servicios educacionales, roles 27315-2007 y 27641-2007, seguidas ante el 1° y el 27° Juzgado Civil de Santiago, respectivamente. Tras casi seis años de tramitación, ninguna de ellas tiene sentencia definitiva de primera instancia.

⁹² Historia de la Ley 19.955, pp. 263 y 320.

⁹³ Indicación de los senadores Chadwick y Novoa. Historia de la Ley 19.955, p. 266.

no se cumpliría únicamente en el caso del artículo 51, número 1, letra c, pero como ya indicamos, en la práctica las demandas deducidas de esta forma son escasas.

En definitiva, por los motivos señalados, nos parece acertada la decisión de rechazar la indicación que introducía este requisito. Además, esta institución quedó parcialmente recogida entregándole un rol activo al juez, según indica el artículo 51, número 7, inciso 6 de la LPC, según la cual “el juez, de oficio o a petición de parte y por resolución fundada, podrá revocar el mandato judicial, cuando la representación del interés difuso no sea la adecuada para proteger eficazmente los intereses de los consumidores...”.

v. Arbitraje obligatorio y seguido ante el Sernac.

El diputado señor Leal, durante la discusión en Primer Trámite Constitucional de la ley 19.955, propone la incorporación del mecanismo de arbitraje de tipo obligatorio con un rol activo del Sernac. Su intervención no es absolutamente clara⁹⁴, pero de todas maneras surge esta institución, recogida en la actualidad solo a propósito de materias financieras. El diputado señor Cardemil también manifiesta carencias en materia de solución alternativa de conflictos, de manera general y en referencia tanto a la mediación como el arbitraje señalando que solo existe un esbozo⁹⁵. Finalmente, el diputado señor Hidalgo también se refiere al arbitraje, pero de manera demasiado genérica y sin especificar una fórmula de aplicación concreta en relación con este método para resolver los problemas que surjan en materia de derecho del consumidor⁹⁶.

Otro proyecto de ley también ha propuesto la incorporación del arbitraje como una herramienta procesal para la solución extrajudicial de los conflictos suscitados en el ámbito de los derechos de los consumidores. En el boletín 5675-

⁹⁴ Historia de la Ley 19.955, p. 152.

⁹⁵ Historia de la Ley 19.955, p. 155.

⁹⁶ Historia de la Ley 19.955, p. 161.

03⁹⁷ se propone la creación de un sistema de solución de conflictos alternativo, consistente en un estamento de naturaleza arbitral integrado por representantes de asociaciones de consumidores, proveedores y de otros estamentos que tengan intereses o participación en la materia.

Si bien creemos que es valorable la incorporación esta institución, el proyecto solo plantea que se propicie la creación de un sistema arbitral de consumo para resolver las controversias en la materia, de naturaleza gratuita y eficiente, a la luz de los lineamientos dados por organizaciones internacionales, sin darle mayor contenido. Por otra parte, las más recientes leyes han incorporado la institución de los árbitros financieros, sin embargo ello se acota un tipo determinado de relaciones de consumo y hasta la fecha, tras casi dos años de vigencia de la reforma sobre Sernac Financiero, no ha tenido aplicación en la práctica.

Sería conveniente elegir un mecanismo alternativo de solución de conflictos, sea la mediación obligatoria o el arbitraje, y ampliar el campo de aplicación de uno de estos mecanismos alternativos de solución de conflictos haciéndolo aplicable a la generalidad de los casos de afección de derechos de los consumidores, robusteciendo su institucionalidad para darle real eficacia⁹⁸.

vi. Sistema de recursos contra sentencia definitiva: apelación en el solo efecto devolutivo e improcedencia del recurso de casación.

Al emitir informe respecto del proyecto que decantó en la Ley 19.955, una de las observaciones formuladas por la Corte Suprema fue la improcedencia de recursos en contra del fallo dictado en segunda instancia. Indica la Excma. Corte que

⁹⁷ En primer trámite constitucional desde enero del año 2008, siendo evidente su abandono.

⁹⁸ Véase también lo señalado a propósito de la mediación, en el apartado 17.- de este capítulo.

*“cabe reiterar a este respecto que se está en presencia de asuntos que, por su naturaleza, debieran requerir de una sustanciación rápida para su eficacia. En tal sentido y para propender a tal agilización, **parece recomendable su concesión en el sólo efecto devolutivo**, que su conocimiento sea en cuenta y no previa vista de la causa y, en fin, que el fallo de segunda instancia no sea susceptible de otros recursos ulteriores.”⁹⁹.*

Esta institución no fue recogida en el texto definitivo, ya que hasta la fecha la apelación se concede en ambos efectos, al tenor del artículo 53 C, inciso final. Además, la Corte Suprema no reiteró este criterio al informar sobre el proyecto que terminó en la Ley 20.543, donde trató el tema de los recursos solo a propósito de la resolución que declaraba admisible la demanda.

vii. Publicación de la sentencia absolutoria.

Si bien esta institución no es estrictamente de aquellas que podemos considerar como potenciales mejoras en la posición de los consumidores en juicios, la estimamos relevante en tanto corrige la publicidad negativa que puede haber sufrido un proveedor de un bien o servicio como consecuencia de un juicio colectivo. Esto cobra importancia en juicios que por su naturaleza se encontrarán en la palestra pública y tendrán mayor repercusión en los medios de comunicación, por el interés que despiertan entre los ciudadanos.

La publicación de la sentencia del juicio declarativo cuando esta absuelve al demandado fue propuesta por los señores senadores Chadwick y Novoa¹⁰⁰, y consistía en la incorporación de una oración al final del inciso 2º del artículo 54, la cual indicaba *“asimismo, se dará a conocer la sentencia que absuelva al demandado, a solicitud de este”*.

⁹⁹ Historia de la Ley 19.955, p. 456.

¹⁰⁰ Historia de la Ley 19.955, p. 338. El texto del artículo 54 fue aprobado con modificaciones, entre las que entendemos se encuentra la supresión tratada en este apartado, ver p. 408 de la Historia de la Ley 19.955.

Dos elementos nos hacen estimar que la mantención de este derecho del proveedor habría sido inocuo. El primero es que, atendida la redacción de la norma, la necesidad de petición por parte del proveedor parece indicar que el costo de esta publicación sería de su cargo¹⁰¹. La segunda que, en todo caso, si la finalidad es restablecer el eventual perjuicio que se puede haber causado con una acción declarada infundada, el contenido y forma del aviso serán determinados por el tribunal, de manera tal que la publicación no podría desvirtuarse hasta convertirse en publicidad favorable al proveedor.

viii. Facultades del Juez en relación con abogados y procurador común.

La Corte Suprema solicitó dejar fuera la facultad del juez para revocar el mandato del procurador común, contenida en el artículo 51 número 7 de la Ley 19.969, pues parecía desaconsejable asignar al juez el rol de evaluar el desempeño del representante de una de las partes. El artículo citado indica que *el juez, de oficio o a petición de parte y por resolución fundada, podrá revocar el mandato judicial, cuando la representación del interés colectivo o difuso no sea la adecuada para proteger eficazmente los intereses de los consumidores o cuando exista otro motivo que justifique la revocación*. Señala la Corte observando a propósito de abogados y procuradores de las partes que

“Acerca de esto último, esto es, la posibilidad de que el juez, procediendo de oficio, revoque un mandato judicial, se estima desaconsejable, en la medida que supone asignar al juez, durante el desarrollo del juicio, una labor de calificación o valoración de la defensa de uno de los litigantes que puede comprometer su

¹⁰¹ Este punto da para plantearse el problema de las costas del juicio ante la absolución del proveedor, ya que en Chile, a diferencia de otras legislaciones revisadas, no existe la declaración del legislador en el sentido de eximir del pago de las costas a quien patrocine la demanda en defensa del interés colectivo de los consumidores.

