



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

**SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y
DIFUSOS DE LOS CONSUMIDORES CON LA MODIFICACIÓN DE
LA LEY N.º 21.081**

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

Digna Timaná Cherres

Michel Vargas Cancino

Profesor guía: Carlos Peña González

Santiago de Chile

2023

*“Entre el fuerte y el débil, la ley es la que protege
y la libertad es la que oprime.”*

Jean-Luc Mélenchon

ABREVIATURAS

ADR	Resolución Alternativa de Conflictos (<i>Alternative Dispute Resolution</i>).
AdC	Asociación de Consumidores.
Art.	Artículo.
CC	Código Civil.
CDC	Código del Consumidor de Brasil
Coord.	Coordinadores.
DFL	Decreto con Fuerza de Ley.
Ibid.	IBIDEM: lo mismo.
LPC	Ley N° 19.496: establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.
PVC	Procedimiento Voluntario para la Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores
SERNAC	Servicio Nacional del Consumidor.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	10
INTRODUCCIÓN	11
i. BREVES CONSIDERACIONES DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR Y ACCIONES COLECTIVAS	16
1. Surgimiento del derecho de consumo.	16
2. Problemas presentes en la relación contractual del derecho de consumo	17
2.1 Asimetría en la información	18
2.2 Contratos de adhesión	20
3. Algunos principios aplicables al derecho de consumo	22
3.1. Principio de protección al consumidor	23
3.2. Principio de indemnidad del consumidor	24
3.3. Principio de la irrenunciabilidad a los derechos del consumidor	26
3.4. Principio de veracidad y acceso a la información	27
4. Análisis económico del derecho y acciones de clase	29
4.1. Origen	29
4.2. Objetivo	30
4.3. Costos sociales en el proceso judicial	31
4.4. Lugar donde habitan	31
4.4.1. Presentación de la demanda	32
4.4.2. Etapa negociadora	32
4.5 Factores que influyen en la decisión de demandar	33
II. LITIGACIÓN COLECTIVA: UNA RESPUESTA AL PROBLEMA QUE ADOLECE EL DERECHO DE CONSUMO	35
1. Legitimación colectiva	35
1.1. Generalidades de la legitimación	35

1.2. Legitimación ordinaria	35
1.3. Legitimación extraordinaria	36
2. Cosa juzgada en materia colectiva	37
2.1. Cosa juzgada en Chile	37
2.2. Cosa juzgada y tutela colectiva	39
3. Intereses protegidos en la acción colectiva	41
3.1. Concepto de interés	41
3.2 Tipos de intereses protegidos	43
3.2.1 Intereses supraindividuales	43
3.2.1.1. Intereses colectivos	44
3.2.1.2. Intereses difusos	45
3.2.2. Intereses plurisubjetivos o individuales homogéneos	45
3.3. Fundamento de las instituciones de protección de intereses colectivos y difusos	47
4. Acciones de clase	49
4.1. Concepto y origen	49
4.2. Acciones de clase que exigen un vínculo con la pretensión reclamada	51
4.2.1. Sistema opted-in	51
4.2.2. Sistema opted-out	51
5. Métodos alternativos de resolución de conflictos o ADR	52

III. TRATAMIENTO DE LA TUTELA COLECTIVA Y ADR CONSUMERISTA EN EL DERECHO COMPARADO

1. Estados Unidos	56
1.1. Acciones de clase o <i>Class action</i>	56
1.1.1. Consideraciones preliminares	56
1.1.2 Regulación de la class action	58
1.1.3 Requisitos	58
1.1.3.1 Requisitos generales implícitos	58

1.1.3.2 Requisitos generales explícitos:	59
1.1.3.3 Requisitos específicos:	60
1.1.4 Tramitación	61
1.1.4.1 Notificación	61
1.1.4.2 Defensa del ausente	62
1.1.4.3 Certificación de la clase	63
1.1.5 Alcance de la cosa juzgada	63
2.1 Sistemas alternativos de resolución de conflictos en materia colectiva	64
2.1.1 Legitimación	64
2.1.2 Tramitación	65
2.1.2.1 Determinación o construcción de la clase	65
2.1.2.2 Certificación de la clase:	65
2.1.2.3 Laudo final (final <i>award</i>)	66
2.1.3 Alcance de la cosa juzgada	66
2. Francia	66
2.1 Acciones de clase o Action de Groupe	66
2.1.1 Requisitos	67
2.1.2. Campo de aplicación	67
2.1.3 Legitimados	68
2.1.4 Tramitación	68
2.1.4.1 Procedimiento Ordinario	69
2.1.4.2 Procedimiento simplificado	70
2.1.5 Alcance de la cosa Juzgada	70
2.2 Sistemas alternativos de resolución de conflictos	71
2.2.1 Regulación	71
2.2.2 Legitimación	71
2.2.3 Tramitación y alcance de la cosa juzgada	71

3.	Brasil	72
3.1	Acciones de clase	72
3.1.1	Tipo de intereses protegidos	72
3.1.2.	Legitimación	73
3.1.2.1	Ministerio Público y Asociaciones de Consumidores	74
3.1.3	Tramitación	75
3.1.3.1	Competencia	75
3.1.3.2	Notificación	75
3.1.3.3	Procedimiento aplicable a los intereses colectivos y difusos	75
3.1.3.4	Procedimiento para tutelar los intereses individuales homogéneos.	76
3.1.4	Alcance de la cosa juzgada	77
3.2	Sistemas alternativos de resolución de conflictos	78
4.	España	79
4.1	Acciones de Clase	79
4.1.1	Intereses protegidos	79
4.1.2	Legitimación	79
4.1.3	Tramitación	80
4.1.4	Cosa juzgada	81
4.2	Sistemas alternativos de resolución de conflictos	81
4.2.1	Intereses protegidos	81
4.2.2	Legitimación	82
4.2.3	Tramitación	82
4.2.4	Alcance de la cosa juzgada	82
IV.	MECANISMOS DE PROTECCIÓN COLECTIVA EN CHILE	83
1.	Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores: antecedentes históricos	83
2.	Reforma a la LPC: Ley N° 21.081	84

3. Actuales mecanismos de protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores en Chile	85
3.1 Normas generales aplicables a ambos procedimientos	86
3.1.1 Personas jurídicas comunes que pueden iniciar uno u otro procedimiento: SERNAC y la Asociación de Consumidores	86
3.1.2 Interés protegido	87
3.2 Acción judicial: Procedimiento especial para protección del interés colectivo o difuso de los consumidores	88
3.2.1 Regulación e importancia	88
3.2.3 Legitimación	88
3.2.4 Tramitación	89
3.2.4.1 Novedades procesales a la LPC incorporadas por la Ley N° 21.081	91
3.2.5 Alcance de la cosa juzgada	97
3.3 Procedimiento Voluntario para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores	97
3.3.1 Regulación e importancia	97
3.3.2 Legitimación	98
3.3.3 Tramitación	99
3.3.4 Alcance de la cosa juzgada	105

V. ACCIÓN JUDICIAL Y PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA: ANÁLISIS COMPARATIVO

1. Intereses protegidos	109
1.1 Similitudes y aciertos del tratamiento colectivo chileno en contraste con el internacional	109
1.1.1 Acción judicial colectiva	109
1.1.2 Métodos alternativos de solución de conflictos colectivos	110
1.2 Diferencias e inconvenientes del tratamiento colectivo chileno en contraste con el internacional	111

1.2.1	Acción judicial colectiva	111
1.2.2	Métodos alternativos de solución de conflictos colectivos	112
2.	Legitimación	113
2.1	Similitudes y aciertos del tratamiento colectivo chileno en contraste con el internacional	113
2.1.1	Acción judicial colectiva	113
2.1.2	Métodos alternativos de solución de conflictos colectivos	114
2.2	Diferencias e inconvenientes del tratamiento colectivo chileno en contraste con el internacional	115
2.2.1	Acción judicial	115
2.2.2	Métodos alternativos de solución de conflictos colectivos	116
3.	Tramitación	117
3.1	Similitudes y aciertos del tratamiento colectivo chileno en contraste con el internacional	117
3.1.1	Acción judicial	117
3.1.2	Métodos alternativos de solución de conflictos colectivos	117
3.2	Diferencias e inconvenientes del tratamiento colectivo chileno en contraste con el internacional	118
3.2.1	Acción judicial colectiva	118
3.2.2	Métodos alternativos de solución de conflictos colectivos	119
4.	Alcance de la cosa juzgada	119
4.1	Similitudes y aciertos del tratamiento colectivo chileno en contraste con el internacional	122
4.1.1	Acción judicial	122
4.1.2	Métodos alternativos de solución de conflictos colectivos	123
4.2	Diferencias e inconvenientes del tratamiento colectivo chileno en contraste con el internacional	124
4.2.1	Acción judicial colectiva	124

4.2.2 Métodos alternativos de solución de conflictos colectivos	124
CONCLUSIONES	126
BIBLIOGRAFÍA	128

RESUMEN

El Derecho del Consumidor es un eficiente mecanismo de regulación de las relaciones entre consumidores y proveedores, que son naturalmente asimétricas. Ante tal desequilibrio, distintos ordenamientos jurídicos, entre ellos el chileno, han reglado esta materia para disminuir sus efectos negativos y restablecer el equilibrio de poder. La principal normativa chilena es la Ley N.º 19.496 que Establece Normas de Protección de los Derechos de los Consumidores.

Nuestro legislador, es proteccionista del consumidor, sin embargo, las herramientas jurídicas implementadas en el ordenamiento dejan entrever diversas dificultades para la efectiva protección y reparación de los daños de la parte menos favorecida.

La mayor dificultad que se ha intentado derribar es el establecimiento de mecanismos reparatorios de daños que, considerados individualmente, pudiesen desincentivar el ejercicio de la tutela judicial o extrajudicial de derechos del consumidor, debido a los altos costos de incoar una acción judicial o procedimiento administrativo, los cuales pueden ser mayores que los beneficios posiblemente reportados al consumidor.

Un ejemplo práctico de lo anterior es una de las modificaciones introducidas por la ley N.º 21.081 a la Ley N.º 19.496, que crea un procedimiento de orden administrativo, denominado Procedimiento Voluntario de Negociación Colectiva regulado hoy por un Reglamento promulgado el 2021, el cual reemplazó a las “Mediaciones Colectivas”.

En síntesis, actualmente la ley N.º 19.496 contempla dos mecanismos de protección que dicen relación con el interés colectivo y difuso de los consumidores: Acción Especial para la Protección del Interés Colectivo y Difuso de los Consumidores, en sede judicial; y el Procedimiento Voluntario de Negociación Colectiva, en sede administrativa.

Ambos son objeto de la presente Memoria desde el punto de vista del (i) *especial* bien jurídico protegido, (ii) quién es el legitimado activo para accionar; y (iii) sobre el alcance de los efectos de la sentencia definitiva dictada en sede consumerista.

INTRODUCCIÓN

A partir de la segunda mitad del siglo XX y hasta la actualidad, la sociedad ha experimentado diversas transformaciones de índole social, jurídica y económica. La complejización de las relaciones sociales y/o la proliferación de instrumentos que facilitan la fluidez del mercado, entre otros tantos factores, son hechos que evidentemente han repercutido en el Derecho y de los que este ha debido hacerse cargo.

Siguiendo esa lógica, surge el *contrato* como una forma jurídica destinada a regular o sortear las dificultades que aparecen en materia de transacciones nacidas en el mercado, el cual se encuentra incapacitado por sí mismo para asignar recursos de manera eficiente, y de distribuir libremente los bienes.¹

Un ejemplo paradigmático de la situación anterior es el fenómeno de los contratos de adhesión², que son consecuencia del crecimiento exponencial de la normativa proteccionista del consumidor, siendo estos una clara manifestación del interés de los órganos públicos de velar por el equilibrio entre la protección del consumidor y la necesidad social de establecer este tipo de contratos con el fin de agilizar las relaciones y disminuir los costos de transacción.

En general, este tipo de contratos están permitidos porque son una buena forma de promover la competencia en materia de precios, y a su vez, permiten reducir los costos de transacción, pues se deja al margen los términos fijos del contrato y se negocia sobre los términos variables, sin perjuicio de estar siempre tutelados por el Derecho del Consumidor, toda vez que impide que los contratos de adhesión contengan cláusulas abusivas.

En suma, el derecho del consumidor tiene como fin último equilibrar la relación contractual, resguardando así el principio de igualdad ante la ley en aquellos casos en donde existan diferentes niveles de información y de desequilibrio de poder negociador, velando por

¹ En otras palabras, los contratos se mueven en un mercado que adolece de fallas. De lo contrario, si fuera perfecto, no habría fallas en las relaciones entre privados, y, por ende, los contratos no necesitarían ser regulados ni tampoco habría costos de transacción. En ese sentido: “Entre más se alejen los hechos del ideal de racionalidad perfecta y los costos de transacción nulos, mayor será la necesidad de que los jueces regulen los términos del contrato”. Cooter, Robert y Ulen, Thomas. Derecho y Economía. 6a. ed. México. Fondo de Cultura Económica, 2016, p. 327.

² “Es una modalidad de la formación del consentimiento, en que una de las partes ofrece e impone los términos del contrato a la otra, de tal modo que esta última se limita a aceptarlos o rechazarlos íntegramente sin poder alterar su contenido, excluyéndose de esta forma su negociación”. Tapia, Mauricio y Valdivia, José Miguel. Contrato por adhesión: Ley N°19.496 [en línea]. Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002, reimpresión 2014 [fecha de consulta: 11 de enero de 2022]. Disponible en: <http://bibliografias.uchile.cl.uchile.idm.oclc.org/3626>

libertad de configuración de las cláusulas de un contrato. Todo lo anterior se puede constatar fácticamente en las relaciones de consumo.

Sin embargo, pese a la honorable labor que cumple el Derecho del Consumidor, su ejercicio no está exento de problemas. En ese sentido, lo que merece un mayor análisis es el establecimiento de mecanismos de protección efectivos que permitan que todos los consumidores -determinados o determinables- afectados por ciertos hechos ilícitos, puedan ejercer su derecho a la acción, y de acreditarse el daño, este sea reparado.

¿Cómo responde el Derecho del Consumidor al problema? A través de la litigación colectiva, que es una forma especial de litigación que permite la protección de los intereses de un grupo de afectados -en nuestro caso, un grupo de consumidores- que comparten características en común. Los intereses protegidos a través de esta forma de litigar presentan una característica particular: son supraindividuales, es decir, son derechos que *trascienden la esfera de lo individual*.³

La tutela colectiva o *class action* presenta un tratamiento diverso dependiendo de cada sistema normativo, pero a lo menos es posible categorizarlas en dos tipos. Por una parte, ciertos países brindan un tratamiento colectivo de la controversia a través de la representación de un grupo determinado o determinable de afectados, y una vez resuelto el asunto, el alcance de la decisión produce efecto de cosa juzgada sobre todos los miembros del grupo. Por la otra, hay legislaciones que matizan el efecto erga omnes de la sentencia colectiva, contemplando ciertos mecanismos de entrada u *opted-in*, que permiten a los potenciales afectados adherirse a la acción colectiva, o de salida u *opted-out*, que permiten sustraerse de ella en la medida en que exista un vínculo que legitime su participación.

Con este panorama general cabe preguntarse lo que sucede en Chile en materia de Derecho del Consumidor y tutela colectiva. La normativa principal aplicable es la Ley de Protección sobre los Derechos de los Consumidores (en adelante LPC). Aquí están regulados dos

³ “El que un derecho o interés sea supraindividual significa que trasciende la esfera de lo meramente individual, está marcado por la impersonalidad y rompe con el concepto clásico de derecho subjetivo. Estos derechos "no pertenecen a una persona física o jurídica determinada, sino a una comunidad amorfa, fluida y flexible, con identidad social, pero sin personalidad jurídica". Aguirrezabal, Maite. Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos). Revista Chilena de Derecho [en línea]. Enero-abril 2006, vol. 33, no. 1. [fecha de consulta: 13 de enero de 2022].

Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100005&lng=pt&nrm=iso&tlng=es

mecanismos de protección colectiva: el primero de ellos es el Procedimiento Especial para Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores, que se tramita conforme a las reglas de la justicia ordinaria; y el segundo es el Procedimiento Voluntario de Negociación Colectiva, que se tramita en sede administrativa ante el Servicio Nacional del Consumidor.