*imparcialidad. De este modo, parece más adecuado restringir esa intervención a solicitud de parte*¹⁰².

Si bien pareciera que acá remarcamos una institución que no ha quedado en el camino, toda vez que el juicio colectivo agrega algo distinto de lo que ocurre habitualmente en otros procedimientos nacionales de común aplicación, quisiéramos destacar aquel principio que ha dado lugar a este rol más participativo del tribunal. Tradicionalmente en los procedimientos nacionales imperan los principios dispositivo y de pasividad del tribunal. La institución comentada, pese a la recomendación de la Corte Suprema y a riesgo de la pérdida de imparcialidad indicada, es mantenida por el legislador en el texto del proyecto. Ello manifiesta la intención clara del legislador de asignar un rol activo al juez durante el curso del procedimiento, en lo que se refiere a velar por la representación adecuada de la clase o grupo. Esto nos lleva a pensar en otras instituciones que sean manifestación de este excepcional principio. ¿En qué otras instituciones de la ley se manifiesta esta decisión? Una de ellas es al evaluar el acuerdo al que lleguen las partes, el cual debe ser aprobado si no es contrario a derecho o arbitrariamente discriminatorio. ¿Es aquí más exigente el estándar que a propósito de las conciliaciones, avenimientos y transacciones en otros procedimientos en que el interés comprometido es estrictamente privado? Si la respuesta fuera positiva, parecería ya inequívoco que el juez, tiene un deber especial ante la colectividad, debiendo ser más exigente que cuando se trata solamente de los derechos de privados.

B. Historia de la Ley 20.543.

ix. Inapelabilidad de resolución que declara admisible la demanda.

Esta institución aparece en la moción de los senadores señoras Matthei y Pérez San Martín, y señores Espina, Allamand y García, tramitada bajo el boletín

¹⁰² Historia de la Ley 19.955, p. 453.

número 7256-03, y que originó la Ley 20.543. Conforme con ella, se postulaba el siguiente contenido a los incisos 1º y 2º del artículo 52 de la Ley 19.969:

“Artículo 52: El tribunal examinará la demanda y le dará tramitación una vez que verifique la concurrencia de los siguientes elementos:

a. Que la acción ha sido deducida por uno de los legitimados activos individualizados en el artículo 51.

b. Que la acción deducida precisa las cuestiones de hecho que afectan el interés colectivo o difuso de los consumidores y los derechos afectados.

Sobre la resolución que declare admisible la demanda no procederá recurso alguno. Respecto de la resolución que declara inadmisibile la demanda procederá recurso de apelación.

...”

Esto queda fuera tras indicación del Presidente¹⁰³, recogiendo observación de Corte Suprema en su informe¹⁰⁴, en la cual, reiterando lo señalado en la tramitación de la Ley 19.955, indicó que en el caso de declararse admisible la demanda era recomendable, en la búsqueda de mayor celeridad, conceder el recurso en el solo efecto devolutivo, y no en ambos como se hizo finalmente en esa oportunidad. Tras la propuesta del Presidente, el régimen de recursos aplicable contra la resolución que admite la demanda colectiva a tramitación alcanzó su fórmula definitiva, consistente en la impugnación mediante recurso de reposición especial, con apelación subsidiaria y en el solo efecto devolutivo..

x. Llamado a conciliación tras la declaración de admisibilidad.

¹⁰³ Historia de la Ley 20.543, p. 42.

¹⁰⁴ Historia de la Ley 20.543, p. 14. Señala la Corte Suprema que “En cuanto a la posibilidad de impugnar la resolución que se pronuncia acerca de la admisibilidad de la demanda, el proyecto plantea, como se indicó, que sólo pueda recurrirse en caso que ésta sea declarada inadmisibile, otorgándose la apelación en este evento en ambos efectos. En cambio, cuando se declara su admisibilidad, esta decisión se propone sea inapelable. Esta Corte Suprema estima que resulta preferible consagrar la posibilidad de interponer recurso de apelación en ambas hipótesis, esto es, tanto de admisibilidad como de inadmisibilidat, disponiéndose que el recurso sea concedido en el sólo efecto devolutivo.”

Como una herramienta tendiente a fortalecer la institución de la conciliación, se propuso en la moción del proyecto de la Ley 20.543 efectuar el llamado por el tribunal una vez notificada la resolución que declara admisible la demanda¹⁰⁵, pero esto fue descartado.

Al efecto encontramos únicamente la opinión del asesor legislativo del Ministro de Economía, quien indica que “no es apropiado contemplar un llamado a conciliación obligatorio una vez finalizado el examen de admisibilidad, con un carácter más bien formal, por lo que el juez no tendría suficientes elementos para poder sentar las bases de un acuerdo y resolver adecuadamente”¹⁰⁶. Esto es además concordante con la elección de un examen de admisibilidad en el cual no participa el demandado. Fue definitivamente eliminado tras la indicación del Presidente de la República en el boletín del 7 de marzo de 2011, al realizar indicación para reemplazar el artículo 52¹⁰⁷ por el que fue aprobado en definitiva.

xi. Término especial para oponer excepciones dilatorias.

En la moción del proyecto de la Ley 20.543, iniciada con el boletín 7256-03 ya referido, se establecía un término especial para la oposición de las excepciones dilatorias, cuestión que guarda correspondencia con la alteración del orden normal en los procedimientos contenciosos indicada en el número 10.- precedente, atendida la anticipación del llamado a conciliación. La propuesta consistía en agregar nuevos artículos a continuación del artículo 52 de la LPC, en particular un artículo 52 B, cuyo inciso segundo señalaba:

“En este procedimiento, el demandado podrá oponer excepciones dilatorias sólo hasta las 12,00 horas del día anterior al fijado para la realización de la audiencia de conciliación. Las excepciones deberán

¹⁰⁵ Historia de la Ley 20.543, p. 8.

¹⁰⁶ Historia de la Ley 20.543, p. 24.

¹⁰⁷ Historia de la Ley 20.543, p. 32.

oponerse todas en un mismo escrito y se resolverán breve y sumariamente antes de dar inicio a la audiencia de conciliación”.

Consecuentemente con el descarte de la anticipación del llamado a conciliación indicada en el número 10 previo, quedó fuera este el término especial propuesto.

En definitiva, ante la eliminación tanto de esta institución como de la referida a propósito de la conciliación, respecto de las excepciones dilatorias han de seguirse las reglas generales. Sin embargo, subsiste la duda sobre si deberían oponerse en el mismo escrito de contestación, en el primer otrosí, o bien pueden oponerse ellas solas en un escrito antes de contestar, esperando hacerlo una vez resueltas, con un plazo reducido como ocurre según el art. 308 CPC. Estimamos que la respuesta a esta interrogante ha de ser **afirmativa**. Ello pues ante la supresión de la remisión al juicio sumario –que precisaremos en el número siguiente-, y la inexistencia de una audiencia oral o de alguna otra regla clara, solo resta valerse del procedimiento de subsidiario de aplicación general, esto es el procedimiento del juicio ordinario regulado en el Código de Procedimiento Civil. La solución según este procedimiento permitiría al demandado oponer, tras la declaración de admisibilidad, dilatorias en un escrito que, con independencia de la calidad de su contenido, permitirá prorrogar el término para contestar en diez días, siguiendo el artículo 308 del CPC. Esta respuesta no nos satisface completamente, pues esto produciría mayores demoras en la tramitación del juicio, justamente una de las cosas que, en general, se pretenden evitar en esta materia (en este sentido la moción era explícita al dar un plazo acotado para oponerlas y ordenar al tribunal resolver breve y sumariamente; misma intención se manifiesta en las intervenciones de la Corte Suprema ya citadas). Así, sería útil una disposición que haga perentorio para el demandado contestar en subsidio de las dilatorias, previniendo la presentación de algunas sin mayor fundamento y que tengan por propósito demorar el juicio.

xii. Remisión al procedimiento sumario.