Ambos mecanismos de protección colectiva tienen por fin, como vimos, el resguardo de los intereses colectivos de los consumidores afectados por conductas ilícitas de parte de proveedor(es). Y para poner en marcha dichos mecanismos, existen determinados actores o legitimados activos: (i) el Servicio Nacional del Consumidor (en adelante SERNAC o Servicio); una Asociación de Consumidores legalmente constituida, es decir, habiendo cumplido determinados requisitos de validez; y (iii) sólo en caso de la acción judicial, un grupo de 50 consumidores como mínimo, afectados en un mismo interés.

En cuanto a los efectos que produce la sentencia definitiva o el acuerdo administrativo, por regla general son *ultra partes*, con algunos matices en uno u otro caso. Por ejemplo, el acuerdo al que se arribe en sede administrativa está sujeto igualmente a la aprobación del juez civil. En esa línea, el efecto de cosa juzgada es un aspecto problemático en esta clase de tutela pues, como es sabido, se rompe el arquetipo tradicional del efecto relativo de la sentencia, propio de las relaciones jurídicas individuales. A contrario sensu, la extensión de la res iudicata en las acciones grupales atañe a todos los potenciales afectados, incluso a aquellos que no participaron en la acción judicial o procedimiento administrativo, salvo que soliciten oportunamente la reserva de su acción. En ese sentido, ¿qué problema se advierte?, desde luego que la forma en que se configura la tutela colectiva entra en conflicto con las reglas del debido proceso.

Por otra parte, más allá de los problemas de fondo, existen dudas sobre el acuerdo administrativo mismo y los efectos que produce. Primero que nada, la ley señala que “para que produzca efecto erga omnes”⁴, debe ser aprobado judicialmente, pero cabe preguntarse lo siguiente: ¿qué es lo que será sometido a conocimiento del juez, el acuerdo mismo o los efectos que éste produce?

⁴ Art. 54 de la Ley N.º 19.496 que Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 7 de marzo de 1997.

Ahora bien, a criterio nuestro, de la lectura de las normas pertinentes, cabe interpretar que el juez tiene dos labores, la primera versa en la revisión del contenido del Acuerdo y que este se encuentre conforme a lo establecido en la ley; y la segunda, debe revisar que el Acuerdo sea de tal entidad que sea dable que los otros consumidores que no participaron activamente en él sean alcanzados por los efectos del acuerdo. En otras palabras, debe declarar que los efectos de la resolución administrativa tendrán efecto de cosa juzgada erga omnes.

Aquí se produce un gran problema. ¿Qué pasa con los otros consumidores afectados no litigantes, en caso de que el efecto ultra partes del acuerdo sea rechazado? En este caso, son únicamente los consumidores que participaron en el procedimiento administrativo aquellos que podrían beneficiarse de él y no así la totalidad de los consumidores potencialmente afectados. La razón es que, si bien no vincula a estos últimos, sí lo hace respecto a los primeros, ya que la ley establece que el acuerdo, cuyos efectos no fueron aprobados, producirá las mismas consecuencias que el de una transacción extrajudicial. De ahí que, en esta hipótesis, los fines del procedimiento voluntario administrativo, como mecanismo de protección de los intereses de los consumidores, no se cumplen a cabalidad. La razón es que, si bien se concibe como una herramienta rápida y eficaz en contraposición a la tutela judicial, en los hechos, solo genera un desincentivo para participar del mismo al establecer barreras de tutela efectiva.

Entonces, poniendo en práctica las reglas provenientes del Law & Economics, la situación es la siguiente: cuando los consumidores afectados analizan y ponderan las posibilidades de acción que tienen ante las infracciones del proveedor(es) que les produjeron daños, tenderán a elegir, naturalmente, aquella vía que ofrezca una mayor certeza jurídica y garantice el acceso a la justicia.⁵

Finalmente, con el objeto de ordenar el análisis, se ofrece al lector el sumario de la presente Memoria, que se estructura de la siguiente manera:

- i. En el capítulo primero se abordan los aspectos generales de la tutela colectiva en materia de consumo, el origen del derecho de consumo, los problemas que presenta,

⁵ Esto se traduce en la idea de que las personas optarán por la opción que mayores beneficios les reporte, desplegando el menor esfuerzo o los menores recursos posibles. Desde luego que también es razonable extender los principios de la teoría del Análisis Económico del Derecho al ejercicio de la jurisdicción, en particular, con el principio de economía procesal, como uno de los fines del ejercicio de dicho poder-deber.

los principios de protección al consumidor e indemnidad, y un breve análisis económico del derecho procesal y la acción de clase.

- ii. El capítulo segundo posiciona a la litigación colectiva como una respuesta a los problemas del derecho de consumo en relación con los costos y beneficios que debe ponderar el consumidor a la hora de defender sus pretensiones en caso de la provocación de un daño que merece reparación, luego se definen los aspectos procesales de la misma, y culmina con la definición de acción de clase, su origen y el particular tipo de interés que protege.
- iii. El tercer apartado se aboca a la acción de clase, su origen, los sistemas de ingreso y de salida, los medios alternativos de resolución de conflictos en materia de tutela colectiva.
- iv. El cuarto apartado expone los diversos mecanismos de protección de intereses colectivos y difusos regulados en el derecho comparado.
- v. Por último, el capítulo final integra toda la investigación y análisis realizado a lo largo de la Memoria en un análisis normativo de las reglas de la tutela colectiva en sede judicial y administrativa, presentes en la actual Ley de Protección a los Consumidores.

**i. BREVES CONSIDERACIONES DEL DERECHO DEL CONSUMIDOR
Y ACCIONES COLECTIVAS**

1. Surgimiento del derecho de consumo.

El hito histórico que marca el comienzo del desarrollo del derecho de consumo, al menos en el continente americano, fue el discurso del ex presidente de EE. UU John Fitzgerald Kennedy en el año 1962, ante el Congreso Nacional.⁶

El aspecto más relevante de dicho discurso, para estos efectos, es la noción de *consumidor*, su reconocimiento y la consecuente necesidad de protección legislativa de este *nuevo* sujeto de derechos, de los cuales destaca:

- i. El derecho a la seguridad y protección de los consumidores frente a la adquisición de productos que pudiesen afectar a la vida o la salud.
- ii. El derecho a obtener información sobre la calidad, publicidad y etiquetado de los productos que ofrece el mercado.⁷
- iii. El derecho de elección que asegure que se adquieran productos o servicios dentro del amplio espectro y variedad, a precios competitivos, no monopólicos y razonables.
- iv. Por último, el derecho a ser oídos, cuestión de fundamental importancia en cuanto emplaza a los gobiernos a la creación de políticas públicas e instituciones administrativas que garanticen no solo la protección de los consumidores y sus derechos, sino que se encarguen también de que sea efectiva, rápida y eficaz. En definitiva, se traducen en el derecho a la seguridad, la información, la libre elección y ser oídos.⁸

⁶ López, Javier. Derechos del consumidor: Consagración constitucional en Latinoamérica. Revista e-mercatoria [en línea]. Diciembre, 2003, vol. 2, no. 2. [fecha de consulta: 6 de noviembre de 2019].

Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3628508.pdf>

⁷ El fundamento del derecho a obtener información del producto adquirido es, fundamentalmente, la libertad, es decir, la compra de un objeto de consumo debe ser significativa, entre otras cosas, ya que dicha adquisición se hizo al amparo de información fidedigna y certera en contraposición a una sesgada y manipulada que pudiese confundir a los consumidores.

⁸ Cabe hacer mención especial a las palabras con las que el discurso culminó: "Siendo que todos somos consumidores, estas acciones y propuestas en el interés de los consumidores, lo son en el interés de todos nosotros". Sistema Argentino de Información Jurídica. Condomí, Alfredo. Primeros pasos en el Derecho del Consumo: el mensaje presidencial "Kennedy" de 1962. Sistema Argentino de información jurídica. 18 de julio de 2019 [fecha de consulta: 12 de enero de 2022].

Disponible en: <http://www.saij.gob.ar/alfredo-mario-condomi-primeros-pasos-derecho-consumo-mensaje-presidencial-kennedy-1962-dacf190119-2019-07-18/123456789-0abc-defg9110-91fcanirtcod?&o=797&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJuridicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPu>

El discurso del expresidente Kennedy no es baladí, pues a partir de ese momento comienzan a consagrarse, poco a poco y de manera incipiente, los principios del derecho de protección del consumidor en las distintas legislaciones, sobre todo aquel que asiste a los consumidores a ser escuchados.

El contenido del discurso sentó los precedentes necesarios para que comenzara el desarrollo legislativo de protección a los consumidores y permitió su concretización en figuras determinadas, esto es, en leyes y organismos de tutela estatal. En el caso chileno el paradigma es la Ley de Protección sobre los Derechos de los Consumidores (en adelante LPC) y el Servicio Nacional del Consumidor (en adelante Servicio o SERNAC). Dicho lo anterior, la tarea de brindar protección al consumidor siempre es y será objeto de reformas que se van adaptando al acontecer histórico, social y tecnológico que vive el mundo constantemente, lo que por supuesto debe ser reflejado en las normas legales. Lo importante sobre este punto es la interpelación al Poder Legislativo para la creación de leyes protectoras del consumidor, y al Poder Ejecutivo, en el establecimiento de políticas públicas y organismos administrativos que propendan al cumplimiento efectivo de ese fin.

2. Problemas presentes en la relación contractual del derecho de consumo

La regulación normativa del Derecho del consumidor surge como respuesta a diversos factores que emergieron y permitieron desmentir la creencia de que el mercado era perfecto y que no necesitaba ningún tipo de regulación externa. Dentro de los factores más relevantes encontramos los costos de transacción, la racionalidad del consumidor y por último la asimetría de información

Al mencionar los costos de transacción, los entenderemos como aquellos costos que incurren las partes para negociar, hacer cumplir la obligación y sancionar en caso de que exista incumplimiento contractual. Llevado esto a la práctica, el consumidor o consumidores que sufren un perjuicio por parte del proveedor y buscan una reparación, se encuentran con la sorpresa que incoar su acción o pretensión resulta contraproducente, ya que los gastos para hacer ello son muchos más altos en términos económicos, que soportar el daño provocado

por el proveedor, desincentivando que busquen justicia y orillándolos a soportar los daños sufridos.

En cuanto a la racionalidad, esta se ve limitada en el caso del consumidor, quienes no siempre cuentan con las herramientas cognitivas, de información o tiempo suficiente para asegurar la toma de una buena decisión. Si bien esta parte tiende a contar con un amplio abanico de opciones, es inasequible que logre ver todos los posibles resultados y sus consecuencias. Debido a ello, la LPC brinda protección a la parte más vulnerable en la relación consumerista -el consumidor-, ya que este podría por ejemplo, dejarse llevar por publicidad engañosa o subliminal, o incluso una información poco clara o exceso de ella, le provocaría dificultades innecesarias al momento de decidir contratar un bien o servicio, lo que podría ser aprovechado por el proveedor con el fin de maximizar sus ganancias y por ello la ley establece deberes de información, intentando paliar estas posibles problemáticas.

Por último, cuando hablamos de asimetría de información, hacemos alusión a aquella que existe entre las partes en la relación de consumo, esto es entre el consumidor⁹ y el proveedor¹⁰. Existe un problema fáctico relativo al mayor poder de una de las partes frente a la otra, ya sea de orden económico, de contratación, negociación, de información, entre otros tantos.

Frente a esta situación, los Estados comenzaron a desarrollar medidas legislativas y políticas con el objeto de evitar los abusos que pudiesen darse, por una parte, y asegurar el correcto funcionamiento del mercado al ser los consumidores fundamentales en este, por la otra.

2.1 Asimetría en la información

Dentro de los principales derechos que asisten a los consumidores encontramos el de seguridad, acceso a la información certera, a la libertad de elección de los productos y el de ser oídos por los distintos órganos del Estado. El siguiente acápite se centrará en el derecho a la información.

⁹ Art. 1, n°1: “Las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios”. Ley N°19.496 ... Op. it.

¹⁰ Art. 1, n°2: “Las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa. Ibid.

Este derecho puede verse fuertemente restringido por las fallas de mercado, en particular por la asimetría de información. Es normal y hasta esperable que el proveedor posea un mayor manejo y acceso a los datos, ventajas y desventajas relacionados con su negocio o profesión habitual que las que podría llegar a tener el consumidor ya que, obtener dicha información sería sumamente difícil y oneroso para el último. Por otro lado, esta falta de información del consumidor permite al proveedor incurrir en abusos, engaños o incluso guiar al primero a tomar malas decisiones con el fin de maximizar sus beneficios.

De cara a la evidente desigualdad en la información que manejan las partes en la relación jurídica, así como en los recursos disponibles para obtener la información necesaria, se han establecido ciertas obligaciones que recaen en la parte más poderosa, es decir, al proveedor del bien o servicio, y que cumplen principalmente dos finalidades: la primera es proteger el principio de libertad contractual, y la segunda es la protección de la salud y los bienes del consumidor¹¹.

Como vimos en los apartados anteriores, así como el acceso a escasa información o la falta de ella puede acarrear graves problemas, el exceso de esta no se encuentra libre de inconvenientes y puede abrumar al consumidor a tal punto de que este no pueda diferenciar la información relevante de la irrelevante, provocando conflictos innecesarios en él al momento de contratar un servicio o comprar un producto.

Por lo anteriormente expuesto, podemos comprender la función vital que cumple la información a la que tiene acceso el consumidor a la hora de elegir un bien o servicio. Para que este pueda tomar una decisión informada y de manera eficiente y óptima, podemos entender que tanto el exceso de información, así como la nula o deficiente entrega de la misma, son sumamente perjudiciales y confunden al consumidor, que podría dejarlo en una posición aún más débil en la relación de consumo, mermando su capacidad de evaluar adecuadamente sus opciones e incluso puede guiarlo a contratar un servicio o comprar un bien que lo perjudique o que no satisfaga el propósito por el cual contrató.

¹¹ Pese a la plausibilidad de dichos fines, no se encuentran exentos de críticas provenientes del hecho de que la saturación de información al consumidor no garantiza que éstos tomen mejores decisiones respecto del producto o servicio a adquirir. Véase: Tapia, Mauricio y Valdivia, José Miguel. Op. Cit. p. 72-73.

2.2 Contratos de adhesión

Este tipo de contratos surge en el contexto de la contratación masiva que comenzó a desarrollarse en la segunda mitad del siglo XX. El fundamento histórico de los contratos de adhesión es la contratación masiva cuyo objeto-cosa es de un limitado valor relativo, justificado por la generalización del dinero como patrón de intercambio, el crecimiento de la población mundial y la diversificación y sofisticación de los bienes y servicios.

La doctrina los ha definido como “una modalidad de la formación del consentimiento. Su perfeccionamiento se alcanza por la adhesión, sin negociación, a una oferta que prevé todas las cláusulas del contrato”.¹² En otras palabras, se dice que el consentimiento de una parte se forma por la mera aceptación de las cláusulas del contrato que redactó la otra parte, sin posibilidad de renegociarlas.¹³

Este tipo de contratos se caracterizan por: (i) ser un contrato, aunque la doctrina ha criticado que, a lo menos, hay una notoria disminución al principio de libertad contractual, (ii) sus cláusulas han sido redactadas previa y unilateralmente por el proveedor del bien o servicio y, (iii) las cláusulas no pueden negociarse por lo que, son *inseparables* del contrato ofrecido por el proveedor y, el consumidor solo puede adherirse o renunciar a contratar.¹⁴

La importancia de estos contratos radica principalmente en las funciones económicas que cumplen, esto es, la racionalización de costos y el fortalecimiento de la seguridad jurídica en un contexto de perpetuar las relaciones comerciales en una sociedad en que las mismas son -o pretenden ser- instantáneas

A modo de profundizar lo anterior, los contratos de adhesión tienen su fundamento económico en:

- i) La reducción de costos de transacción, concepto definido por Coase quien señala que: “para llevar a cabo una transacción de mercado se hace necesario descubrir con

¹² Ibid.

¹³ La Corte de Apelaciones de Santiago ha dicho que: “Si bien este último instituto ya tiene larga data de existencia, adquirió nuevos bríos con el derecho del consumidor, el cual se construye sobre la base que los consumidores acceden a la oferta de un bien conociendo sobre la base de una propuesta estándar del oferente, en la cual las opciones de modificación de las condiciones ofrecidas son limitadas y las más de las veces se reducen a la opción de adquirir o rechazar un producto.” Corte de Apelaciones de Santiago, 5 de agosto de 2005, Rol N.º 7468-2003, redacción del abogado integrante don Guido Aguirre de la Rivera.

¹⁴ Salazar, Diego, “Asimetrías de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual”, Revista de Derecho Privado. 2006, (37):3-56, ISSN: Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033185001>

quién se quiere hacer un trato, informar a las personas correspondientes que se intenta llegar a un arreglo y los términos de este, concretar negociaciones para alcanzar un acuerdo satisfactorio, redactar un contrato, realizar inspecciones para comprobar que se cumplen las condiciones estipuladas, etc.”¹⁵. Siguiendo el pensamiento de Coase, nos indica que los comerciantes buscarán prácticas que los lleven a reducir los costos de transacción, siempre que las pérdidas que puedan ocurrir sean menores a los costos de transacción que se ahorran.¹⁶

- ii) Reducción de los costos en la etapa previa a la celebración del contrato y la simplificación de la última, ya que el proveedor del bien o servicio buscará disminuir los recursos empleados para determinar a quienes va dirigido el contrato y, establecerá condiciones generales para un grupo determinado de posibles consumidores.¹⁷
- iii) Permite un control de la actuación de los empleados y reducción de los problemas de agencia, ya que la empresa podrá disponer de manera eficiente de sus empleados, preocupándose de capacitarlos para celebrar contratos sin necesidad de modificarlos, prescindiendo del conocimiento jurídico y sus costos asociados. Además, los trabajadores deberán adherirse a lo que señala el contrato, evitando que realicen modificaciones a este, con el fin de obtener beneficios propios, que se alejarían de los objetivos del proveedor, el cual busca maximizar sus beneficios.
- iv) Facilita calcular anticipadamente los costos, limitar la incertidumbre y el riesgo que acarrearán las transacciones, ya que se invertirán recursos en prever la mayor cantidad de posibles contingencias, a fin de repartir de la mejor manera los riesgos que estas conllevan. Si bien no es posible prever anticipadamente todos los escenarios problemáticos, sí es posible acotarlos, de tal manera, de determinar la manera más eficiente de cumplir con el contrato.

Además, el contrato por adhesión, en el marco de un mercado competitivo, sirve como incentivo para que los proveedores compitan por ofrecer al público el *mejor* contrato. Dentro

¹⁵ Coase, Ronald. La empresa, el mercado y la ley. Madrid: Alianza Editorial. 1994. Madrid. pp. 13

¹⁶ Salazar, Diego, “Asimetrías de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual”, Revista de Derecho Privado. 2006, (37):3-56, ISSN: Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033185001>

¹⁷ Ibid.

de este contrato por adhesión *ideal*, los proveedores tienden a reducir o ajustar los precios de los bienes y servicios al menor precio que puedan.¹⁸

Por los motivos anteriores, el contrato por adhesión se configura, al igual que la litigación colectiva, como una forma de reducir los costos administrativos y sociales¹⁹ cuya consecuencia es el funcionamiento eficiente del mercado.²⁰

Sin embargo, pese a las ventajas económicas del contrato por adhesión, la doctrina ha señalado que el principio de libertad contractual se reduce a la mera “opción” que tiene el consumidor de aceptar o rechazar la oferta o contrato. Algunos autores advierten que existe una inminente amenaza en el contrato de adhesión a este principio, ya que da pie a “la introducción subrepticia de cláusulas que perjudiquen al adherente”²¹, como los son las cláusulas abusivas, que se definen como disposiciones que limitan el contenido del contrato al incrementar el desequilibrio entre los derechos y obligaciones que tienen las partes al momento de la suscripción.²²

3. Algunos principios aplicables al derecho de consumo

El derecho del consumidor no es un área exenta de complicaciones, sino que, por el contrario, cuenta con un gran número de dificultades que debe ir enfrentando y solucionando de diferentes formas, ya sea creando o modificando leyes, entre otras medidas. Sin embargo, al igual que otras ramas del derecho, cuenta con principios fundamentales que permiten dar un

¹⁸ La doctrina internacional señala que: “Los contratos de adhesión son uno de los instrumentos más apropiados para que las empresas disminuyan los costos asociados a su participación en el mercado. Esto se logra gracias a la supresión del proceso de negociación, a la consolidación de la estructura interna de la firma y a la disminución de la incertidumbre presente en las transacciones mercantiles. Cuando Coase clarificó con su famoso artículo de 1937 cuál era la naturaleza de la firma, aportó los elementos necesarios para entender la búsqueda constante que debían realizar las firmas por disminuir los costos de transacción. Luego, la utilización de estos contratos está inevitablemente ligada a la actividad empresarial en una economía de mercado de grandes escalas de producción”. Salazar, Diego, “Asimetrías de información y análisis económico de los contratos de adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual”, Revista de Derecho Privado. 2006, (37):3-56, ISSN: Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=360033185001>

¹⁹ Para un mayor análisis, Cofone sostiene lo siguiente: “Redactar un contrato tiene un costo. Las empresas que venden el mismo producto a una cantidad importante de consumidores pueden, por ende, reducir significativamente sus costos de producción redactando el contrato una sola vez y luego replicándolo. Esto les permite, o vender sus productos a un precio más bajo de aquel al cual los venderían si redactaran contratos individuales, u obtener más ganancias y repartir más dividendos.” Corone, I, “El sistema de incentivos en los contratos de adhesión”, Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia, N.º 29, julio-diciembre de 2015, pp. 101-111.

²⁰ Por su parte, Slawson reafirma la tesis arguyendo que “los ahorros logrados a través de los contratos estandarizados resultan tan substanciales que, si por cualquier razón las empresas no pudieran llevar a cabo este tipo de contratos, es muy probable que simplemente no utilizaran contratos”, autor que fue citado por DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo; ¿Por qué el Estado y no el Mercado?; Revista chilena de derecho privado, N.º 1, año 2003, p. 114.

²¹ Tapia, Mauricio y Valdivia, José Miguel. Op. Cit. p. 72-73.

²² Por ejemplo, en la estipulación de una cláusula que exonere de toda responsabilidad al proveedor.

marco regulador a las relaciones de consumo y a continuación estudiaremos brevemente algunos de los principales principios en razón a nuestro trabajo.

3.1. Principio de protección al consumidor

El pilar fundamental en el derecho de consumo es la protección al consumidor, ya que parte de la premisa de que existe una relación asimétrica entre las partes y esta debe ser corregida legalmente y así restablecer el equilibrio.²³ En este sentido, se ha dicho que “el legislador crea normas que restringen la libertad contractual de la parte aventajada, con el único objetivo de proteger al más débil y evitar abusos por parte del contratante fuerte”²⁴, lo que se enmarca en el Orden Público Económico de protección de los consumidores.

El Orden Público de los consumidores se enmarca en el Orden Público Económico que cumple fundamentalmente dos funciones: la primera de carácter social en donde es el Estado el que interviene en el mercado para la consecución de objetivos sociales, por ejemplo, en el caso chileno, los contratos de adhesión son limitados por las disposiciones de la LPC, ya que prohíbe la suscripción de cláusulas caracterizadas como abusivas y que de ser el caso, produce la nulidad de las mismas; y la segunda es una función macroeconómica consistente en la protección de una determinada clase de individuos que se encuentran en una posición asimétrica frente al otro contratante tal como sucede en el derecho de consumo o en el ámbito del derecho laboral. Esto se aloja en el llamado “Orden Público Económico de protección”, que viene a cumplir una labor de restaurar, a través de las normas, la asimetría contractual presentes en las relaciones de poder.

Retomando las ideas de la doctrina, el principio de protección del consumidor se manifiesta en cuatro subprincipios²⁵ que continúan con la idea de limitar la libertad contractual de la parte más fuerte de la relación de consumo en aras de proteger a la más débil:

En primer lugar, los principios que rigen las normas que limitan el contenido del contrato y prohíben las cláusulas abusivas, como bien se analizó en líneas anteriores.

En segundo lugar, la regla *interpretatio contra proferentem* o *contra stipulatorem*, la cual permite que, en caso de existir una cláusula ambigua que pueda inducir a error, debe ser

²³ Circular interpretativa sobre el derecho a la calidad e idoneidad: régimen de garantías. Resolución exenta N° 190. Servicio Nacional del consumidor, Santiago, Chile, 21 de marzo de 2019.

²⁴ Morales, María. Control Preventivo de cláusulas abusivas. Santiago: Ediciones DER, 2018. p. 51.

²⁵ Ibid.

interpretada en contra del redactor. Si bien esta regla no está presente en la LPC, la encontramos en el Código Civil (en adelante CC) regulada en las reglas sobre interpretación de los contratos. Se ha entendido que esta puede emplearse de dos maneras, aplicando el art. 1.566 del CC²⁶ supletoriamente, por una parte, y reconociendo el principio de protección del consumidor como directriz al momento de interpretar el contrato, por otra. Sin perjuicio de lo anterior, como se puede advertir, el art. 1566 del CC es una manifestación del principio protector del consumidor consagrado ya a la época de la dictación de este cuerpo normativo.²⁷

En tercer lugar, se encuentra el subprincipio *pro consumatore* o a favor del consumidor, el cual tampoco está regulado por la LPC. A nuestro juicio, este principio cumple con un propósito similar al de la regla *interpretatio contra proferentem* pues, en la práctica ambos son mecanismos que favorecen al consumidor.²⁸

El cuarto subprincipio es el de transparencia, que se expresa en la forma en que están redactadas las cláusulas del contrato, las cuales deben estar escritas de manera clara y comprensible, para que puedan ser entendidas por cualquier persona con mediana diligencia.

3.2. Principio de indemnidad del consumidor

Como se ha señalado anteriormente, las partes, -en este caso el consumidor y proveedor-, se encuentran en una situación asimétrica, la cual afecta las relaciones de consumo. Esto se debe al hecho de que los consumidores manejan menos información, los costos de organización son mayores y cuentan con un panorama racional más limitado debido a que

²⁶ Artículo 1566: “No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”. Decreto con Fuerza de Ley N° 1, Código Civil. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 30 de mayo de 2000.

²⁷ Morales, María. Algunos mecanismos de control de cláusulas abusivas en el ordenamiento jurídico chileno. Revista de Derecho: Universidad Católica de la Santísima Concepción [en línea]. 2016, no. 32

Disponible en: https://derecho.ucsc.cl/wp-content/uploads/2018/07/REVISTA_DERECHO_32.pdf

²⁸ Por naturaleza en los contratos por adhesión quien redacta los términos del contrato es el proveedor, por lo tanto, cuando existen ambigüedades en las cláusulas, se aplica la regla *interpretatio contra stipulatorem* para sancionar al redactor y se tiende a favorecer al consumidor, misma es la situación que ocurre al aplicar el subprincipio *pro consumatore* ya que se interpretará dicha cláusula ambigua de la manera en que más favorezca al consumidor. La doctrina distingue ambas reglas porque la diferenciación entre la regla *interpretatio contra stipulatorem* y el principio *pro-consumidor* tiene relevancia entre los países del “Civil Law” y los del “Common Law” ya que éstos últimos al no tener codificada su normativa, en general, recurren a los principios generales del Derecho. Véase en: Rodríguez, Javier. Contexto y construcción de la regla “*interpretatio contra proferentem*” en la tradición romanista: Aspectos histórico-comparativos de un principio de interpretación contractual. Revista de Derecho Privado [en línea]. Enero-junio 2008, no 14. [fecha de consulta: 30 de marzo de 2022]

Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/4175/417537590003.pdf>

desconocen, en su mayoría, el funcionamiento del mercado y de los negocios; en la otra vereda encontramos a los proveedores quienes conocen ampliamente el funcionamiento del mercado, y por supuesto, la calidad de los productos y servicios que ofrecen, verbigracia, tienen más recursos y por tanto mayor acceso a asesorías legales que favorecen su poder negociador o bien, los costos de transacción y organización son mucho menores comparados en los que incurriría el consumidor.

Frente a este panorama, el Derecho ha tomado ciertas medidas tendientes a aminorar el desequilibrio entre las partes, ya que no puede eliminarlo. Dentro de estas medidas se encuentra (i) la difusión de información y publicidad que tiene por objetivo exhibir al público el hecho de que los servicios o bienes que brinda el proveedor son seguros y de calidad, (ii) el reconocimiento del derecho a retracto y, (iii) el principio de indemnidad del consumidor sobre el cual versa el presente acápite.

El principio de indemnidad no es, en estricto rigor, propio del derecho del consumo, sino que pertenece a la tradición del derecho privado, el cual ordena que, frente a un ilícito, es necesario dejar a la víctima en la misma condición en que se hallaba antes de la producción del daño. Asimismo, lo reconoce el Derecho del Trabajo, área que ha desarrollado de manera más amplia este concepto – de indemnidad-, el cual fue consagrado por la ley N.º 20.087²⁹, que permitió que los derechos fundamentales de los trabajadores sean tutelados en el sentido de prohibir al empresario o empleador tomar represalias contra el trabajador que ha ejercido o visto vulnerado, por ejemplo, su derecho a la libertad de expresión o su derecho a huelga.³⁰

Ahora bien, en el caso del derecho del consumo, en nuestra LPC, este principio se puede extraer del art. 3 letra e), que consagra expresamente que el consumidor tiene el derecho a la reparación e indemnización “adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor”, o sea, se hace alusión al daño sufrido por el consumidor como consecuencia del actuar del proveedor, teniendo el primero la posibilidad de accionar a través del medio correspondiente,

²⁹ Ley N.º 20.087 que Sustituye el Procedimiento Laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 03 de enero de 2006.

³⁰ Martínez, Gonzalo. La garantía de indemnidad en Chile: análisis normativo y comparativo desde el derecho comparado y el common (Indemnity guarantee in Chile: normative and comparative analysis from comparative law and the common law). Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte [en línea]. 2012, vol. 19, no. 2. [fecha de consulta 20 de noviembre de 2019].

Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-9753201200020001

ya sea mediante una indemnización, compensación o devolución, contra el proveedor según sea el caso.

En definitiva, el principio de indemnidad del consumidor establece un régimen especial de responsabilidad civil, en el cual el agente que provoca el daño debe indemnizar al consumidor, de forma adecuada y oportuna los perjuicios materiales y/o morales sufridos a causa de tal infracción. Este principio se reconoce en el derecho civil como “reparación integral del daño.”³¹

Dicho todo lo anterior, la LPC ha dispuesto distintos mecanismos para la consecución del fin reparatorio, vale decir, el (i) Procedimiento Especial para la Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores, (ii) Del Procedimiento Voluntario para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, (iii) y la posibilidad de que el consumidor pueda pedir la indemnización por los perjuicios sufridos individualmente, si así lo prefiere o no se cumplen los requisitos para solicitar la tutela colectiva.

3.3. Principio de la irrenunciabilidad a los derechos del consumidor

El mencionado principio tiene como objetivo proteger al consumidor, para lo cual impide que este pueda renunciar anticipadamente a sus derechos en sede de consumo. Así lo establece el art. 4 de la LPC que señala: “Los derechos establecidos por la presente ley son irrenunciables anticipadamente por los consumidores”. Lo anterior se debe a que es una norma de carácter público y como consecuencia de ello, los consumidores no pueden disponer de sus derechos anticipadamente, por lo que se verán obligados a mantenerlos al menos de forma anticipada, aunque estén en desacuerdo.

Entendemos que las normas establecidas en la LPC en favor del consumidor son de derecho público, ya que el interés salvaguardado es el de muchas personas que componen la sociedad y se enfoca en proteger a un gran número de consumidores respecto de los posibles daños que podrían causarles los proveedores. Además, en la rama del derecho del consumidor, las facultades otorgadas por ella a los consumidores no son mirándolos como seres individuales,

³¹ “La reparación tiene por objeto poner al demandante en la misma situación que se encontraría si no hubiese sido víctima del daño causado por el hecho del demandado”. Barros, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual [en línea]. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006 [fecha de consulta: 12 de enero de 2022].

Disponible

<http://bibliografias.uchile.cl.uchile.idm.oclc.org/files/presses/1/monographs/3598/submission/proof/index.html#217>

en:

sino como un colectivo que necesita protección y resguardo y, que por encontrarse en una posición de vulnerabilidad junto con asegurar un buen funcionamiento de la economía se les impide renunciar de forma anticipada a sus derechos. Todo lo anterior, encuentra fundamento en el Art. 12 del CC, norma de carácter general e integradora del ordenamiento jurídico, la cual permite la renuncia de derechos conferidos por leyes que miren el interés individual y no se encuentre prohibida su renuncia³². Por tanto, como la LPC busca proteger la mayor cantidad de consumidores en la sociedad, estas normas no son de carácter privado y por ello las partes no pueden disponer de estos derechos a su libre albedrío.