Una institución de suma relevancia que ha sido abandonada consiste en la remisión al procedimiento sumario, que era el aplicable hasta el año 2011, según el texto de la Ley 19.955. La eliminación de la regla sobre el procedimiento supletorio aplicable encuentra su origen en una indicación formulada por el Presidente mediante la cual se modificaba el artículo 51 en este y otros dos aspectos de relevancia menor¹⁰⁸. Esta modificación fue aprobada en el Primer Trámite Constitucional (Segundo Informe de la Comisión de Economía, Senado)¹⁰⁹.

A juicio de la Corte Suprema, informando al Senado sobre el proyecto en trámite, era conveniente mantener la remisión al procedimiento sumario en lugar de estructurar un nuevo procedimiento. Señala la Corte que

“resulta preferible el texto del Senado, en orden a utilizar el procedimiento sumario como base del juicio, con las modificaciones pertinentes, y no crear uno nuevo, en atención a la gran variedad de procedimientos especiales que se han establecido en la legislación chilena, lo que provoca un defecto serio en la sistematización de los juicios”¹¹⁰.

Anterior juicio sumario tenía también características especiales, pues el antiguo artículo 51 de la LPC excluía la aplicación de los artículos 681, 684 y 685, (sobre sustitución por el juicio ordinario, posibilidad de acceder provisionalmente a la demanda en rebeldía del demandado y posibilidad de citar a oír sentencia sin necesidad de recibir a prueba, también en rebeldía del demandado, respectivamente). Por ello, el argumento de la Corte resulta

¹⁰⁸ Historia de la Ley 20.543, pág. 31.

¹⁰⁹ Historia de la Ley 20.543, pág. 39.

¹¹⁰ Historia de la Ley 20.543, pág. 97.

extraño, ya en estricto rigor es igualmente un procedimiento distinto de los de aplicación general.

No encontramos razones en la historia de la ley para esta decisión, pero podría explicarse por la necesidad de otorgar a las partes un término más amplio para allegar pruebas al proceso, ya que el término de 8 días propio de la tramitación incidental que tiene la prueba en el juicio sumario resulta muy breve para un juicio que, pese a la celeridad que requiere, es de compleja resolución. La ampliación de este término resulta beneficiosa en mayor medida para el Sernac cuando actúe como legitimado activo, por el volumen de demandas colectivas que patrocina. Además de ello, la elección de legislador nos parece correcta por ser un punto intermedio entre el juicio sumario y el ordinario común, aplicándose éste último pero con mayor agilidad a través de la supresión de los trámites de réplica y dúplica.

C. Otros boletines y proyectos paralizados¹¹¹

xiii. Valor probatorio de resoluciones administrativas y sentencias judiciales firmes.

El proyecto presentado bajo el boletín 6543-03¹¹² presentaba un artículo 50 I, conforme con el cual “toda sentencia definitiva o resolución con carácter de equivalente jurisdiccional que se encuentre ejecutoriada, expedida por un órgano jurisdiccional o por un servicio público que ejerza funciones fiscalizadoras, que haya determinado la responsabilidad infraccional de un proveedor que cause daño a los consumidores, producirá plena prueba respecto de la existencia de la infracción y del derecho de los consumidores a las indemnizaciones, devoluciones

¹¹¹ En este apartado revisaremos los boletines de tramitación de proyectos de ley disponibles en la página web del Senado <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>, números 7922-03, 7563-07, 7078-03, 6552-03, 6543-03, 6461-03, y 5981-03.

¹¹² Este Boletín da cuenta del proyecto de ley iniciado por moción presidencial con fecha 27 de abril de 2009. Parte del contenido de éste fue finalmente recogido en la Ley 20.543, surgida del boletín 7256-03. A diferencia de lo ocurrido con otros proyectos (por ejemplo los contenidos en los Boletines 6973 y 7074), los dos boletines mencionados no fueron fusionados para su tramitación.

o reparaciones que correspondan”¹¹³. El inciso siguiente de esta norma indicaba que las demandas indemnizatorias iniciadas conforme con esta disposición se tramitarían según el procedimiento del artículo 51 de la LPC, esto es el procedimiento en defensa de intereses colectivos y difusos de los consumidores.

Actualmente encontramos una norma semejante en el artículo 54 C, sin embargo se refiere únicamente a aquellas sentencias dictadas en los propios procedimientos colectivos (sentencias dictadas conforme al artículo 53 C, señala), para la etapa indemnizatoria de los mismos.

Son evidentes las ventajas para los consumidores de dar este valor a las sentencias o resoluciones administrativas. A modo de ejemplo podemos indicar el caso en que un consumidor, por desconocimiento u otra razón, presente a título personal una acción en un juzgado de policía local o reclamo en sede administrativa motivada por una infracción que además puede tener alcance colectivo, ante lo cual podría oponer el resultado de su acción individual, en un juicio de alcance colectivo. La institución descrita presenta además ventajas desde el punto de vista de la economía procesal, toda vez que se evitará reiterar un pronunciamiento sobre un punto discutido en un juicio o procedimiento administrativo diverso.

xiv. Fomento de soluciones amistosas.

En el boletín 6543-03 se contenía también, como parte del objetivo declarado de adoptar medidas inspiradas en las “prácticas internacionales a través de figuras modernas y mecanismo eficaces”¹¹⁴, un incentivo para la solución alternativa del conflicto a través de la propia iniciativa del proveedor o empresa infractora, mediante una propuesta concreta presentada al Sernac. Se proponía agregar una letra f) al artículo 58 de la ley, según el cual “El proveedor siempre

¹¹³ Boletín 6543-03, p. 13.

¹¹⁴ Boletín 6543-03, p. 6.

podrá presentar al Servicio Nacional del Consumidor propuestas de acuerdos sujetos a aprobación judicial, que contengan alternativas de solución para todos los consumidores afectados por la misma situación”.

La norma propuesta además agregaba requisitos para esta proposición, tales como estimación del daño causado, indicación de grupos o subgrupos de consumidores, montos de indemnizaciones y forma en que se harían efectivas, entre otros. Para que el acuerdo produjera efectos jurídicos como equivalente jurisdiccional se requería además aprobación por parte del juez, bajo los mismos presupuestos que el artículo 53 B, inciso segundo, que conocemos actualmente.

Estimamos que esta práctica queda cubierta con el rol que ya cumple el Sernac en la búsqueda de soluciones antes de recurrir a la vía judicial. Con la escasa madurez que en la materia parecen presentar los proveedores chilenos (tómese como referencia únicamente que a la fecha ningún proveedor ha realizado las gestiones para obtener el Sello Sernac), es ilusorio pensar que realizarán propuestas de solución en forma autónoma.

xv. Vista preferente de los recursos de apelación.

El boletín 7922-03 tiene como uno de sus objetivos, todos tendientes a agilizar la tramitación de los procedimientos en la materia, sean en defensa del interés individual o del difuso o colectivo, incorporar la preferencia para la vista de los recursos de apelación deducidos en los procedimientos por acciones colectivas, modificando al efecto el artículo 51 n° 8, mediante la incorporación de la frase “y gozarán de preferencia para su vista y fallo”.