Finalmente, este principio podría considerarse una limitación a la autonomía privada de las personas, pero su finalidad no es coartar libertad de las personas para contraer derechos y obligaciones, sino que busca proteger la libertad del consumidor, quien se encuentra en una posición débil frente al proveedor, y así poder asegurar que el primero logre tomar una decisión de acuerdo con sus necesidades o deseos y no coaccionado por el último. Con todo lo anteriormente expuesto, entendemos que este principio intenta corregir o al menos disminuir al máximo posible la asimetría existente en esta relación de consumo, ya que el mercado por sí solo no puede regular de una forma justa y menos asegurar que no existirán abusos.

3.4. Principio de veracidad y acceso a la información

Este principio trata de subsanar la asimetría de información existente entre las partes de una relación en sede de consumo. Los proveedores, quienes ofrecen bienes o servicios conocen ampliamente la información en relación con la calidad y funcionalidad de ellos, ya que es una actividad que realizan habitualmente, por tanto, saben las características relevantes tanto positivas como negativas de sus productos. Debido a lo anterior, los proveedores cuentan con mayor acceso y recursos para obtener dicha información permitiéndoles negociar condiciones de contratación aventajadas para ellos, pero que, pueden terminar siendo abusivas para los consumidores quienes no cuentan con los recursos económicos ni el acceso a la información que posee el proveedor, imposibilitando al primero la toma de una decisión libre e informada del bien o servicio que deseen.

³² Pinochet, Ruperto, ¿Integra el derecho de consumo el derecho civil, el derecho mercantil o conforma una disciplina jurídica autónoma? En Guzmán Brito, Alejandro (editor científico): Estudios de Derecho Civil III. Jornadas nacionales de derecho civil Valparaíso, 2007, Santiago (Chile): Legal Publishing, pp. 9-20.

Debido al problema anterior, el Estado interviene en el mercado a través de normas jurídicas para paliar esta asimetría, intentando disminuir el provecho que podría obtener el proveedor de esta distorsión y, así asegurar al consumidor el derecho de elegir libremente lo que desee contratar atendiendo sus gustos, necesidades y/o recursos. Para ello el art. 3, letra b) reconoce que el consumidor tiene “el derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos”, evitando que la entrega de información se vea limitada por el precio y las condiciones de contratación³³. Incluso el art. 1 N° 3 define qué se entiende por información básica comercial: “los datos, instructivos, antecedentes o indicaciones que el proveedor debe suministrar obligatoriamente al público consumidor, en cumplimiento de una norma jurídica” y agrega que dicha información “deberá ser suministrada al público por medios que aseguren un acceso claro, expedito y oportuno”.

Estas normas jurídicas buscan asegurar que el consumidor cuente con la información necesaria y fidedigna de bien o servicio previo a contratar, así lo establece el art. 12 A de la LPC: “el consentimiento no se entenderá formado si el consumidor no ha tenido previamente un acceso claro, comprensible e inequívoco de las condiciones generales”. Si bien este artículo hace referencia a los contratos electrónicos, podemos apreciar claramente la intención del legislador de garantizar la información mínima y necesaria a la que el consumidor debe tener previamente acceso para contratar un bien o servicio ofrecido por el o los proveedores.

En conclusión, la LPC busca evitar que el consumidor sea blanco de confusiones o engaños debido a la falta de antecedentes mínimos de los productos ofrecidos, por ello obliga al proveedor a asumir los costos de dar la información básica, ya que el último cuenta con los recursos para ello y, así disminuir la brecha de la asimetría de información existente para obtener la certeza de que el consumidor ha dado su consentimiento de manera informada y clara al momento de contratar.

³³ Circular interpretativa sobre el derecho a la calidad e idoneidad: régimen de garantías. Resolución Exenta, N° 190. Servicio Nacional del consumidor, Santiago, Chile, 21 de marzo de 2019.

4. Análisis económico del derecho y acciones de clase

4.1. Origen

El presente apartado tiene como finalidad introducir al estudio del Análisis Económico del Derecho -en adelante AED- y posteriormente establecer cuál es su relación con las acciones de clase.

Dicho lo anterior, el AED encuentra sus raíces en el utilitarismo, que tiene como uno de sus máximos exponentes a J. S. Mill, quien habla del homo economicus³⁴-un individuo racional que posee una información perfecta de la realidad que modela su actuar con base en la obtención de la mayor utilidad o beneficio, utilizando la menor cantidad de recursos disponibles-, y a J. Bentham, cuyo trabajo se basa principalmente en la utilidad³⁵, definiendo su concepto, estableciéndose como máximo principio, y entregando los parámetros para su cuantificación.

En la segunda mitad del siglo XX, autores tales como R. Coase y G. Calabresi toman las ideas arquetípicas del utilitarismo y las hacen aplicables al análisis del Derecho. En ese sentido, existen dos corrientes³⁶: para Coase, el mercado es el principal sistema de asignación de recursos, en cambio, Calabresi discrepa de esa idea y postula que el mercado no es el único sistema para el cumplimiento de tal fin, sino que existen otras diversas alternativas, y agrega que la intervención del Estado en esa materia se justifica en ciertos casos.

Sin perjuicio de lo anterior, ambos autores convergen en la forma de entender la realidad: “el análisis económico del Derecho entiende la realidad como un conjunto de recursos intercambiables que generan incentivos diversos para ser utilizados y con ello obtener beneficios, y cuyo uso supone asumir ciertos costos”.

³⁴ Persky, Joseph. Retrospectives the ethology of homo economicus, The Journal of Economic Perspectives [en línea]. Primavera 1995, vol. 9. no. 2. [fecha de consulta 10 de enero de 2022].

Disponible en: <https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.9.2.221>

³⁵ “Por principio de utilidad se quiere decir aquel principio que aprueba o desaprueba cualquier acción de que se trate, según la tendencia que parece tender a aumentar o disminuir la felicidad de la parte cuyo interés está en juego; o, en otras palabras, promover u oponerse a ella. Digo de cualquier acción, y por tanto no sólo de toda acción de un individuo privado, sino de cualquier medida de gobierno”. Para profundizar, véase: Bentham, Jeremy. Los principios de la moral y la legislación. 1ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial Claridad S.A. 2008., p. 12.

³⁶ Tómese como referencia: Ruiz-Tagle, Pablo. Pensar el Derecho. En: Grez, Pablo, Wilenmann, Javier, y Fuenzalida, Pablo. Una vida en la Universidad de Chile: celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés. 1ª. ed. Santiago: Legal Publishing, Thomson Reuters La Ley. 2014. p. 702.

Más allá de lo dicho por la doctrina, lo cierto es que el sujeto racional objeto de estudio del AED regula su actuar de la forma más eficientemente posible. Sin perjuicio de lo anterior, el debate sobre el concepto de eficiencia excede este trabajo, por ello, se hará una mención breve a los criterios más utilizados para definirla. De un lado, el “óptimo de Pareto”³⁷ que postula que una situación es eficiente si es imposible mejorar la situación de un individuo sin que otro se perjudique; y del otro, el criterio de Kaldor & Hicks, que surge a partir de las críticas al primero y advierte que la eficiencia de una situación se determina si y solo sí, los perjudicados por una determinada situación pueden ser compensados por aquellos favorecidos con esta, en el entendido de que los segundos mantengan los beneficios obtenidos.

4.2. Objetivo

Habiendo culminado ya con una breve reseña de las principales ideas provenientes de la ciencia económica, resulta indispensable conocer el objeto del AED, el cual es predecir las consecuencias de las normas de derecho y así, por un lado, determinar cuáles son aquellas económicamente más eficientes, y por el otro, predecir qué medidas deberían promulgarse en el futuro (basándose en el criterio de eficiencia) que permitan mejorar la estructura normativa del ordenamiento jurídico. Dicho de otro modo, el enfoque del AED no se detiene en la norma jurídica per se, sino en las consecuencias de esta, es decir, estudia cuáles son los verdaderos efectos de tales normas, lo que, dicho sea de paso, permite relacionar el análisis dogmático de las normas de derecho con el enfoque sociológico o práctico.³⁸

Aplicando la idea anterior al proceso judicial, ante todo, Cooter y Ulen arguyen que su objetivo, en general, es la minimización de los costos sociales, y en lo particular, (en función del AED) la disminución de la suma de los costos administrativos y los costos de los errores.

En síntesis, el análisis económico del derecho entrega criterios o parámetros que llevan a la conclusión de que las leyes son útiles para la consecución de metas sociales. Lo anterior se desarrolla en los siguientes apartados, de manera de demostrar que la no existencia de

³⁷ “Diremos que los miembros de una colectividad gozan, en una cierta posición, de un máximo de ofelimitad [utilidad], cuando es imposible alejarse mínimamente de esa posición, de tal modo que la ofelimitad [utilidad] de la que gozan cada uno de los miembros de esa colectividad aumente o disminuya”. Véase en: Kitzberger, Philip. Eficiencia, justicia y política en el sentido de Pareto. Boletín de la Sociedad Argentina de Análisis Político 5.8, 1999, pp. 33-48.

³⁸ “Los principios económicos pueden ofrecer directrices para la resolución legal de demandas, para la promulgación de nuevas legislaciones y para la interpretación de los estatutos existentes”. Véase como referencia: Buchanan, James. Buena Economía-Mal Derecho. En: Roemer, Andrés. Derecho y economía: una revisión de la literatura. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México y Fondo de Cultura Económica, 2000., pp. 123-132.

normas eficaces que permitan lograr ese objetivo, los fines del proceso, tanto desde el punto de vista procesal y normativo, resulta indeseable para el Derecho y para los intereses que protege, sobre todo tratándose de la construcción jurídica de las acciones de clase que tutelan intereses masivos, desde el punto de vista de la utilización de criterios racionales que permitan reducir los costos asociados a la acción judicial.

4.3. Costos sociales en el proceso judicial

¿De qué se tratan estos costos? Primero, se entiende por costos administrativos “la suma de los costos para todos los involucrados al pasar por las etapas de una disputa legal”³⁹, y segundo, por “costos del error”⁴⁰, aquellos que se producen luego de hacer uso de las reglas procesales para la resolución del conflicto. En ese sentido, la suma de ambas variables tiene como resultado el costo social del procedimiento, ergo, mientras menos costos administrativos y errores existan, el proceso es más eficiente.

Por otro lado, se dice que los tribunales resolverán los conflictos de relevancia jurídica de mejor manera cuando posean la máxima información posible acerca de los hechos y el derecho, lo que se denomina como “fallo con la información perfecta”⁴¹, entonces, el resultado de la sustracción entre dicho valor y el “fallo efectivo”⁴² es la extensión de error del tribunal acerca de los daños o más bien el costo social, con algunas variaciones que dependen fundamentalmente de las “distorsiones que causen los incentivos”⁴³.

4.4. Lugar donde habitan

Los autores analizan los costos sociales presentes en (i) la presentación de la demanda; y (ii) la etapa negociadora, donde genéricamente se estudian los métodos alternativos de resolución de conflictos.

³⁹ Cooter, Robert. y Ulen, Thomas. Op. Cit., p. 486.

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ El ejemplo hipotético dado para ilustrar la situación es el de un tribunal que posee el absoluto conocimiento de los hechos ocurridos y el derecho aplicable para resolver la disputa, pero como se trata de una situación hipotética, dada la fuerza de la realidad, la fórmula propuesta es la siguiente: $f^* - f$ = extensión del error del tribunal acerca de los daños (f^* es igual al fallo de información perfecta y f es el fallo efectivo. Ibid., p. 487.

⁴² Ibid.

⁴³ Véase como referencia el siguiente ejemplo: si la compensación perfecta es igual a \$2 500 y la compensación efectiva es igual a \$2 000, el error de \$500 podría hacer que el fabricante de aditivos redujera su control de calidad. La reducción del control de calidad ahorra al fabricante, digamos, \$1 000 y causa, digamos, otros \$10 000 de pérdidas para los dueños de automóviles. En este ejemplo, el costo social del error es igual a la pérdida neta de \$9 000 derivada del menor control de calidad: $c (\$500) = \$9 000$. Ibid., p. 488.

4.4.1. Presentación de la demanda

Las variables que se consideran en el cálculo anterior son los costos provenientes de (i) la presentación de la demanda; y (ii) el intercambio de información entre las partes.⁴⁴ La relación entre ambos factores tiene implicancias en materia de minimización de costos sociales y negociación extrajudicial, especialmente, cuando hablamos de acciones de tutela colectiva.

Sobre el intercambio de información, los autores distinguen entre aquella que es 1) voluntaria, y 2) involuntaria. Respecto de la primera, el intercambio voluntario de información privada entre las partes permite evitar los procesos judiciales, ahorrar en costos administrativos y subsanar ciertos desajustes que se producen entre un arreglo extrajudicial y la sentencia definitiva, reduciendo de esta manera los costos del error. Sobre la segunda, esto es, el intercambio de información involuntaria, si bien permite que las partes obtengan información obligatoriamente y así optar a una mejor posición negociadora, ello no reduce de manera concluyente los costos administrativos⁴⁵, pero sin duda lo hace respecto de los costos del error, ya que disminuye la diferencia “entre los términos del acuerdo y el fallo esperado en el juicio”.⁴⁶

4.4.2. Etapa negociadora

Se dice que los acuerdos negociados resuelven la mayor parte de los conflictos de relevancia jurídica (e incluso, son más útiles), sin embargo, en ciertos casos la negociación ocurre al margen de la ley.

De entrada, la etapa de negociación se produce al amparo de la cooperación, llamada ganancia conjunta. Del lado contrario se encuentran las ganancias individuales producidas en el desarrollo de un juicio, que los mencionados autores reconocen como “valor de amenaza”. La diferencia entre ambas es el “excedente cooperativo”, que se traduce como un ahorro en los costos de transacción. En síntesis, los costos de transacción son menores cuando el arreglo extrajudicial reproduce lo mismo que habría fallado el juez, en el marco

⁴⁴ En nuestro derecho, la etapa de intercambio de información entre las partes tiene lugar, en general, en la etapa de discusión.

⁴⁵ La investigación realizada por los autores no permite concluir si reduce o no los costos administrativos, pero sin lugar a duda en muchos casos facilita las argumentaciones y las pruebas presentadas en el desarrollo del procedimiento judicial. Cooter, Robert. y Ulen, Thomas. Op. Cit., p. 502.

⁴⁶ Ibid.

de un juicio⁴⁷. En caso contrario, vale decir, que el acuerdo fallará, cuando cada una de las partes previene que tiene más posibilidad de obtener beneficios con un juicio, que de un acuerdo extrajudicial.

4.5 Factores que influyen en la decisión de demandar

En lo concreto, los autores concluyen que existen 3 causas inmediatas de la presentación de una demanda: (i) el incremento de los hechos o sucesos que provocan daños⁴⁸; (ii) los costos de la presentación de una demanda⁴⁹; y (iii) el beneficio o valor que espera el actor con la interposición de esta.

Dicho esto, lo que sigue es efectuar la relación entre los 3 factores que inciden en la presentación de una demanda cuando los titulares representan no solo sus propios intereses, sino los de muchas más personas. Primero que nada, las acciones de clase son una clara manifestación de lo útil que resulta analizar el Derecho a la luz de las reglas provenientes de la Economía: en primer lugar, la tutela colectiva se configura cuando un particular sufre un *pequeño* daño que no *merece* la pena reclamar en juicio, ya que sus costos superarían con creces el valor esperado en caso de resultar vencedor, pero si el mismo daño ha sido sufrido por más personas -digamos un grupo numeroso- que decide participar en la demanda colectiva, provoca la disminución de los costos sociales analizados anteriormente. Lo segundo es que, si un grupo de personas que sufren un daño de baja entidad, pero que perjudica a una cantidad considerable de personas y que además afectó un interés de orden público económico, provoca incluso una disminución de los costos de litigación porque estos se distribuyen entre los participantes del grupo. Finalmente, relacionado con lo anterior, produce un aumento del valor esperado por los actores, pues muy probablemente, de no mediar la participación colectiva, no hubieran demandado la reparación del daño.