Actualmente, si bien son agregados de manera extraordinaria en la tabla la semana siguiente del ingreso del recurso, salvo cuando se trate de recursos interpuestos contra sentencias definitivas, caso en el cual se agregan a la tabla en la semana subsiguiente a su ingreso, las causas de esta materia todavía no gozan de preferencia para la vista. La incorporación de esta herramienta procesal sin duda permitiría una tramitación más rápida de la acción. Ello resulta de mayor importancia ante apelaciones interpuestas en contra de sentencias definitivas,

debido a que, a pesar de la indicación de la Corte Suprema efectuada al tramitarse la Ley 19.955¹¹⁵, estos se conceden en ambos efectos.

Aprovechamos este apartado para agregar un tema pendiente y que no ha sido tratado en ninguno de los proyectos de ley revisados o discusiones de leyes y modificaciones ya aprobadas. Se trata de la aplicación de las instituciones de agregación extraordinaria a la tabla y preferencia para la vista de los recursos de casación que se deduzcan en juicios colectivos y que vayan a ser conocidos por la Corte Suprema. Si bien en el caso de las apelaciones las causas serán vistas por la sala con relativa rapidez, ello se pierde en la Corte Suprema, dilatándose de esta manera el retraso que sufrirá la dictación de una sentencia firme y ejecutoriada. Como ya se indicó, esto es de suma relevancia en casos en que la apelación tiene efecto suspensivo. A este mismo tema se refirió Director (S) del Sernac señor Juan Luis Ossa, en seminario “Impactos del fallo Sernac-Cencosud” realizado el día 3 de mayo de 2013 en la Universidad de Chile, cuyo tema era la dictación de la primera sentencia definitiva, con instancias agotadas, en juicios para la defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores¹¹⁶.

xvi. Consagración constitucional de los derechos de los consumidores.

Se pretende incorporar dentro del catálogo de derechos fundamentales la protección de los consumidores, agregando la siguiente frase al inciso primero del numeral 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República:

¹¹⁵ La Corte formuló la siguiente observación a los aspectos procedimentales del proyecto: *“OBSERVACION: Cabe reiterar a este respecto que se está en presencia de asuntos que, por su naturaleza, debieran requerir de una sustanciación rápida para su eficacia. En tal sentido y para propender a tal agilización, parece recomendable su concesión en el sólo efecto devolutivo, que su conocimiento sea en cuenta y no previa vista de la causa y, en fin, que el fallo de segunda instancia no sea susceptible de otros recursos ulteriores.”* (Página 456 de Historia de la Ley 19.955)

¹¹⁶ Realizado el día 3 de mayo de 2013 en la Universidad de Chile (<http://www.derecho.uchile.cl/agenda/90779/seminario-impactos-del-fallo-sernac-cencosud>). Indicaba el señor Ossa en su intervención que uno de los temas aún pendientes es la incorporación, cuando el procedimiento llegue a la Corte Suprema, de la preferencia para la vista de recursos interpuestos.

“Es deber del Estado fomentar la protección de los derechos de los consumidores, la libre elección de los bienes y servicios, una información suficiente, veraz y oportuna, como su derecho a no ser discriminados arbitrariamente y a ser reparados de los daños sufridos, en conformidad a la ley.”

Esta propuesta presenta dos aristas que merecen ser destacadas. La primera es la ubicación en el contexto de los derechos que configuran las libertades económicas, acercándose a las nociones más modernas de derechos de los consumidores, que los hacen parte de las regulaciones asociadas al orden económico; en este contexto, constituiría un límite para el desarrollo de las actividades económicas. Un segundo aspecto que merece mención es que, estando el artículo 19 N° 21 protegido por la acción de protección, esta podría constituirse en una herramienta procesal más para la protección de los derechos de los consumidores, en la medida en que se cumplan los presupuestos de la acción cautelar.

La moción ingresó en abril de 2011 y no tiene, lamentablemente, más trámites que el primero constitucional¹¹⁷. Sin perjuicio de ello, para futuros proyectos sería aconsejable además dejar explicitadas tanto la dimensión individual como la colectiva de los derechos de los consumidores.

xvii. Obligatoriedad del trámite de mediación o, al menos, de concurrir a dar respuesta una vez que el Sernac pone en conocimiento del proveedor el reclamo recibido.

Uno de los proyectos presentados y que se encuentra paralizado desde julio de 2011, buscaba hacer obligatorio para los proveedores realizar alguna propuesta ante el requerimiento del Sernac generado a partir de reclamos de los

¹¹⁷ Boletín 7563-07, disponible en internet, <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>.

consumidores. Además, la falta de concurrencia o de respuesta ante la comunicación del Sernac constituiría una infracción especial a la LPC, estableciendo como plazo para responder con una propuesta el de quince días¹¹⁸.

Si bien es una buena herramienta, está concebida como una facultad del Sernac y no como un requisito previo al procedimiento (como ocurre, por ejemplo en derecho de familia o para presentar demandas en materia de salud en contra del fisco). Así, parece dudosa su eficacia práctica como un mecanismo más expedito para solucionar los conflictos en materia de intereses colectivos, ya que, por una parte está sujeta a la solicitud del Sernac y, por otra, porque no es requisito para presentar la demanda en aquellos casos en que sea otro de los legitimados activos quien vaya a presentar la demanda¹¹⁹.

xviii. Ampliación del procedimiento colectivo a casos de vulneración de normas sobre Libre Competencia.

Acorde con las visiones más avanzadas, que ven la defensa del consumidor como parte de la necesaria regulación del sistema económico, en la cual participan también normativas especiales de otros campos como la libre competencia, algunos proyectos de ley¹²⁰, a la fecha abandonados, o al menos paralizados, amplían la aplicación del procedimiento para la defensa de intereses colectivos y difusos de los consumidores a aquellos casos en que se han producido atentados contra la libre competencia.

En una de las mociones bajo tramitación se propone incluir la siguiente oración en el artículo 51, inciso primero, según lo cual el procedimiento colectivo o difuso para protección de derechos de los consumidores recibiría aplicación "sea por infracción a las normas de esta ley o por infracción a las normas del Decreto

¹¹⁸ Boletín 7078-03, disponible en internet.

¹¹⁹ Ver lo señalado a propósito del arbitraje en el numeral 5 de este capítulo, sobre arbitraje, en tanto parece recomendable que el legislador decida un mecanismo alternativo para resolver conflictos, fortaleciéndolo a fin de lograr una mayor eficacia del mismo.

¹²⁰ Boletín 6552-03 y 6461-03, disponibles en internet,

Ley N° 211 declarada mediante sentencia ejecutoriada del tribunal que esa ley establece¹²¹.

La necesidad de una norma de estas características resulta bastante lógica, pues los atentados contra esta institución de la economía o del mercado –la libre competencia-, parece inevitablemente tener repercusión en el ámbito de los derechos de los consumidores¹²². Ocurre que la normativa específica busca proteger a quienes, desde la perspectiva del derecho del consumidor, son proveedores de las actividades de otros proveedores y, en forma más general, el correcto funcionamiento del mercado. Sin embargo por infracciones de este tipo quedan desamparados los perjuicios que puedan haber sufrido los consumidores, por ejemplo como ocurriría en casos de arreglos de precios. Ello pues, a fin de cuentas, los consumidores son también víctimas de los abusos cometidos por los empresarios, resultando directamente afectados y soportando consecuencias de la infracción cometida (encontramos por ejemplo el caso de farmacias, en el cual el acuerdo de precios genera una alteración a la libre competencia, perjudicando a proveedores con participación menor en el mercado y a la vez a los consumidores¹²³). La inexistencia de una norma que habilite para presentar demandas colectivas por este tipo de infracciones implica el desafío de articular una demanda en este contexto usando las herramientas que otorga la LPC¹²⁴. Una disposición del legislador que permita sortear esta barrera resultaría de suma

¹²¹ Boletín 6552-03, semejante es la propuesta contenida en el Boletín 6461-03.