Todo lo anterior tiene por objeto plantear el panorama general del funcionamiento de las acciones de clase desde la mirada del AED y será desarrollado en extenso en los apartados siguientes, comenzando por el concepto de litigación colectiva, el funcionamiento en el derecho comparado y en Chile, culminando con un análisis comparativo acerca de cuál es el

⁴⁷El arreglo razonable es igual al fallo esperado en el juicio cuando: 1) el demandante y el demandado tienen las mismas expectativas acerca del juicio, y 2) el demandante y el demandado asumen los mismos costos de transacción para resolver la disputa. *Ibid.*, p. 502.

⁴⁸ Por ejemplo, en un aumento de casos de empresas que elaboran productos defectuosos.

⁴⁹ Por ejemplo, los honorarios del abogado o abogada.

mejor camino para proteger los intereses colectivos de los consumidores y que resguarde de mejor manera el principio de protección al consumidor y sea, a la vez, más eficiente.

II. LITIGACIÓN COLECTIVA: UNA RESPUESTA AL PROBLEMA QUE ADOLECE EL DERECHO DE CONSUMO

1. Legitimación colectiva

1.1. Generalidades de la legitimación

La doctrina ha dicho que “la legitimación se vincula con la titularidad de la situación controvertida en un juicio y es un presupuesto de fondo de procedencia de la acción, es decir, una exigencia cuya falta determina ineludiblemente que no se pueda conceder la petición de tutela judicial solicitada en el proceso. Si no concurre la legitimación –activa y pasiva– faltará un elemento básico para acceder a la tutela judicial”⁵⁰. Se agrega que “hace siempre referencia a una determinada relación del sujeto con la relación jurídica sustancial”⁵¹. Luego, se dice que la legitimación es uno de los requisitos que deben concurrir para que la acción tenga lugar, es decir, sin legitimación, no hay acción⁵².

La dogmática ha distinguido entre el concepto de legitimación y el de capacidad de ser parte, siendo la primera un aspecto fondo y la segunda, de forma o procesal⁵³.

Existen varias clasificaciones de legitimación, sin embargo, sólo nos limitaremos a aquella cuyo criterio de distinción se aboca a la naturaleza: la legitimación ordinaria y extraordinaria.

1.2. Legitimación ordinaria

En este caso, la legitimación se configura por la titularidad del derecho subjetivo reclamado, en relación con el efecto particular que producen las sentencias judiciales, esto es, que solo producen derechos o imponen obligaciones únicamente a aquellos que han sido parte del litigio. Montero Aroca la define como: “La cualidad de un sujeto jurídico, consistente en

⁵⁰ Romero, Alejandro. Curso de Derecho Procesal Civil. Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012, p. 94.

⁵¹ Córdón, Faustino. Sobre la legitimación en derecho procesal. Revista Chilena de Derecho [en línea]. Abril-junio 1998, vol. 25. no. 2. [fecha de consulta: 14 de enero de 2019].

Disponible en: <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/14693>

⁵² Romero, Alejandro. Op. Cit., p. 94.

⁵³ “La sola circunstancia de adquirir la calidad de parte en un proceso no significa que se cumpla con el requisito de la legitimación, ya que esta última es una cualidad distinta. La separación entre el concepto de parte y la legitimación explica por qué es posible que en un determinado proceso la demanda se proponga por quien (o contra quien) no está en realidad interesado en la relación sustancial controvertida, esto es, que falte la legitimación activa o pasiva para obrar o contradecir. Ibid., p. 96.

hallarse dentro de una situación jurídica determinada, en la posición que fundamenta, según el Derecho, el reconocimiento a su favor de una pretensión que ejercita⁵⁴”.

La doctrina argumenta que es regla general en la legislación nacional y que posee dos dimensiones: la primera de ellas es que solo puede demandar quien tiene interés, es decir, quien plausiblemente posee un derecho subjetivo lesionado; la segunda, que la sentencia judicial solo tiene efectos obligatorios para quienes tiene el carácter de *parte* en el juicio (alcance de la res iudicata). Seguidamente, señala que la primera dimensión opera como requisito de entrada al litigio, y el segundo, como criterio para determinar quién se favorecerá con él.

La legitimación ordinaria se clasifica a su vez en: legitimación individual y legitimación conjunta. La primera se refiere a “la calidad de justa parte que debe cada sujeto, activa o pasivamente, para cumplir con este elemento constitutivo del derecho a la acción”⁵⁵, y la segunda, es aquella que mandata a que el ejercicio de la acción sea realizado por un número indivisible de sujetos, ya sea activa o pasivamente, es decir, siempre se trata de una misma pretensión, pese a la multiplicidad de actores.

1.3. Legitimación extraordinaria

En esta hipótesis existe una discrepancia entre el titular del derecho subjetivo y quien lo reclama en juicio y como se trata de una excepción a la regla general de legitimación, es exclusivamente tarea de la *ley* habilitar a ciertos sujetos o entidades -distintos de los titulares del derecho subjetivo- a deducir la pretensión sobre un derecho o interés subjetivo.

Se clasifica normalmente la legitimación extraordinaria en (i) aquellos casos en la ley faculta a un tercero a deducir el derecho material en juicio como fundamento de la pretensión, pero que no es titular de este; (ii) y en que se concede para la tutela de los intereses colectivos y difusos. Sobre este último grupo se ha dicho que “cuando se trata de tutela jurisdiccional colectiva, es necesario comprender que la superación del esquema de legitimación activa tradicional depende de elegir a alguien que, aunque no sea titular exclusivo del derecho material reivindicado, presenta condiciones idóneas para la proposición y conducción de

⁵⁴ Montero, Juan. La legitimación en el proceso civil. 1a. ed. Madrid: Editorial Civitas, 1994, p. 32. Véase también: Romero, Alejandro. Op. Cit., p. 94. “La legitimación ordinaria (o propia) es la que corresponde al titular de la situación jurídica sustancial que se deduce en juicio”.

⁵⁵ Romero, Alejandro. Op. Cit., pp. 98- 99.

demandas colectivas en el interés de toda la sociedad (derechos difusos), o de determinados grupos, clases o categorías (derechos colectivos o individuales homogéneos)”⁵⁶.

En Chile, si bien la regla general es la legitimación ordinaria, la LPC instituye una legitimación extraordinaria para la protección de intereses colectivos y difusos, al menos en lo que respecta a las Asociaciones de consumidores, lo que será abordado más adelante.

2. Cosa juzgada en materia colectiva

2.1. Cosa juzgada en Chile

La cosa juzgada es definida por los profesores Mosquera y Maturana como “(...) el efecto de las sentencias definitivas e interlocutorias, firmes o ejecutoriadas, que las hace inmutables y coercibles (eventualmente)”⁵⁷.

Se trata de la facultad que tiene la jurisdicción de hacer cumplir lo ordenado en la sentencia definitiva y que cuando opera como acción (no, así como excepción) se puede hacer efectiva con el auxilio de la fuerza pública, como bien dispone el art. 76 de la CPR de 1980.

Según el profesor Maturana, existen dos actores relevantes al respecto: en primer lugar, “es sujeto activo de la llamada acción de cosa juzgada, aquel que obtuvo en juicio una sentencia que le reconoce una pretensión que requiere el cumplimiento de una determinada prestación para quedar satisfecha”. En segundo lugar, “es sujeto pasivo de la llamada acción de cosa juzgada, aquel que ha sido condenado en la sentencia a efectuar una determinada prestación para satisfacer la pretensión hecha valer en el juicio”⁵⁸.

Continúa el mismo autor arguyendo que la cosa juzgada tiene límites, los cuales tienen una doble dimensión: el límite subjetivo y el límite objetivo. El primero “consiste en determinar los sujetos de derecho a quienes el fallo perjudica o beneficia”⁵⁹. Esto se debe a que “la cosa juzgada alcanza tan sólo a los que han litigado; quienes no han sido partes en el juicio anterior

⁵⁶ Venturi, E. Comentario del artículo 3. En: Gidi, A., y Ferrer, E. (Coordinadores). 2008. Código Modelo de Procesos Colectivos, Porrúa, México, p. 50.

⁵⁷ Ubilla, Nicolás. Apunte de Cosa Juzgada. Resumen basado en: Mosquera, Mario y Maturana, Cristian. Breves Nociones acerca de la cosa juzgada. Mayo 2005.

⁵⁸ Maturana, Cristián y Mosquera, Mario. Breves nociones acerca de la cosa Juzgada. Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1991, p. 4.

⁵⁹ Parte: “aquel que pide en propio nombre (o en cuyo nombre se pide) la actuación de una voluntad de la ley frente al cual es pedida”. Distingue entre capacidad para ser parte, capacidad procesal o de ejercicio y el ius postulandi. Seguidamente se expone que la calidad de parte del proceso recae en las personas que revisten el carácter de demandante o demandado, y no en sus representantes. Véase en: Maturana, Cristián y Mosquera, Mario. Op. Cit. 32 p.

no son afectados por ella”⁶⁰, por tanto, quienes son parte en el juicio deben soportar tanto las ganancias como las pérdidas que podría conllevar la cosa juzgada y, quienes sean ajenos a este proceso pueden sustraerse de esos efectos de la sentencia. Por su parte, la causa de pedir y el objeto pedido configuran los límites objetivos.

Respecto al fundamento de la cosa juzgada, es dable advertir que radica en cuestiones de orden práctico, ya que resulta del todo ilógico que una cuestión jurídica ya resuelta por un tribunal sea nuevamente sometida a conocimiento judicial y por supuesto, atentaría gravemente con la seguridad jurídica, entre otras cosas.

Por su parte, la cosa juzgada se vincula fuertemente con dos conceptos fundamentales del Derecho. En primer lugar, la cosa juzgada es la esencia de la jurisdicción por su autoridad o carácter irreversible, y, en segundo lugar, el fin último del proceso es resolver un conflicto, a través de una sentencia que produzca efecto de cosa juzgada.

Siguiendo con la breve enunciación de aspectos generales de esta institución, la cosa juzgada se caracteriza por lo siguiente: (i) es una cualidad privativa de ciertos actos jurisdiccionales cuando llegan al estado que la ley exige; (ii) sustituye la voluntad de las partes; (iii) es relativa, (iii) renunciable; (iv) irrevocable; (v) inmutable; y como ya se adelantaba, (vi) produce certeza jurídica. Esta última característica le otorga certeza a la sentencia, permite la continuidad de la función legislativa a través de la función jurisdiccional, y finalmente, consagrar la estabilidad social a través del desasimio del tribunal, que se produce con la notificación de la sentencia definitiva o interlocutoria, según el art. 182 del CPC.⁶¹ Todo lo anterior constituye un Estado de Derecho.

Ahora bien, aterrizando la teoría, el sujeto activo está impedido de invocar la misma causa de pedir en una ocasión posterior (esto es, en concreto, lo que permite la seguridad jurídica), evitando que el litigio se extienda indefinidamente en el tiempo o bien se retome la discusión en un juicio posterior donde ya ha habido pronunciamiento judicial.

En definitiva, el efecto de cosa juzgada evita dos problemas, uno de orden sustantivo y otro de carácter práctico: en cuanto al primero, evita el pronunciamiento de decisiones judiciales contradictorias, resguarda la paz social y mantiene la confianza en los tribunales que ejercen

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ Para profundizar en este tema, véase: Maturana, Cristián y Mosquera, Mario, Op. Cit. pp. 23-27.

jurisdicción; sobre el segundo, evita el despliegue innecesario de recursos materiales, que también queda al resguardo de los tribunales en el ejercicio de sus facultades económicas.

Para finalizar este apartado, cabe mencionar la evolución que ha tenido esta institución en los últimos años, producto del crecimiento de las relaciones jurídicas entre sujetos de derecho, de la mano del desarrollo de nuevos modelos mercantiles y la globalización, en contraposición a una concepción individual y aislada de sus efectos. En particular, hablamos de la cosa juzgada con efecto erga omnes y que tiene especial relevancia en la tutela colectiva.

2.2. Cosa juzgada y tutela colectiva

Los procedimientos judiciales, en general, están pensados y diseñados para resolver conflictos de relevancia para el Derecho, en donde existe un sujeto activo y un sujeto pasivo claramente determinados. Sin perjuicio de lo anterior, el Derecho del consumidor, en ciertos casos, rompe el esquema tradicional tan característico del derecho procesal, principalmente producto del acaecimiento de diversos hitos históricos⁶² que han permitido el desarrollo del principio de protección a los consumidores, forjando su carácter único en relación con los otros que imperan en el derecho común.

En suma, el principio de protección al consumidor tiene como fin último el resguardo de los derechos de la parte más desprovista de la relación jurídica que nace a partir del vínculo consumerista y así se materializa en la LPC. Entre otras cosas, dicha ley regula el procedimiento de tutela colectiva judicial y otro de carácter administrativo, como ya se ha hecho mención.

Lo importante sobre este punto es establecer, ante todo, que el funcionamiento de la cosa juzgada en materia colectiva opera de manera muy diferente a la que conocemos comúnmente, puesto que, en el segundo caso, el efecto “normal” involucra exclusivamente a los sujetos que fueron parte del litigio, y no así a sujetos indeterminados o indeterminables que no participaron del juicio, cuestión fundamental de este tipo de tutela.

⁶² Declaraciones tales como la Resolución del Consejo de la Comunidad Europea; tratado de Maastricht sobre la Unión Europea; y la proliferación de normas sobre el derecho que tienen los consumidores a propósito de la producción en masa en EEUU.

Para un entendimiento más completo del asunto, es preciso detenerse en el funcionamiento de la cosa juzgada colectiva en el sistema anglosajón y en el derecho continental.

Gidi ha dicho que, si bien existe una similitud de gran relevancia entre ambos sistemas, esto es, que un legitimado activo no puede invocar la misma causa de pedir dos veces, ambos sistemas tienen diferencias estructurales. A continuación, se exponen someramente, las distintas visiones de la cosa juzgada.

En el sistema del *common law*, se tiene una concepción más amplia de la causa de pedir, pues la “*cause of action*” se refiere a la controversia total entre las partes”. Este abarca la nomenclatura “preclusión de cuestiones” (*issue preclusion o collateral estoppel*) y “preclusión de pretensiones” (*claim preclusion*)⁶³. La primera, en palabras del autor “impide el volver a litigar todos los temas que fueron “pasos necesarios” (*necessary steps*) para obtener la sentencia de fondo siempre y cuando estos temas hayan sido realmente litigados y decididos en la primera acción”⁶⁴, cuando hablamos de temas nos referimos tanto a cuestiones de hecho como de derecho. En cambio, la preclusión de pretensiones, en el *common law* tiene un alcance más amplio que en el sistema de Derecho continental debido a que en el primero, obtenida la sentencia firme se excluyen todas las demandas y posibles reclamaciones que se podrían haber realizado y de no haberse accionado oportunamente se pierde la posibilidad de litigar sobre tales materias; caso diferente es el *civil law*, en el cual solo aquellas demandas efectivamente realizadas en el proceso previo no podrán efectuarse en una nueva pretensión, pero respecto de aquellas materias anteriormente no litigadas, se mantiene la posibilidad de accionar, ya que no fueron sometidas al conocimiento del tribunal.⁶⁵

Siguiendo la idea de lo que sucede en el *common law*, las demandas que no fueron objeto de la demanda principal colectiva no podrán discutirse en un proceso posterior, e incluso, se extiende a aquellas que pudieron interponerse en su momento, pero que no rindieron frutos. Gidi sintetiza lo anterior de la siguiente manera: “todas las reclamaciones que pueden

⁶³ Gidi, Antonio. *Class Actions in Brazil: A Model for Civil Law Countries*. *The American Journal of Comparative Law* [en línea]. Abril 2003, vol. 51, No. 2. 95 p. [fecha de consulta: 13 de enero del 2022].

Disponible en: https://www-jstor-org.uchile.idm.oclc.org/stable/3649151?refreqid=excelsior%3A3a06ae0ff7c90c70abe16bfd500821eb&seq=1#metadata_info_tab_contents

⁶⁴ *Ibid.* p. 95-96.

⁶⁵ *Ibid.*

hacerse entre las partes en un procedimiento derivado del mismo conflicto (transaction) deben ser hechas, bajo pena de preclusión”⁶⁶.