¹²² Pensemos en los casos más reconocidos de colusión. El juicio por el caso farmacias se encuentra radicado ante el 10° Juzgado Civil de Santiago, rol N° 1940-2013. Podemos citar al exdirector del Sernac señor Juan Antonio Peribonio, quien a propósito de los acuerdos entre productores de pollos, decía que “no hay mayor beneficio para los consumidores que exista una sana y libre competencia en el mercado y que se respeten de sus derechos. Una sana y libre competencia permite que los consumidores ejerzan derechos básicos como la libre elección de los productos y servicios y tomar sus propias decisiones informadamente”

Otro caso demostrativo de la relación entre la protección de la libre competencia y de los consumidores es la participación que tuvo como Conadecus en el procedimiento seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia NCC N° 388-11, que concluyó con la resolución 37/2011, la cual estableció medidas para la protección de la libre competencia en el caso de la fusión Lan-Tam. Conadecus participó como consultante y, además, participó aportando antecedentes el Sernac

¹²³ <http://diario.latercera.com/2012/09/11/01/contenido/negocios/10-118158-9-sernac-y-farmacias--lo-que-corresponde-es-iniciar-una-accion-judicial.shtml>

<http://www.ceret.cl/noticias/hernan-calderon-en-este-caso-no-proceden-las-demandas-colectivas/>

¹²⁴ Sin perjuicio de otras cuestiones discutibles, como la prescripción de la acción infraccional.

utilidad para un universo de casos que, si bien es pequeño, tienen enorme impacto a nivel general.

xix. Reducción del número de consumidores requeridos para iniciar un procedimiento colectivo.

El proyecto de ley contenido en el boletín 5981-03¹²⁵ propone reducir el número de consumidores afectados para accionar colectivamente de 50 a 10, fundándose para ello en la constatación de casos, caracterizados como “hechos menores que se dan a diario en el mercado y en los que los afectados son menos de 25, 35 o 40 personas, por ejemplo intoxicaciones por alimentos en restaurantes, alzas de voltaje que afectan a pequeñas poblaciones”¹²⁶, en que el número de afectados no alcanza el mínimo establecido por el legislador.

Estimamos innecesaria la reducción del número en propuesta pues, si bien no deja de ser comprensible la preocupación expresada en el boletín, esta es una entre tres alternativas para accionar, restando las opciones que requieren representación por el Sernac o una asociación de consumidores, las cuales no exigen número de consumidores afectados, quedando a criterio de estas entidades, especializadas en la materia y con la finalidad específica de proteger a los consumidores tanto desde el punto de vista colectivo como desde el individual, la necesidad de interponer una demanda en estos casos. La decisión de orden político de señalar un número mínimo para permitir acciones iniciadas en esta forma manifiesta la intención del legislador de permitir que los consumidores actúen en forma privada, pero coordinada, solo si la gravedad de la sanción es de una magnitud tal que permita la reunión de ese número de personas. Para el resto de los casos, subsisten las alternativas de (i) dejar el caso en manos del Sernac o

¹²⁵ Ingresado a tramitación en julio de 2008. Este es uno de los primeros proyectos que propone modificaciones a la luz de los problemas evidenciados en la práctica de los juicios colectivos. Si bien aparece como “en tramitación”, por el tipo de modificaciones propuestas, algunas tomadas en las leyes aprobadas recientemente, y por no haber avanzado su tramitación desde el ingreso, encontrándose todavía en primer trámite constitucional, lo consideramos abandonado.

¹²⁶ Boletín 5981-03, p. 3, disponible en internet

asociación de consumidores, quienes según sus parámetros determinarán la viabilidad de la acción y (ii) iniciar una demanda a título individual. En este escenario, no parece que los derechos afectados queden desamparados.

Capítulo III: Conclusiones

I.- Recapitulación

En un comienzo, este trabajo trataba principalmente de los aportes que ofrece el derecho comparado, acotándose a la etapa de admisibilidad. Sin embargo, por razones circunstanciales, devino en uno en que incluía una visión más amplia de aspectos procesales en derecho comparado, e incluía una revisión de los intentos de reformas o mejoras en nuestro propio país, para lo cual recurrimos al único lugar en que podemos encontrar formalmente estos intentos, a veces fructíferos y otras no, esto es los diversos proyectos de ley que se han tramitado desde el año 2001 hasta la fecha. Tal como se enunció al comenzar, corresponde seleccionar algunas instituciones o instrumentos que encontramos en estas dos fuentes, las cuales no reciben actualmente aplicación en el procedimiento para la defensa de los derechos difusos y colectivos de los consumidores, y que estimamos constituirían una mejora a los mismos en caso de ser implementadas.

En el ámbito del derecho comparado, los nueve países analizados nos entregaron una variedad de elementos que resultan relevantes a la hora de revisar instituciones cuya incorporación al procedimiento local podría ser positiva. Cada país vive una realidad distinta y por ello las decisiones tomadas a la hora de diseñar procedimiento colectivo, influenciadas por razones políticas, económicas o estrictamente jurídicas, se deben a esa realidad local. Sin perjuicio de esta

diferencia, muchas instituciones pueden ser un aporte a la realidad chilena, por lo cual enunciaremos las que nos han parecido remarcables, atendiendo a cada país o al conjunto, según el caso. Asimismo, al final de este trabajo se incorpora como un anexo un cuadro en el cual aparecen las distintas instituciones analizadas, el cual ofrece una mirada sintética de la aplicación de todas ellas en cada uno de los sistemas estudiados.

El caso de Estados Unidos es paradigmático. Si bien en general su estructura procesal difiere de lo que conocemos en el derecho continental, destaca en primer lugar la existencia de una etapa de certificación, no tanto por su existencia, ya que para nosotros ello implica agregar un trámite que dilata el juicio, sino por su fundamentación. Bajo esta institución reside una intensa preocupación por la representación adecuada de los miembros del grupo, cuestión que va de la mano con la amplitud de los efectos de la sentencia. El rol del juez es también destacable en este aspecto, toda vez que debe velar, entre otras cosas, por la calidad de la representación, atendiendo a parámetros contenidos en la Regla 23¹²⁷. Sin embargo, la preocupación por la calidad de la representación se explica en parte por la ausencia de una decisión legislativa previa respecto de quienes ejercen esa representación adecuada, quedando la responsabilidad en manos de privados. En cuanto la notificación de los miembros sobre la existencia de la acción, también se destaca la fórmula amplia conforme con la cual debe hacerlo de una “manera razonable”, lo cual dependerá exclusivamente del criterio del juez y su apreciación de las características del caso y, especialmente, las del grupo afectado.

En Brasil resulta valioso en primer lugar el proceso seguido para la construcción de sistema de protección de los derechos de los consumidores, como ya se indicó oportunamente, un “trasplante responsable”, inspirado en el derecho norteamericano. De ello nace la existencia de una acción colectiva genérica, tema que si bien excede esta tesis, vale destacar por ser pionero en Sudamérica al consagrar bajo esta fórmula las acciones en defensa de los derechos de los

¹²⁷ Regla 23 (g).

consumidores en su dimensión colectiva. Es asimismo una fórmula repetida en otros países como Uruguay, Colombia y México y que revela una visión más amplia que la existente en nuestro país a propósito de los conflictos en que se ven envueltos intereses supraindividuales. En segundo lugar destaca la mayor amplitud respecto de los legitimados activos, con la inclusión de entidades públicas como los Estados, las municipalidades, distritos federales y el Ministerio Público, además de las asociaciones de consumidores pre constituidas. Si bien en este punto hay un elemento positivo, ya que se facilita el acceso a la justicia, se restringe la presentación por grupos de consumidores reunidos ocasionalmente, lo cual puede dificultar la concreción de ese mismo principio.