Sin embargo, con el fin de equilibrar la situación, este sistema es bastante más maleable en cuanto al descubrimiento y tratamiento de la prueba, permitiendo incluso que la demanda pueda modificarse cualitativamente; autorizando al juez para que resuelva pretensiones que no se incluyeron de manera explícita en la primigenia demanda y; por último, excepcionalmente, los jueces están facultados para innovar en materia de cosa juzgada.⁶⁷

En contraste, la tradición continental o derecho civil tiene una visión más restringida que la del *common law*, pues las pretensiones que se exponen en la demanda no pueden ser objeto de un nuevo juicio, está prohibido. Así lo ha dicho Gidi: “la oportunidad de descubrimiento de pruebas es más reducida, las reglas para modificar la demanda son más estrictas, al juez no le está permitido decidir más allá de las reclamaciones establecidas en los escritos (prohibición de ultra petita y extra petita en las sentencias) y las reglas de la cosa juzgada son aplicadas mecánicamente”.⁶⁸

3. Intereses protegidos en la acción colectiva

3.1. Concepto de interés

Antes de adentrarnos a los tipos de intereses protegidos por las acciones de clase, es necesario definir el concepto mismo de interés. La doctrina lo ha entendido de dos maneras, una objetiva y otra subjetiva.

Un primer sector de la doctrina, la corriente objetiva, entiende el concepto de interés como aquella relación existente entre una persona y el objeto conveniente para satisfacer una necesidad. Carnelutti la ha señalado como “la situación del hombre, favorable a la satisfacción de una necesidad, (...) hombre y bien son los dos términos de la relación que

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ “Además, en situaciones excepcionales, los tribunales pueden evitar la aplicación de las reglas estrictas de preclusión si las circunstancias particulares del caso sugieren que esto es el modo más adecuado a seguir”. Ibid., pp. 96-97.

⁶⁸ Ibid.

denominamos interés”⁶⁹. Adhieren a esta concepción autores como Carnelutti⁷⁰, Montero Aroca⁷¹, Barrios Dante⁷², entre otros.

El segundo sector, la corriente subjetiva introduce un elemento volitivo al concepto de interés, ya que el sujeto que necesita algo, motivado por voluntad propia, realizará actividades distintas y necesarias para satisfacer esa necesidad. Es decir, es “un acto de la inteligencia, un juicio de utilidad o valor”⁷³. Esta postura es defendida por Couture⁷⁴, Morrón⁷⁵, entre otros.

Más allá de las ideas tradicionales en torno a la idea de interés, otros autores, -entre ellos Almagro- han intentado extender el concepto. Dicho autor distingue tres planos: un (i) plano subjetivo, que hace alusión a los colectivos poco precisos en cuanto a su composición, quienes generalmente son anónimos e indeterminados, aunque con dificultades determinables; un (ii) plano objetivo, en que el objeto se difumina, ya sea porque los mínimos no están fijados legislativamente, o sea porque los obligados son múltiples y cada uno debe poner algo para que se cumpla o se realice el derecho; y (iii) el plano formal de accionalidad o justiciabilidad imprecisa, aquí el problema de la justicia permite que la doctrina estudie nuevas formas de acceso a la justicia, porque al ser un grupo afectado en cierta materia, excede los esquemas clásicos del Derecho Procesal.⁷⁶

Sin ánimo de adentrarnos en la disputa de cuál es el concepto más apropiado, lo importante es saber que tanto el concepto subjetivo como objetivo de interés, no se ajustan a la pluralidad de intereses que son objeto de las acciones colectivas, los cuales escapan al esquema clásico del derecho privado, pero que tampoco corresponde completamente al derecho público, quedando en espacio intermedio debido a que “son intereses que

⁶⁹ Carnelutti, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil. (traducción Alcalá-Zamora, N. y S. Sentis Melendo). Vol. 1. Buenos Aires: Uteha, 1944, p. 11.

⁷⁰ Ibid., pp. 11-16.

⁷¹ Montero, Juan. Introducción al Derecho. Jurisdicción, acción y proceso. Madrid, España: Tecnos, 1976, p. 88.

⁷² Barrios, Dante. Introducción al estudio del proceso. La psicología y la sociología del proceso, El ombudsman, La defensa de los intereses difusos. Buenos Aires, Argentina: De palma, 1983, p. 126.

⁷³ Gutiérrez de Cabiedes, Pablo y De Caviedes, Hidalgo. La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: Colectivos y Difusos. Navarra, España: Aranzadi, 1999, p. 40.

⁷⁴ Couture, Eduardo. Vocabulario jurídico. 1ª. ed. Buenos Aires, Argentina: De palma, 1993, p. 344. En: GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y DE CAVIEDES, H. 1999. 1a La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: Colectivos y difusos. Navarra, España: Aranzadi, p. 43.

⁷⁵ Morón, Manuel. Sobre el concepto de Derecho procesal, en: Revista de Derecho Procesal, (192), p. 518. 1962. En: GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Pablo y DE CAVIEDES, H. 1999. 1a La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: Colectivos y difusos. Navarra, España: Aranzadi, p. 43.

⁷⁶ Aguirrezabal, Maite. Algunas precisiones... Op. Cit., p. 69-91.

originariamente son personales, pero que, por ser compartidos, comunes, no exclusivos, adquieren una relevancia superior, desde el punto de vista de su desenvolvimiento”.⁷⁷

Como ya adelantamos, el surgimiento de los derechos colectivos rompe con la concepción tradicional de interés, mostrando que existe una necesidad jurídica -o al menos una legítima aspiración de un grupo, clase o colectivo- que tienen intereses en común, surgiendo de esta manera los derechos colectivos.

A continuación, se desarrollan los distintos tipos de intereses colectivos que la doctrina distingue.

3.2 Tipos de intereses protegidos

3.2.1 Intereses supraindividuales

Los intereses supraindividuales nacen a raíz del fenómeno de la masificación de productos y servicios que permitieron la emergencia de nuevas relaciones de consumo que rompen con el esquema tradicional del derecho privado (en que prevalece la figura del interés individual), dando cabida a esta nueva categoría de intereses: nueva área independiente de la tradicional.

Se entiende por derecho supraindividual o transindividual, aquel derecho que trasciende la esfera de lo individual y que es impersonal, ya que “no pertenecen a una persona física o jurídica determinada, sino a una comunidad amorfa, fluida y flexible, con identidad social, pero sin personalidad jurídica”⁷⁸

Se denomina supraindividual porque “existe como una entidad distinta de cualquier individuo o grupo de individuos. Trasciende al individuo y, sin embargo, no es una mera colección de derechos individuales”⁷⁹. Por tanto, para la protección de estos derechos, es irrelevante determinar al individuo que le corresponde ejercer la acción o conocer quién es el llamado a ejercer este derecho como titular, ya que afecta a la comunidad y no solo a una persona en particular. Por dicha razón se entiende que los derechos supraindividuales se encuentran en medio del derecho público y privado, pues es un “bien público” que afecta a

⁷⁷ Ibid. pp. 87-88.

⁷⁸ Gidi, Antonio. 2003. Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, En: GIDI, A. y FERRER MAC-GREGOR, E. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica, México, Porrúa, p. 32.

⁷⁹ Ibid., p. 53.

la sociedad y cuando se lesiona, puede ejercerse una legítima pretensión para su reparación, en otras palabras, se trata de una especie de protección que escapa de la estructura tradicional del derecho privado, ya que no es *una* persona que pide la tutela de un interés individual quien ejercerá la acción, sino que es la pretensión de una comunidad que en su conjunto -la cual no se puede separar- la que da lugar a una figura ficticia que representa a este grupo.⁸⁰

Por su parte, es indivisible porque no se puede separar en pretensiones particulares o independientes, ya que los intereses de la comunidad se encuentran profundamente relacionados, que hace imposible satisfacer una pretensión, sin afectar a los demás miembros que componen el grupo. En consecuencia, si el derecho de un particular es lesionado, esta infracción se comunica al resto y, por el contrario, si una pretensión es satisfecha, lo hace respecto de todos los afectados. Es tal el grado de relación, de unidad, que no se puede dividir la comunidad: o se protegen los derechos de todos o de ninguno.

Para finalizar, en el derecho comparado existen varios criterios de diferenciación entre este tipo de intereses, pero el más utilizado en la práctica es el que responde a la existencia de un vínculo jurídico o de hecho entre los miembros del grupo.

3.2.1.1. Intereses colectivos

Los intereses colectivos son un tipo de intereses supraindividuales, reconocidos en diversas legislaciones.

Para comenzar diremos que el interés colectivo se configura cuando “personas que se encuentran de forma común y simultáneamente en una misma situación jurídica con respecto a un bien que todos ellos disfrutan conjunta y solidariamente y del que experimentan una común necesidad sea determinado o determinable en su composición, en sus miembros”⁸¹

Por lo tanto, a diferencia de lo que sucede con los intereses supraindividuales, las personas que conforman la comunidad afectada son un conjunto determinado o determinable de individuos que poseen previamente un vínculo jurídico entre sí o con la contraparte y, que están facultados para pedir la satisfacción de su pretensión como una unidad o conjunto, y no como sujetos particulares.⁸²

⁸⁰ Ibid., pp. 53-57.

⁸¹ Gutiérrez de Cabiedes, Pablo y De Caviedes, Hidalgo... Op. Cit., p. 109.

⁸² Ibid.

3.2.1.2. Intereses difusos

Los intereses difusos son aquellos que pertenecen a un grupo de personas no determinadas o no bien definidas, de compleja identificación y que no poseen relación jurídica entre sí ni vínculos contractuales previos que los relacione con un bien u objeto en particular.

Estos comparten el carácter supraindividual e indivisible de los intereses colectivos, pero se diferencian en lo siguiente: las personas cuyos intereses difusos son afectados, carecen de vínculo contractual, lo que existe es una relación de hecho entre los miembros afectados y el hecho específico que provoca la vulneración del interés, habiendo, por una parte, desconocimiento del número de afectados y por la otra, ignorancia sobre quienes conforman la clase o grupo.

Un ejemplo claro es el caso de la contaminación de una bahía, la cual no pertenece a una persona en particular⁸³. La contaminación de dichas aguas afecta a la comunidad completa y la limpieza del lugar beneficia a todos, por lo tanto, la pretensión no es divisible.

3.2.2. Intereses plurisubjetivos o individuales homogéneos

Son aquellos intereses individuales que tiene un titular determinado y que, al verse perjudicado, se agrupa con otros sujetos, también poseedores del carácter de titulares de derecho con el fin de ejercer sus acciones de modo colectivo. La doctrina los define como “una compilación de derechos subjetivos individuales, marcados por la nota de divisibilidad, del cual es titular una comunidad de personas indeterminadas más determinables, cuyo origen está en alegaciones de cuestiones comunes de hecho o de derecho”.⁸⁴

Esta nueva categoría nace en respuesta al fenómeno de las sociedades en masa como un nuevo instrumento de carácter procesal para tratar los derechos individuales de forma unitaria, pero colectiva, cuyos titulares están relacionados por un mismo hecho.

Los derechos individuales se reconocen expresamente en el derecho norteamericano y dan lugar a las *class actions for damages*. Lo mismo ocurre en el derecho brasileño, pero sin una definición expresa de los mismos, aunque sí los trata como pretensiones individuales que nacen por un daño que tiene un “origen común” (sin profundizar en el significado de esto).

⁸³ Gidi, Antonio. *Class Actions in Brazil ...* Op. Cit. pp. 354.

⁸⁴ Gidi, Antonio. *Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos*. Op. Cit. p. 35.

Esta categoría, a diferencia de lo que sucede con los derechos difusos y colectivos, son divisibles, ya que cada persona es titular de su derecho y puede ejercerlo individualmente, pero por conveniencia práctica se recurre a la defensa colectiva. En cuanto a la homogeneidad, se considera que tienen un origen común, el cual puede ser o no un hecho en específico, e incluso, podría tratarse de una serie de acontecimientos que provocan un daño.⁸⁵

Para ejemplificar lo anterior, Gidi⁸⁶ hace alusión a una bahía que podría haber sido contaminada años anteriores y recientemente provoca daño. En dicha hipótesis, el daño causado es de carácter individual y puede ser de diferentes grados, por ejemplo, puede afectar de una forma particular a los propietarios (en cuanto a salud), como también a los pescadores (fuente laboral). Los daños son diferentes, por lo tanto, la reparación de ellos será cuantificada de manera distinta y cada uno de los afectados tiene la opción de demandar o no de forma independiente la reparación de su daño, sin embargo, por razones de conveniencia, les resulta más favorable demandar colectivamente, debido a que se relacionan por un hecho en común (la contaminación de la bahía en este ejemplo) permitiéndoles reunir sus pretensiones y presentar una sola demanda ante el órgano judicial competente.

En términos prácticos, esta nueva categoría de intereses favorece a la economía procesal y evita posibles decisiones contradictorias, ya que, en estos casos, el objeto, la causa y la parte posiblemente responsable del daño, son las mismas, aportando también mayor fuerza a la demanda una vez ingresada al sistema judicial. Por su parte, en materia de legitimación, los efectos de la sentencia y los montos de la indemnización de los perjuicios van a depender de las circunstancias particulares.⁸⁷

En suma, los intereses plurisubjetivos son una categoría diferente de los intereses difusos o colectivos, ya que los primeros son homogéneos y divisibles, mientras que los segundos, son supraindividuales e indivisibles. En el caso de los intereses homogéneos o plurisubjetivos se entienden como derechos subjetivos que contempla el sistema procesal, los cuales se reúnen en una sola demanda para que este proceso sea más expedito, pero conservando cada pretensión su individualidad y en ningún momento se tornan inseparables⁸⁸. En cambio, los

⁸⁵ Ibid. p. 61-63.

⁸⁶ Ibid., p. 61.

⁸⁷ Aguirrezabal, Maite, Intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos. En: Contardo, Juan, Ortega Felipe y Fuentes, Claudio (coordinadores). 2019. Litigación en Materia de Consumidores. Dogmática y Práctica en la Reforma de fortalecimiento al SERNAC. Santiago, Chile, Legal Publishing, pp. 20-37.

⁸⁸ Piénsese, por ejemplo, en el litisconsorcio.

intereses colectivos o difusos afectan a la totalidad de una comunidad interesada cuya pretensión no puede dividirse ni tampoco puede ser satisfecha selectivamente.

3.3. Fundamento de las instituciones de protección de intereses colectivos y difusos

Una primera cosa que hay que establecer es cuál es el fundamento de las instituciones para brindar protección a este tipo particular de intereses, y la respuesta es el acceso a la justicia. Dicho esto, cabe preguntarse por cuál es la manera en que se materializa dicha protección y quién realiza esta labor. El encargado de asegurar la debida cautela de los intereses colectivos y difusos es el Estado y debe hacerlo a través de los tres poderes de un Estado democrático.

En primer lugar, a través del poder Ejecutivo, el cual debe estar consciente de los cambios y transformaciones que experimenta la sociedad en el ámbito del Derecho del consumidor. Su principal labor es integrar todos los elementos que permitan mantener el equilibrio entre la labor proteccionista a favor del consumidor y el mercado, de manera de lograr el establecimiento de políticas públicas convenientes y capaces de lograr dicha tarea.

Desde el punto de vista económico, las principales áreas a las que hay que atender son las siguientes: la instantaneidad de las relaciones comerciales, el aumento del poder adquisitivo de los consumidores (a causa del mayor acceso al crédito, entre otras), la necesidad del mercado de aminorar los costos de transacción, y aumentar la rapidez en que realicen los intercambios comerciales.

Desde la perspectiva histórico-social, los cambios que ha experimentado el mundo se han producido por el mayor acceso a la información, el desarrollo tecnológico que ha crecido (y seguirá creciendo) exponencialmente, la propagación del dinero como principal fuente de intercambio (físico o abstracto, como lo son las tarjetas de diversas entidades comerciales y bancarias), el crecimiento demográfico, y el amplio espectro de bienes y servicios que el mercado ofrece y que se va perfeccionando con el avance de la tecnología, de la mano con las crecientes y complejas necesidades de los consumidores.

La segunda manera en que el Estado se hace cargo de la protección de los intereses colectivos y difusos es mediante el Poder Legislativo, cuya tarea es la creación de leyes que se ajusten a las necesidades de los gobernados, tanto consumidores como privados.

En tercer lugar, la tarea del Poder Judicial es la aplicación de dichas leyes, sin embargo, para la consecución del fin es necesario que existan organismos e instituciones que no solo se aboquen al reconocimiento de derechos, sino que garanticen, en los hechos, el acceso a la justicia de todas las personas. Así las cosas, surgen dos preguntas.

La primera cuestión es cómo acomodar procesalmente la idea de tutela individual, cuya esfera de protección se limita a los derechos de uno o más sujetos determinados, con un especial tipo de protección en que sea posible atender a diversas reclamaciones consideradas como un todo, sin considerar demasiado la determinación del sujeto. Esta disyuntiva la resuelve el Derecho a través de estrategias procesales de carácter excepcional que dan origen a la tutela colectiva.

Lo segundo es más bien sustantivo, esto es, cómo implementar estrategias jurídicas y/o extrajurídicas que protejan efectivamente el acceso a la justicia y la igualdad ante la ley, en los casos excepcionales de tutela colectiva.

En síntesis, la figura jurídica que responde todas nuestras interrogantes es lo que se conoce como *enforcement* o estrategias de hacer cumplir la ley al consumidor, cuya función es identificar el proceso de aplicación de las normas jurídicas y su cumplimiento, a la luz de criterios normativos y estándares sociales. Desde el punto de vista del derecho, las normas de protección al consumidor protegen los intereses de los consumidores como también el funcionamiento del mercado, ya que las primeras imponen al segundo el contenido de las leyes sustantivas.

En doctrina ⁸⁹ se distinguen a lo menos 6 mecanismos de *enforcement* (públicos y privados) en materia del derecho del consumidor: (i) la litigación civil individual; (ii) los mecanismos de Resolución Alternativa de Conflictos (ADR); (iii) el *enforcement* administrativo; (iv) las sanciones criminales; (v) las acciones grupales o colectivas; y (vi) la autorregulación.

Para efectos de este análisis, solo son materia de estudio los métodos alternativos de resolución de conflictos y las acciones colectivas.

⁸⁹ Weber, Franziska. The Law and Economics of Enforcing European Consumer Law: A Comparative Analysis of Package Travel and Misleading Advertising. Edición e-book - E pub: Ashgate. 2014. pp. 25-30.

4. Acciones de clase

4.1. Concepto y origen

Existen diversos conceptos de acciones de clase. Algunos las consideran como “acciones judiciales dotadas de un procedimiento específico, por medio de las cuales una o varias personas actúan en el proceso defendiendo sus derechos o intereses y los de todas aquellas personas que se encuentran en una misma o similar situación jurídico-material”⁹⁰. Otros sugieren que son “la acción promovida por un representante (legitimación colectiva), para proteger el derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto del litigio), y cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada)”⁹¹. En general, son promovidas por miembros de la comunidad, actuando como demandante un representante de la colectividad.

El fundamento de las acciones colectivas radica en el anglicanismo inglés *equality*, y el origen se atribuye al derecho anglosajón, que como bien sabemos, existe una carencia de formalismos y gran discrecionalidad jurisdiccional⁹². Estas reglas de equidad permitían resolver los conflictos ante la inexistencia de leyes codificadas, ante tribunales de equidad (*equity courts*) que exigían la presencia de todos los afectados. Sin embargo, a mediados del siglo XVIII, se dieron cuenta de que en varias ocasiones eran demasiadas personas las afectadas, por lo tanto, al ser la presencia de ellas un requisito fundamental para resolver la controversia, podrían producirse injusticias, ya que no siempre todos podían asistir. Frente a tal situación, se promulgó el *Bill of Peace*, que permitió que un representante de la comunidad afectada presentará la reclamación, y una vez resuelto el juicio, los resultados de este afectarán a la totalidad de los miembros representados⁹³.

La práctica anterior fue replicada en Estados Unidos, pero completamente reformada⁹⁴. En 1842 nace la *Federal Equity Rule 48*, la cual permitía al juez resolver un conflicto en el caso de que los afectados fueran muchas personas y era poco conveniente que asistieran todas al tribunal, brindando la opción a los que estaban ausentes de mantener sus derechos y acciones, siendo la sentencia definitiva vinculante solo para los miembros presentes.

⁹⁰ Gutiérrez de Cabiedes, Pablo y De Caviedes, Hidalgo... Op. Cit., pp. 447- 448.

⁹¹ Gidi, Antonio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. 1995, p. 16. Véase en: Leal, Márcio. Ações coletivas: história, teoria e prática, 1998. pp. 39-45.

⁹² Gutiérrez de Cabiedes, Pablo y De Caviedes, Hidalgo... Op. Cit., p. 408.

⁹³ Ibid., pp. 448-449.

⁹⁴ Como es sabido, el poder judicial está compuesto por las Cortes de Equidad (Courts of Equity) y las Cortes de Ley (Courts of Law).

La regla anterior fue reemplazada por la *Federal Equity Rule 38* del año 1912, la cual regula la siguiente situación: cuando la cuestión es de interés común o general para muchas personas, y estas son tantas que es difícil llevarlas a todas ellas ante el Tribunal, una o más personas pueden demandar o defender en representación de los demás.⁹⁵

Finalmente, en el año 1938 se promulga la *Federal Rules of Civil Procedure*, que en su *Rule 23* consagra expresamente a las acciones de clases o *class actions*, siendo aplicable tanto a la Equity of Courts como a las Law of Courts, permitiendo la solicitud de indemnizaciones por daños y perjuicios, cuestión que era imposible anteriormente porque las indemnizaciones eran tramitadas ante las Law of Courts, y las acciones de clases, en las Equity Courts, de manera independiente. Este nuevo régimen permitió que las personas que conforman una clase por su gran número puedan elegir una o varias personas que los representen.⁹⁶

En el caso chileno, la ley N.º 19.955 del año 2004 que modifica la LPC, introduce modificaciones al procedimiento que resguarda los intereses individuales, pero la más relevante de aquellas es la que contempla por primera vez la tutela de intereses colectivos a través de un procedimiento especial para Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores, el cual se encuentra regulado en los artículos 51 y siguientes que señala, entre otras cosas: (i) cómo se inicia el procedimiento; (ii) quiénes son los legitimados para ejercer dicha acción; (iii) ante qué órganos se interpone; (iv) los plazos; (v) los requisitos para que proceda la admisión de la acción; (vi) las indemnizaciones correspondientes; y (vii) los aspectos relativos a la sentencia. El capítulo siguiente profundizará sobre este punto.

Ya habiendo brindado un concepto y señalado brevemente el origen de las acciones de clase, es preciso dar cuenta de cuáles son los sistemas de entrada o de salida que exigen un vínculo entre los miembros afectados con la pretensión reclamada. En definitiva, existen dos: el sistema *opted-in* y el sistema *opted-out*.

⁹⁵ Gutiérrez de Cabiedes, Pablo y De Caviedes, Hidalgo... Op. Cit., p. 449.

⁹⁶ Ibid.

4.2. Acciones de clase que exigen un vínculo con la pretensión reclamada

4.2.1. Sistema opted-in

El sistema *opted-in* se refiere a aquella facultad que tiene cada afectado de hacerse parte de la acción colectiva judicial de tal forma que el efecto de cosa juzgada lo alcance, evitando tener que recurrir de forma individual y utilizar sus propios medios para obtener la reparación integral del daño. Esta es una barrera de entrada que debe superar de forma activa el consumidor si quiere ser parte de la acción colectiva; en caso contrario, es decir, que no quiera ser parte de la acción colectiva, simplemente debe mantener una actitud pasiva en el sentido de no manifestar su intención de participar y en definitiva el efecto de cosa juzgada no lo alcanzará, quedando a salvo su pretensión individual. En dicho caso, solo se considerarán miembros presentes dentro del juicio a aquellos que soliciten expresamente que se le incluya.

La ventaja de esta técnica es que se hace partícipes únicamente a quienes realmente tienen un interés en ser parte del litigio, excluyendo a aquellos que no se sienten representados y prefieren ejercer -o no- su acción individual. La desventaja es que pueden quedar afectados negativamente por la cosa juzgada de la sentencia definitiva, es decir, quedar fuera de esta acción por desconocimiento de hechos, derecho o bien por temor a represalias⁹⁷. Y en el último caso, se entiende que el efecto de cosa juzgada recae sobre todas las personas que se han hecho partícipe de la demanda y con ello pierden su derecho a accionar individualmente, por tanto, cada persona legitimada a accionar debe evaluar muy bien si le conviene o no demandar bajo el alero de la tutela colectiva o, en contrario, ejercer sus acciones de manera particular.

4.2.2. Sistema opted-out

Este sistema dice relación con la facultad que tiene cada afectado de restarse de la acción colectiva a través de los mecanismos contemplados por el ordenamiento jurídico correspondiente (a la luz de los principios de celeridad y efectividad del proceso) cuyo objetivo es que la sentencia dictada no los alcance. En definitiva, es una barrera de salida en

⁹⁷ Debido a esto, en Estados Unidos, la Corte Suprema admitió que esta técnica está descartada debido a que atenta contra la eficacia de las acciones, principalmente porque reduce el número de partícipes, restando fuerza a las *class action* y dándole la opción a la contraparte de no responder por el total del daño causado y fomenta las acciones individuales que generan una saturación del sistema y un costo mayor para los afectados.

la cual cada consumidor interesado en restarse de la clase debe manifestar su negativa a ser parte de la acción colectiva y que no desea ser alcanzado por el efecto de cosa juzgada. Esta técnica busca ampliar el número de personas alcanzadas por los efectos de la sentencia, a pesar de no estar notificadas o que permanezcan en la indecisión de demandar, las cuales pertenecerán al grupo demandante a pesar de estar ausente, a menos que realicen un acto que dé cuenta de lo contrario.

Lo ventajoso de esta técnica es que aumenta el tamaño del grupo afectado, sobre todo en causas de menor cuantía en que los afectados son personas comunes, que en ocasiones no conocen bien sus derechos, ni tampoco el manejo del sistema judicial-procesal, que considerados individualmente tienen menores posibilidades de ejercer su acción, dado por factores económicos, desconocimiento o temor, entre otros. Otro posible punto a favor, en este caso para el demandado, es que existiendo la sentencia firme que no reconozca ningún daño hacia los demandantes y sabiendo que el efecto de cosa juzgada abarca a un gran número de personas, le permite al primero quedar absuelto de realizar cualquier pago o reparación hacia los demandantes y evitar futuros litigios iniciados por las mismas partes, que traten sobre la misma causa u objeto del juicio, así el demandado tendrá certeza que no deberá realizar una nueva defensa e incurrir en gastos asociados a ella. Lo negativo de este sistema es que pueden existir miembros del grupo que desconozcan el inicio del juicio, los beneficios o pérdidas que conlleva para ellos iniciarlo y los efectos de la sentencia firme, ya que una vez iniciada la acción y dictada la resolución final, las personas se encontrarán imposibilitadas de ejercer su acción de forma individual porque su derecho de accionar en juicio ya precluyó, independientemente de la conveniencia de demandar particularmente.

Fuera de estos sistemas contemplados a propósito del tratamiento que hacen los distintos ordenamientos jurídicos de las acciones judiciales colectivas, nos referiremos a continuación a los Métodos Alternativos de Resolución del conflicto, distintos a la sentencia.

5. Métodos alternativos de resolución de conflictos o ADR

Se trata de herramientas extrajudiciales alternativas a un proceso ante los tribunales de justicia que permiten obtener la solución del conflicto, tales como el arbitraje, la mediación

y conciliación. La doctrina⁹⁸ ha justificado el origen de su establecimiento bajo las siguientes consideraciones:

- i. Los ADR permiten aumentar el acceso de las personas u otros organismos a la resolución de disputas, cuestión fundamental en el ámbito de protección al consumidor en el entendido de que este último, por lo general, adquiere productos o servicios de bajo valor relativo con relación a lo que costaría promover acciones tendientes a la reparación o indemnización en caso de sufrir un daño, e incluso, la utilización de ADR tiene un menor costo o llega a ser gratuita, en ciertas legislaciones.
- ii. Permite descomprimir el sistema de justicia y hacer la tarea de los tribunales más eficaz, idea que puede considerarse desde dos perspectivas: la primera, relativa a la oferta de justicia, pues en la mayoría de los casos esta no es capaz de hacerse cargo de toda la demanda en situaciones que muchos sujetos reclaman el mismo daño proveniente de la misma fuente, y la segunda, se relaciona con el cuestionamiento de por qué es el Estado el encargado de intervenir en la resolución de conflictos entre privados
- iii. Las soluciones a las que se arriba en sede de ADR parecieran ser de mejor “calidad” de las que existen en sede judicial, pues, por ejemplo, en la mediación y la conciliación prima, la cooperación entre las partes debido a que existe una mayor voluntad de lograr un acuerdo que ellas mismas construyen y se fomenta la comunicación y la creación de ideas novedosas distintas a las que podría decidir y establecer un juez.

Sin perjuicio de los beneficios de los métodos alternativos de solución de disputas, la doctrina no deja de mencionar las desventajas existentes en ellos:

- i. Se trata de sistemas de resolución de conflictos en los que existe un riesgo y una creencia de ser de “segunda clase” o, en otras palabras, la justicia que resuelve los pleitos es menos valiosa que la impuesta por los tribunales ordinarios, sobre todo en lo que a acceso a la justicia y tramitación se trata.

⁹⁸ Vargas, Juan. Problemas de los Sistemas Alternos de Resolución de Conflictos como alternativa de política pública en el sector judicial [en línea]. Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), [fecha de consulta: 31 de marzo de 2022].

Disponible

https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/891/art_juan_e_vargas.pdf?sequence=1&isAllowed=y

en:

- ii. Son instrumentos que solo favorecen a quien tiene mayor poder económico, esto es, “quien puede pagarlos puede acceder a ellos”, y en ese sentido, dichos particulares tengan más posibilidades de imponer una solución más favorable a sus intereses propios, con relación a la que podría dictarse en sede judicial.
- iii. En relación con el punto anterior, los ADR pueden suscitar acuerdos que se alejan de las decisiones “justas” a las que llegarían si estuvieran ante un juez aplicando directamente la palabra de la ley.
- iv. No generan externalidades positivas, pues no aportan a la sociedad, esto es, las resoluciones que allí se susciten no crean jurisprudencia ni tampoco existe un hilo conductor entre la decisión arribada en un caso respecto de otro que presente los mismos supuestos de hecho.
- v. Se dice que el derecho a defensa desaparece toda vez que no requieren la asistencia de un letrado ni tampoco exige que el mediador, por ejemplo, lo sea.

Abordado lo anterior, cabe preguntarse por los ADR en materia de derecho del consumidor. Ya vimos que son mecanismos de solución de conflictos menos formalizados que un proceso judicial, financiados generalmente por el Estado o por los particulares en subsidio, y que involucran tanto a las empresas como a los consumidores en la solución del conflicto o toma de decisiones. Desde el punto de vista del consumidor, por lo general no tienen costo (o si lo hay, es de muy baja entidad) y el remedio más común para la solución del conflicto es la compensación.⁹⁹

Respecto a ciertos aspectos procesales del procedimiento en materia de ADR, usualmente no requieren representación legal de un abogado y el acta -digámoslo así- en que consta la decisión que resuelve el conflicto está revestida de una cosa juzgada “de menor valor”, sin perjuicio de que en ciertas legislaciones (como la nuestra) es necesario la aprobación del juez civil.

Desde el punto de vista del AED, este tipo de soluciones permiten una asignación óptima de los riesgos, ya que, como ya se ha dicho, los costos de iniciar un juicio son mucho mayores que aquellos previstos para el caso de ADR, tampoco hay barreras de acceso para optar a ellos y ni existen grandes problemas de agencia, pues en su mayoría, no existe participación de abogados. No obstante, lo anterior, en ciertos casos, los consumidores podrían obtener

⁹⁹ Weber, Franziska. Op. Cit., p. 27.

menores utilidades económicas en términos de reparación de los daños, los recursos desplegados para arribar a una solución son inferiores y es del caso señalar que tampoco pueden remediar ciertas asimetrías de información.

En conclusión, la utilización de ADR produce más efectos positivos que negativos, pero va a depender de la cantidad de disputas que se resuelvan por esa vía y de cuántos casos deban ser verificados dos veces por el juez civil (una para el caso de aprobar el acuerdo y otra en el caso de apelación) porque de ser así, los costos administrativos aumentan.¹⁰⁰

Ahora bien, hay casos especiales como el que ocurre en Chile en que existen mecanismos misceláneos de protección al consumidor que no se encuadran propiamente en uno u otro tipo de *enforcement*, v.gr. lo es el Procedimiento Voluntario para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores. La naturaleza de este último es de orden administrativo (en general, como un ADR) pues se celebra ante el SERNAC que es un organismo a cargo del Poder Ejecutivo, pero para que el acuerdo alcanzado en dicho procedimiento surta efectos jurídicos, se exige la aprobación de un juez competente que autorice tanto el acuerdo como los efectos de cosa juzgada que producirá. No obstante, antes de la reforma de la ley N. ° 21.081 creadora del PVC, existía la “mediación colectiva” que carecía de regulación legal que, si bien compartía lineamientos con el actual PVC¹⁰¹, este último si tiene regulación en la ley y en su respectivo reglamento.