De España podemos destacar la introducción de modificaciones al procedimiento ordinario para la creación del procedimiento aplicable en materia de derechos colectivos de los consumidores. Ello tiene la ventaja de facilitar la labor de los distintos involucrados en los juicios, desde abogados hasta miembros del tribunal, pues el procedimiento se desarrollará siguiendo los mismos trámites ya conocidos por los distintos actores del sistema. Además permitiría eventualmente su extensión a otras áreas en que estén implicados derechos colectivos, como se indicó al citar el pasaje correspondiente del mensaje en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se destaca también la figura de una medida prejudicial especial a fin de ampliar o difundir de mejor manera la existencia de una acción en curso, para cubrir a la mayoría de interesados, y que en definitiva la eficacia de la sentencia sea, materialmente, más amplia; ello a pesar de ser la contrapartida a altas exigencias para el caso en que la demanda sea presentada por grupos de consumidores afectados.

De Argentina podemos destacar la defensa de los derechos de los consumidores en su dimensión transindividual mediante una acción constitucional, la de amparo, con la cual se permite una mayor celeridad en casos en que urja una decisión veloz para la salvaguarda de estos derechos. Destaca también la remisión a un procedimiento de aplicación general, pero de tramitación sumaria, lo cual presenta la ventaja, ya reseñada, de facilitar la labor de los diversos operadores. Estas dos herramientas evitan dilaciones que atenten contra una real

protección de estos derechos, cumpliendo así con una tutela judicial efectiva de los mismos. En cuanto a la legitimación activa, esta es amplia, sin que aparezcan en la legislación restricciones para la interposición de demandas por grupos de consumidores como en otros países, entre ellos Chile, facilitándose así el acceso a la justicia de los consumidores. Finalmente, resulta sumamente atractiva la incorporación de dos instituciones, la categoría de daños punitivos como una institución aplicable a la hora de determinar formas de indemnización (y en este caso, además, constitutiva de una sanción), única entre los países latinos analizados; la otra es la aplicación del principio de buena fe al obligar al demandado a aportar antecedentes al proceso.

En Colombia podemos destacar especialmente el rol que se le asigna al juez dentro del procedimiento, ya que le corresponde por mandato legal facilitar la tramitación del procedimiento o tomar medidas tendientes a finalizarlo para alcanzar la solución del conflicto. Si bien en otros países el tribunal tiene un rol activo en aspectos determinados, nunca tiene la fuerza que vemos en Colombia, donde en aras de una real protección de los derechos de los consumidores, se altera el principio dispositivo imperante, asumiendo un rol que puede resultar clave para la conclusión de la acción intentada. Además, encontramos también una legitimación activa amplia, que incorpora a diversos organismos públicos, a las asociaciones de consumidores, y a los propios usuarios reunidos.

Conviene finalmente destacar algunas instituciones que aparecen repetidas entre los distintos ordenamientos estudiados y que parecen valiosas para una mejor protección de los derechos de los consumidores, las cuales, si bien no se encuentran en todos, predominan en la mayoría. Algunas de ellas se repiten también en Chile, como se podrá apreciar en el esquema agregado. Se destaca en primer lugar la existencia de una acción colectiva superior al ámbito del derecho del consumidor o de aplicación general, ventajosa por permitir uniformidad en procedimientos para la tramitación de determinadas acciones que tienen el sustrato común de defender intereses de grupos numerosos de personas, además de ampliar el ámbito de protección cuando claramente el

problema suscitado sea de aquellos con impacto plural. A continuación aparece la elección de un procedimiento ordinario o de aplicación general para la tramitación de la acción, la cual facilita la intervención de los diversos operadores jurídicos, entre ellos los tribunales. En cuanto al alcance de la dimensión colectiva de estas acciones, con la excepción de los Estados Unidos, en todas las legislaciones estudiadas la pluralidad permitida es sólo aquella que dice relación con los demandantes, instrumento que parece eficiente para corregir la desigualdad de las posiciones en conflicto, elemento esencial en el derecho del consumidor. En lo que respecta a la legitimación activa, varios países incorporan una variedad de organismos públicos para la interposición de estas acciones, como municipalidades u otras autoridades locales, cuestión ausente en Chile y que podría incorporarse a fin de mejorar la protección, en tanto incrementa las posibilidades de acceso a asesoría letrada en lugares donde no existan oficinas de Asociaciones de Consumidores o del Servicio Nacional del Consumidor. A continuación encontramos la casi total inexistencia de una etapa de admisibilidad centrada en elementos de fondo, con la excepción de los Estados Unidos y México, aunque en el primero tiene una finalidad y preocupación clara que la justifica, la representación adecuada. Otra institución relevante en la mayoría de los países es la inclusión (o, para ser más precisos, la inexistencia de una exclusión expresa, como en Chile) de la indemnización del daño moral entre los objetivos de la acción colectiva, cumpliéndose con ello con el principio de reparación integral del daño. Para concluir, hay otras instituciones que no han sido tratadas específicamente, pero vale mencionar por su utilidad para una mejor protección de los usuarios considerados como colectividad, como las formas de notificación, la gratuidad de las gestiones judiciales, la existencia de sistemas de arbitraje y mediación, y la creación de grupos de consumidores por el juez de la causa cuando corresponda y sea útil para una sentencia más eficiente.

El derecho nacional, a través de los diversos proyectos de ley, sea que hayan concluido efectivamente en una ley o no, ofrece también varios elementos a

considerar y que, a pesar de haber sido presentados a discusión, fueron descartados.

El primero, de gran relevancia en nuestro parecer, más aun si consideramos que tiene extensa aplicación en derecho comparado, es la posibilidad de una legitimación activa más amplia, agregándose a “cualquier órgano de la administración del Estado”. Un rol fundamental podrían cumplir las municipalidades, sobre todo en lugares donde no existan oficinas del Sernac o una asociación de consumidores.

Encontramos también la adición de un mecanismo de solución alternativo de carácter prejudicial y necesario como es la mediación previa obligatoria, al estilo de lo que ocurre en demandas por responsabilidad del Estado en materia de salud , en los procedimientos de derecho de familia. El Sernac sin embargo ya cumple un rol en esta materia y materialmente realiza gestiones para la búsqueda de acuerdos extrajudiciales como forma de solución de los conflictos, cuestión que supliría la mediación. La alta cantidad de conflictos resueltos por esta vía confirma que es una mejora prescindible.

Un aspecto pendiente, que, a pesar de tener otro punto de vista se encontraba en uno de los proyectos revisados, es la claridad en cuanto a la oportunidad y forma de interponer excepciones dilatorias, cuestión que debería tener a evitar la utilización de recursos carentes de fundamento para retrasar el juicio y se materializaría a través de la obligatoriedad para el demandado de contestar la demanda en subsidio de la defensa a través de excepciones dilatorias.

En cuanto a la “pérdida” de la aplicación del juicio sumario, no nos parece relevante, por las razones ya esgrimidas. Actualmente tenemos un juicio más rápido que el procedimiento ordinario, pero que salvaguarda en mejor forma las posibilidades de defensa y aporte de pruebas al proceso, lo cual beneficia tanto a los demandados como a los demandantes.

Otro elemento rescatable es la entrega de valor probatorio de plena prueba a aquellos hechos ya acreditados en otros procedimientos judiciales o administrativos. Con ello se reduce la discusión en el juicio colectivo, ganado

rapidez, a la vez que se economizan recursos en el procedimiento, dando cumplimiento al principio formativo del procedimiento de economía procesal.

Uno de los últimos aspectos que implicarían una mejora en el procedimiento actual es la agregación extraordinaria a la tabla y preferencia para la vista de los recursos de casación que se deduzcan en juicios colectivos y que vayan a ser conocidos por la Corte Suprema. Es incomprensible que ante las Cortes de Apelaciones se le otorgue velocidad al avance del juicio (y también en la construcción de todo el procedimiento previo), pero que se pierda esta virtud cuando el procedimiento haya alcanzado recursos de conocimientos de la Corte Suprema.

Finalmente, desde el punto de vista general o sistémico, dos elementos constituirían una clara mejora a nuestra actual ordenamiento. El primero de ellos es la constitucionalización de los derechos colectivos, y dentro de ellos, de los consumidores, como ocurre en la mayoría de los países revisados. Implicaría un reconocimiento explícito de ciertos derechos tradicionalmente postergados, por entenderse prioridades secundarias para países en vías de desarrollo. Si bien en Chile ya están reconocidos en la ley estos derechos, a lo menos desde un punto de vista simbólico, es indispensable esta inclusión en la Constitución. El segundo de estos elementos sistémicos, es la ampliación del campo de aplicación la acción en defensa de los derechos colectivos o difusos de los consumidores a casos por infracciones a libre competencia, cuestión que insertaría explícitamente los derechos de los consumidores como parte del orden público económico.

II. Propuestas.

Si bien cada una de las instituciones destacadas tiene importancia o impacto en uno u otro aspecto de los juicios colectivos, de todas las reseñadas, dos son estrictamente procesales y nos parecen esenciales si queremos mejorar el actual procedimiento para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores:

- a) la ampliación de la legitimación activa, agregando a otras entidades del sector público, pues con ello se facilitarían la defensa de los intereses colectivos en aquellas localidades en que no existan oficinas del Sernac ni de Asociaciones de Consumidores, o bien digitalmente aisladas, como podrían ser comunidades rurales.
- b) la preferencia para la vista de las causas ante la Corte Suprema sería un avance para la celeridad de resolución que requieren estos asuntos. Además de ello, estaría en concordancia con la preferencia de que gozan para la vista en las Cortes de Apelaciones.

Encontramos además otras herramientas de importancia pero que se presentan en niveles más amplios que el meramente procesal y que a nuestro juicio es recomendable incluir en el ordenamiento para una mejor defensa de los intereses colectivos de los consumidores, una de las cuales tendrá impacto también en ámbitos distintos del derecho del consumidor:

- c) la constitucionalización de los derechos de los consumidores, pues elevar estos derechos a rango constitucional implicaría ser un elemento a considerar para la toma de decisiones a nivel político, las cuales tendrán estos derechos como un límite o punto de referencia. Se agrega además la eventual ampliación de la protección por la vía de la acción de protección.
- d) la existencia de una acción colectiva general, por la ventaja práctica que implica para los diversos intervinientes del sistema la existencia de un procedimiento uniforme para todos los casos en que se puedan ver afectados, a partir de los mismos hechos, derechos de una multiplicidad de sujetos.
- e) Finalmente, presentaría ventajas la inclusión de la indemnización del daño moral, imponiéndose el principio de reparación integral del daño, común en derecho privado, y el fortalecimiento de las instancias de solución

extrajudicial, en tanto implica una descarga para la labor de tribunales y el alcance de remedios con mayor eficiencia, en tanto tiende a la obtención de una solución más rápida y que satisface íntegramente a los consumidores afectados.

Si bien las primeras (letras a y b anteriores) cubrirían una parte de los aspectos pendientes, es a través de la implementación de mejoras en el conjunto que se lograrían los mayores avances en materia de protección de los derechos de los consumidores desde su cariz transindividual o plural.

BIBLIOGRAFÍA

Derecho nacional

- Código Civil.
- Código de Procedimiento Civil.
- Ley 19.496, establece normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, modificada por la Ley 19.955.

Proyectos de Ley (disponibles en internet, a través de las páginas www.bcn.cl o <http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php>):

- Historia de la Ley 19.955.
- Historia de la Ley 20.543
- Historia de la Ley 20.555.
- Boletín N° 5514-03.
- Boletín N° 5675-03.
- Boletín N° 5981-03.
- Boletín N° 6341-07.
- Boletín N° 6461-03.
- Boletín N° 6543-03.
- Boletín N° 6552-03.
- Boletín N° 6904-03.
- Boletín N° 6973-03.
- Boletín N° 7047-03.
- Boletín N° 7078-03.
- Boletín N° 7083-03.
- Boletín N° 7256-03.

- Boletín N° 7563-03.
- Boletín N° 7658-03.
- Boletín N° 7722-03.
- Boletín N° 7922-03.
- Boletín N° 8092-03.
- Boletín N° 8117-03.
- Boletín N° 8338-03.
- Boletín N° 8405-03.
- Boletín N° 8719-03.

Derecho comparado

Estados Unidos

- Rule 23, Class Actions.
- Class Action Fairness Act fo 2005 (CAFA).

Brasil

- Lei 8.078, Código do Defesa do Consumidor.
- Lei 4.717, regula Ação Popular
- Lei 7.347, regula responsabilidad por daños causados al consumidor.

Argentina

- Constitución Política de la República Argentina.
- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.
- Ley 24.240, de Defensa del Consumidor.
- Ley 24284, del Defensor del Pueblo.
- Código Provincial de implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios de la provincia de Buenos Aires.

Uruguay

- Constitución Política.
- Ley 17.250, de Relaciones de Consumo.
- Ley 15.982, Código General del Proceso.

Perú

- Constitución Política.
- Código Procesal Civil.
- Ley 29.571, Código de Protección y Defensa del Consumidor.
- Decreto Legislativo N° 807.

- Decreto Legislativo N° 716.
- Decreto Supremo 030-2011-PCM.

Colombia

- Constitución Política de Colombia.
- Ley 472 de 1998, desarrolla artículo 88 de la Constitución Política de Colombia.
- Código de Procedimiento Civil.
- Ley 73 de 1981, por la cual el Estado interviene en la Distribución de Bienes y Servicios para la defensa del consumidor.
- Decreto 1.441 de 1982, por el cual se regula la organización, el reconocimiento y régimen de control y vigilancia de las ligas y asociaciones de consumidores..
- Decreto 3.466 de 1982, sobre publicidad.

Ecuador

- Constitución Política de la República del Ecuador.
- Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, del 10 de julio de 2000.
- Decreto 1.314, Reglamento General a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.
- Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, del 8 de marzo de 2001.

México

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Federal de Procedimientos Civiles.

Comunidad Europea

-Libro Blanco de la Comisión de las Comunidades Europeas. Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia.

España

- Constitución.
- Ley de Enjuiciamiento Civil
- Ley 26/1984, modificada por la Ley 7/1998, Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios.

Doctrina

ABERNATHY, Charles. The Law in the United States. Thomson West, 2006.

AGUIRREZÁBAL GRUNSTEIN, Maite. Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos). En Revista Chilena de Derecho, vol. 33 N° 1, pp. 69. 2006.

BERSTEN, Horacio. Derecho procesal del consumidor. La Ley, Buenos Aires, 2003.

CORTEZ MATCOVICH, Gonzalo. El nuevo procedimiento regulado en la Ley N° 19.946 sobre protección de los derechos de los consumidores. Editorial Lexis Nexis, 2004.

FALCO, Guillermo. El juez, la acción de clase y el daño, en la Ley de Defensa del Consumidor. En Semanario Jurídico N° 1747, 11-03-2010, Cuadernillo 8, tomo 101, 2010-A.
Disponible en internet: <http://www.semanariojuridico.info/doctrina/author/view/119/>

FERNÁNDEZ G., Felipe. Análisis crítico sobre el trámite de admisibilidad de las acciones de clase: fundamentos y tramitación. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile, 2009.

FERRERES COMELLA, Alejandro. Las acciones de clase ("class actions") en la Ley de Enjuiciamiento Civil.
Disponible en internet:
<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1380/documento/articuloUM.pdf?id=3210>

GIDI, Antonio. Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en brasil. Un modelo para países de derechos civil. Editorial Universidad Autónoma de México, 2004.

GIDI, Antonio. Las Acciones Colectivas en Estados Unidos. Publicado en Estudios iberoamericanos de derecho procesal: libro homenaje al Dr. José Gabriel Sarmiento Núñez. Bogotá, Colombia. Ed. Legis, 2005.

MAURINO, Gustavo. Las acciones colectivas: análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2005.

MENA, Valeria. Procesos colectivos o grupales en Argentina, publicado en revista electrónica Urbe et lus, newsletter 16.
Disponible en internet: <http://www.urbeetius.org/images/newsletters/16/>

PFEFFER URQUIAGA, Francisco. Tutela Jurisdiccional de los Derechos del Consumidor. En Gaceta Jurídica N° 205, Julio 1997, pp. 21-26.

SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. Derecho del Consumidor. Protección del consumidor en la Ley 19.496, de 1997, modificada por la ley 19.955, de 14 de julio de 2007, y en la legislación comparada. Editorial Jurídica de Chile, 2004.

SCHMEDA THEODULOZ, Victoria. Acciones de clase: extensión en su aplicación. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Escuela de Derecho, Universidad de Talca, 2006.

VALENTÍN, Gabriel. La responsabilidad por el dictado de medidas cautelares en amparos colectivos. Presentado en el VIII Congreso Nacional de Derecho Procesal Garantista, Azul, Bs. As., 2006.

Disponible en Internet:

<http://www.academiadederecho.org/upload/biblio/contenidos/VALENTIN.pdf>

VILLAVERDE, Héctor. "Defensa del consumidor en Uruguay: contextualización histórica, legislación e instituciones públicas y sociales". Fundación Friedrich Ebert, Santiago de Chile, 2008.

VILLALÓN DÍAZ, Javiera. Las Acciones Colectivas en Chile y el análisis de las demandas interpuestas contra los bancos en defensa del interés colectivo de los consumidores. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2009.

Artículos

Acciones Colectivas y Protección de los Consumidores. Informe de la Asociación de Usuarios de la Comunicación.

Disponible en internet:

www.auc.es

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Unidad de Apoyo al Proceso Legislativo.

- Intereses Colectivos y difusos. Derecho Nacional. Valparaíso, mayo de 2002. Documentos UAPROL, BCN, año II, N° 073.
- Intereses Colectivos y difusos. Derecho Comparado. Valparaíso, mayo de 2002. Documentos UAPROL, BCN, año II, N° 074.
- Protección de Intereses Colectivos y Difusos en el proyecto de ley que modifica la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores N° 19496 y en el proyecto de reforma constitucional que crea el Defensor del

Ciudadano. Valparaíso, mayo de 2002. Documentos UAPROL, BCN, año II, N° 075.

Sistema de Protección del Consumidor Ecuador. Estado de situación de los consumidores en Ecuador (análisis FODA). Desarrollado para la mesa de Consumidores Andinos, 2010.

Disponible en internet:

<http://www.consumidoresandinos.com/documentos/campanas/foda/fodaecuador.pdf>

Otras fuentes, artículos y noticias consultados disponibles en internet:

- <http://www.profeco.gob.mx>
- www.sernac.cl
- www.conadecus.cl
- www.auc.es
- <http://www.adecua.org.ar>
- <http://www.ccconsumidores.org.co>
- <http://www.consumidor.gub.uy>
- <http://www.eluniverso.com/2012/03/18/1/1356/maria-jose-troya-todavia-hay-abuso-proveedores.html>
- <http://www.eluniverso.com/2012/03/18/1/1356/consumidores-entidad-entidad-busca-solucion.html>
- <http://www.alconsumidor.org/noticias.phtml?id=2141&text1>
- <http://www.eluniversal.com.mx/nacion/185082.html>
- <http://www.alconsumidor.org/noticias.phtml?id=1858&text1=opt-out>
- <http://www.eluniversal.com.mx/finanzas/91644.html>

Procedimiento	Alcance del ámbito colectivo	Legitimación activa	Etapas de certificación/admisibilidad	Mecanismo de incorporación o exclusión efectiva del fallo.	Rol del juez	Indemnización del daño moral	Existencia de juicios colectivos	Observaciones
Especial	Demandante	Organizaciones de consumidores			Activo (inquisitivo) o Pasivo (dispositivo)	Excluida (omitida)		
X	X	X	Si.	Opt out	Activo, intenta actividad al certificar la acción y verificar la diábolos representación de los intereses por quien interpone la acción.	X	Si	
X	X	X	No	Sentencia es una solución única que depende del contenido de la sentencia. Cuando es favorable, obliga a todo el grupo sin distinguir.	Pasivo	X	Si	
X	X	X	No	Opt in.	Pasivo	? La acción de cesación parece no permitir otorgar este daño, lo cual quedaría para un proced posterior, art 128 LGDCU.	Si	
X	X	X	No	Opt out, siendo el juez quien determina como manifestar la voluntad de exclusión.	Pasivo, con actividad más intensa en áreas precisas.	X	Si	Se incorporan además la indemnización de daños morales, institución propia del derecho norteamericano.
X	X	X	No	Opt out	Pasivo, no se encuentran normas al respecto.		Muy pocos.	El desarrollo de las acciones colectivas en Uruguay es escaso. Existen un par de normas que modifican el procedimiento ordinario (42/ y 220 del CGSFP). A modo de ejemplo, una asociación de consumidores con 14 años de existencia, Consumidores y Usuarios. Asociedad de Uruguay, ha presentado 3 acciones de este tipo, dos de las cuales tuvieron resultados positivos.
X	X	X	No	Opt out	Pasivo	X, art. 103, pero parece aplicar solo a demandas individuales.	No	Existen además del procedimiento judicial del acto, un procedimiento de tipo administrativo sancionador. En cuanto a la presentación de demandas ante tribunales civiles, existe conflicto con el órgano administrativo (Indecopi) y a la fecha, rigiendo hace un año y medio el CDC, ninguna asociación de consumidores ha presentado demandas en defensa de los intereses colectivos.

Procedimiento	Alcance del ámbito colectivo	Legitimación activa	Etapas de certificación/admisibilidad	Mecanismo de incorporación o exclusión efectos del fallo.	Rol del juez	Indemnización del daño moral	Existencia de juicios colectivos	Observaciones
pecial Remite al ordinario u otro de aplicación general.	Demandante Demandado	Organizaciones de consumidores ocasionales	Grupos de consumidores ocasionales		Activo (dispositivo)	Incluida (omitida)		
		X	X				No.	Es muy reciente la creación de los Juzgados ante los cuales han de presentarse las acciones para defensa de los derechos de los consumidores (marzo de 2012).
	X	X, municipalidades, ...	X, en el caso Si, solo de acciones colectivas indemnizatorias y por grupos de al menos 30 consumidores presentados en tribunales.	Opt out, pero con exigencias de plazo y fondo.	Activo, tiene un deber legal para fomentar el progreso del juicio, 5º inciso tercero, Ley 472.	X	Si	
	X	X, Procurador General de la República.	X, al menos Si, forma y fondo, elevada consumo	Opt in	Pasivo, pero vigencia de la acción, sea adecuada y que no se incurra en una causalidad impropiedad de la acción.	X, pero en el momento posterior de liquidación.	Si.	Procedimiento nuevo acaba de entrar en vigencia en el mes de marzo del año 2012.
	X	Sí, Sernac	X, Si, solo formal y sin intervención del demandado.	Opt out	Pasivo, con participación en aspectos determinados.	X, único país con una disposición expresa en la materia.	En bajo número.	