¹⁰⁰ Ibid. p. 31.

¹⁰¹ Por ejemplo, la aplicación del principio de que la construcción de un acuerdo no debe ser impuesto por un tercero, sino que, sugerido por las mismas partes, utilizando estrategias de índole colaborativo.

III. TRATAMIENTO DE LA TUTELA COLECTIVA Y ADR CONSUMERISTA EN EL DERECHO COMPARADO

A continuación, se hará un examen de la legislación comparada en materia de acciones colectivas y ADR, que sirve de base para analizar comparativamente lo que sucede en nuestro país. Antes de comenzar, es preciso establecer que cada país regula el proceso colectivo, contemplando no solo los intereses colectivos (en su sentido técnico y puro), sino que también a los intereses individuales homogéneos.

1. Estados Unidos

1.1. Acciones de clase o *Class action*

1.1.1. Consideraciones preliminares

Este apartado sobre el derecho comparado comienza con EE. UU, ya que es la legislación con mayor desarrollo en materia de acciones de clase, por ello le hemos dado más cobertura de investigación.

Como bien se trató en el capítulo anterior, las *class action* norteamericanas se basan en la práctica judicial inglesa denominada *Bill of Peace*. Con la promulgación de la *Equity Rule N° 48* en el año 1842, el conocimiento de estas acciones se radicó en los tribunales de equidad, permitiendo la ausencia de algunos miembros de la clase cuando era tan numerosa que no todos podían asistir al tribunal, pero no tenía efectos vinculantes para ellos.

Debido a las limitaciones anteriores, en el año 1912 se promulgó la *Federal Equity Rule N.º 38*, que reconocía la figura del representante de la clase cuando ocurría el mismo problema anterior, sin embargo, no se pronunció sobre lo que pasaba respecto de los efectos vinculantes de la sentencia, cuestión que generaba aún más ambigüedades sobre la cosa juzgada.¹⁰²

En 1938, nace el *Federal Rules of Civil Procedure* -FRCP en adelante- y en su art. N° 23, utiliza por primera vez el término *class action*, entendiéndose como una institución procesal

¹⁰² Rule N° 23. Federal Rules of Civil Procedure. Estados Unidos de América, 1966.

de tutela colectiva que debía aplicarse cumpliéndose los siguientes requisitos¹⁰³: (i) cuando demasiadas personas componen la clase, siendo imposible su reunión; (ii) el juez debe llevar el control de la representatividad adecuada; y (iii) el juez debe corroborar que entre los miembros de la clase efectivamente exista una comunidad de intereses. Además, se implementó la indemnización de daños y perjuicios e introdujo la representación, cuando la clase es tan numerosa que dificulta el proceso.¹⁰⁴

Luego, el art. 23 de las FRCP, reconoció tres tipos de *class action*:

- i. *True class actions*: son las acciones que protegían el interés colectivo de los afectados, sin exclusión, produciendo un efecto erga omnes sobre el total de la clase.
- ii. *Hybrid class actions*: se refieren a la tutela colectiva de los derechos de todas las personas que se encontraran relacionadas con un mismo hecho o derecho común, permitiendo que estas soliciten de forma voluntaria su incorporación a la acción.
- iii. *Spurious class actions*, que son aquellas que tutelan el interés individual de diferentes personas que tienen cuestiones comunes de hecho o derecho.

En suma, las *True class actions* y las *Hybrid class action* resguardan los intereses colectivos y difusos de los afectados, mientras que las *Spurious class actions* hacían alusión a los intereses individuales homogéneos, permitiendo un proceso más eficiente y económico, evitando la multiplicidad de acciones en el sistema judicial.¹⁰⁵

En cuanto a la cosa juzgada de cada tipología representativa, cuando hablamos de las “verdaderas” acciones de clase, esta alcanzaba tanto a los miembros ausentes como presentes de la clase, mientras que en las acciones “híbridas”, la res iudicata alcanzaba a los derechos que integran la propiedad o el fondo común; y finalmente, las acciones de clase “impuras” solo tenían alcance vinculante a aquellos miembros que participaron en el proceso.¹⁰⁶

Sin embargo, dicha regulación aún presentaba problemas de aplicación, por lo tanto, en el año 1966 se realizaron modificaciones al art. 23, creando las *Class actions for damages* que, por una parte, reemplazaron a las 3 tipologías anteriores, enumerando una serie de

¹⁰³ Pellegrini, Ada. De la “class action for damages” a la acción de clase brasileña. Requisitos de admisibilidad. *Ius et veritas*. [en línea]. 2001, no. 23. [fecha de consulta: 10 de enero 2022] p. 61.
Disponible en:

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16017/16441>

¹⁰⁴ Gutiérrez de Cabiedes, Pablo y De Caviedes, Hidalgo... Op. Cit., p. 449.

¹⁰⁵ Pellegrini, Ada. Op. Cit., p. 661.

¹⁰⁶ Giannini, Leandro, La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos, 1a. ed. La Plata: Editora Platense, 2007, p. 81.

presupuestos generales y requisitos de admisibilidad más funcionales y prácticos que los anteriores; y por la otra, se estipula que los efectos de la sentencia afectarían a todos los miembros de la clase, pero con la posibilidad de manifestar una voluntad contraria (*opted out*), en ciertos casos.

Más tarde, en el año 2003, luego de una larga investigación realizada por la *Federal Judicial Conference*, que es “el principal dispositivo de política judicial de dicho poder del Estado”, se realizó una nueva modificación al art. 23 referida principalmente a la “notificación a los miembros del grupo, las transacciones y otros medios de disposición del objeto de la litis”¹⁰⁷, entre otros temas.

1.1.2 Regulación de la class action

Para comenzar, es menester señalar que, para iniciar una acción colectiva, hay que distinguir entre los requisitos generales transversales a todo tipo de tutela colectiva, conocida como “certificación”. Luego, deben cumplirse unos requisitos particulares, que veremos a continuación.

1.1.3 Requisitos

Para dar curso a una demanda colectiva, se tienen que cumplir una serie de requisitos: (i) requisitos generales (implícitos y explícitos); y (ii) específicos.

1.1.3.1 Requisitos generales implícitos¹⁰⁸

Se denominan requisitos implícitos, ya que no están enumerados en la norma, sino que son consecuencia de una construcción doctrinaria y jurisprudencial.

A. Definición de la clase:

Se requiere que el grupo se encuentre bien definido en el sentido de determinar quienes conforman el grupo (que tiene importancia a la hora de establecer la forma de notificación de los integrantes), cuáles son las características que presenta, entre otros. Cabe aclarar que no es necesario que los miembros estén especialmente identificados, sino que basta con

¹⁰⁷ Ibid. pp. 81-82

¹⁰⁸ Ibid. p. 88.

determinar ciertos parámetros objetivos, como las condiciones del tiempo o el lugar donde ocurrieron los hechos.

B. El representante de la clase debe ser miembro de esta.

Requisito ampliamente discutido por la jurisprudencia, discusión que tiene efectos sobre la legitimación colectiva, ya que en ciertos casos se ha desestimado la acción incoada por asociaciones que no son participantes directas de la clase.¹⁰⁹

C. La acción colectiva debe estar “vigente” o no ser “abstracta”:

El ejemplo clásico sobre este requisito se manifiesta en que en ciertos casos puede que el legitimado activo colectivo pierda su calidad de tal.¹¹⁰

1.1.3.2 Requisitos generales explícitos:

El art. 23, apartado (a) de la FRCP, contempla cuatro requisitos generales para iniciar una acción de clase. Recordemos que la legislación contempla dos tipos de acciones colectivas: una de carácter obligatoria (*mandatory*); y otra no obligatoria (*no mandatory*), conocida como *Class action for damages*

A. Numerosity:

Debe tratarse de una colectividad que imposibilite la práctica del litisconsorcio de forma individual¹¹¹. Además, la doctrina y jurisprudencia sostiene que el tribunal conocedor del asunto no solo debe atender al número de afectados, sino que también a la ubicación geográfica, solvencia económica y la capacidad o incapacidad para actuar individualmente.¹¹²

¹⁰⁹ En países de derecho continental esta situación queda resuelta con la posibilidad de que la acción colectiva pueda ser presentada, por ejemplo, por Asociaciones de Consumidores, tal como ocurre en Chile.

¹¹⁰ Nos ponemos en el caso de que el “interés personal en la contienda” (que es una exigencia constitucional regulada en el art. 3, §2, cl.1º) desaparece. Giannini, Leandro. La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos. Op. Cit., p. 88.

¹¹¹ No requiere un número mínimo de participantes como sucede en nuestro país, por ejemplo, como ya veremos.

¹¹² Fernández, Enrique. class action: a common form of representative litigation in the United States of America. Special reference to the validity of class action waivers and class actions regulation under Spanish law. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña [en línea]. Enero 2018, vol. 21. [fecha de consulta 23 de enero 2021].

Disponible en: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2017.21.0.3272>

B. Commonality:

Deben existir aspectos de hecho o derecho común a todos los miembros de la clase, lo que no significa que todas las lesiones individuales sean iguales, sino que debe haber un elemento causal común entre todas las pretensiones individuales. Así, los intereses de la clase se considerarán superiores a los intereses individuales, de lo contrario la *class actions* perdería sentido y no sería aplicable.¹¹³

C. Typicality:

Se refiere a la semejanza entre el objeto o causa pedir, o ambos, tanto de los miembros de la colectividad como del representante, las cuales no deben necesariamente ser iguales, sino que los alegatos realizados por el representante deben ser acorde con las necesidades de la clase, ya que, sería injusto que la sentencia afectará a personas cuyas pretensiones no fueron incluidas en los alegatos. En definitiva, se busca asegurar que el representante de la comunidad realmente representa los intereses de los demás intervinientes activos.¹¹⁴

D. Adequacy of representation:

Exige una representación adecuada en términos tanto subjetivos¹¹⁵ como objetivos¹¹⁶ de la clase, para ello, el representante debe velar por los intereses de los miembros de forma individual, no obstante, puede tramitar acciones de forma colectiva para reparar el daño causado. Se evalúan sus cualidades personales y psicológicas, su disponibilidad, y que promueva y proteja de forma adecuada y justa las pretensiones de los miembros ausentes del grupo que no pueden defenderse por sí mismos.¹¹⁷

1.1.3.3 Requisitos específicos:

Cumplidos los requisitos del acápite anterior, el caso debe subsumirse bajo alguna de las siguientes tres hipótesis contempladas en el artículo 23(b)¹¹⁸:

¹¹³ González, Gabriel, Holz, Augusto, Silva, Luis Miguel y Torres, Katherine. ¡Pero si es más caro reclamar! La *class actions*: una alternativa para solucionar conflictos de intereses con pretensiones reducida cuantía. IUS ET VERITAS [en línea] 2004, no. 28 [fecha de consulta: 10 de febrero de 2022]

Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16062>

¹¹⁴ Ibid.

¹¹⁵ Un ejemplo de *adequacy* subjetiva es el caso del representante que se adjudica la representación de la clase, que debe representar a los demás en términos de que la acción que persigue el primero debe ser la misma que la de la segunda.

¹¹⁶ Un ejemplo de *adequacy* objetiva es la capacidad del representante y que este cumpla con los requisitos procesales propios de la acción de clase.

¹¹⁷ González, Gabriel, Holz, Augusto, Silva, Luis Miguel y Torres, Katherine. Op. Cit. p. 351.

¹¹⁸ Ibid.

- i. Si el ejercicio de las acciones individuales de las partes conlleva un riesgo de: (a) sentencias contradictorias o diversas que sean incompatibles para los miembros de la clase; (b) sentencias que dispongan de los derechos de terceros que no son parte del proceso o que dañen o impidan a estos la protección de sus intereses.
- ii. Si la parte que se opone a la clase actúa o se niega a tomar medidas con respecto a ella, haciendo adecuada la condena de obligar a hacer o no hacer (*injunction*), o la correspondiente sentencia declaratoria.
- iii. Si el juez competente considera que los antecedentes de hecho o derecho común a la clase prevalecen sobre cualquier asunto que los afecte individualmente, y que la tutela colectiva es el mejor método para una solución justa y eficaz al conflicto.

El punto i) y ii) contemplan una *class action* obligatoria (*mandatory*), pero el punto iii) no es de carácter obligatorio (*not mandatory*), ya que corresponde situarlo en las *class action for damages*, que optan por el sistema *opt out*. Para saber si es o no obligatoria, el juez debe considerar: (i) el interés de los miembros de clase para ejercer acciones individuales de forma separada; (ii) la naturaleza y dimensión de cualquier litigio ya iniciado por algunos miembros de la clase sobre la controversia; (iii) los pros y contras de unir las causas y someterla al conocimiento del mismo juez; y (iv) evaluar eventuales dificultades de ejercer la pretensión como acción de clase.¹¹⁹

1.1.4 Tramitación

Cumplidos los requisitos del art. 23(a) y (b), se da lugar a los siguientes pasos:

1.1.4.1 Notificación

Como las *class action* contemplan la figura del representante, los miembros de la clase no han tenido oportunidad de defender sus intereses presencialmente ante el tribunal, ya que han estado ausentes, por esta razón ellos deben ser notificados. En el caso de aplicarse el art. 23 (b)(1) y (b)(2), el tribunal puede notificar la resolución de la certificación de clase, pero no el derecho a exclusión de los miembros de la colectividad debido a que el ordenamiento jurídico pretende mantener los beneficios de la *class action*; no obstante, sí debe notificarse a los miembros de las propuestas de acuerdo (y los honorarios del abogado, por ejemplo).

¹¹⁹ Ibid.

En cuanto a la regla 23 (b)(3), esto es, las *class action for damages*, el tribunal está forzado a notificar a los miembros de la clase, teniendo estos el derecho de excluirse (*opt out*) de la acción colectiva.¹²⁰

1.1.4.2 Defensa del ausente

Como ya explicamos, cumplidos los requisitos del art. 23 (a) y (b), se notifica a los miembros de la clase, pero ¿qué ocurre con aquellos que están ausentes en el proceso?, los ausentes en el tribunal, para ser legítimamente vinculados por el efecto de la cosa juzgada deben estar representados por la figura del representante adecuado¹²¹.

En el caso de la *class action for damages*, los miembros de la clase pueden excluirse de los efectos de la sentencia si así lo desean, manifestando dicha intención y así salvaguardando su acción individual.

Existe tres maneras en las que el grupo se hace *parte* del proceso:

- i) Presencia obligatoria: la totalidad de los miembros de la clase son alcanzados por los efectos de la sentencia en los casos del art. 23 (b)(1) y (b)(2). Gidi argumenta que tales acciones colectivas son conocidas e importantes cuando la pretensión del grupo es indivisible o si el demandado es insolvente, pero que puede ser una acción “extremadamente tiránica y dañosa” si se trata de derechos subjetivos individuales y las pretensiones sean divisibles.¹²²
- ii) Sistema de *opt-in*: es la facultad que posee cada afectado para acumular su acción individual a la acción colectiva, pero con la opción de elegir su propia defensa. En este caso, una vez que solicitan ser partícipes de la acción de clase, se verán afectados

¹²⁰ “La notificación debe concisa y claramente determinar en un lenguaje llano y fácil de entender: la naturaleza de la acción; la definición de la clase certificada; las pretensiones, cuestiones y defensas -que un miembro de la clase puede intervenir con patrocinio si el miembro lo desea; que la corte excluirá de la clase a cualquier miembro que lo solicite, determinando cuándo y cómo los miembros pueden elegir ser excluidos; y los efectos vinculantes de la sentencia sobre los miembros de la clase según la Regla 23 (c)(3)”. Giannini, Leandro. La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos. Op. Cit., pp. 109-110.

¹²¹ Como hemos mencionado anteriormente, la *class action* contempla “un supuesto de desplazamiento de legitimación: la legitimación para defender todos y cada uno de los derechos o intereses individuales de los que cada uno de los miembros del grupo es titular, se desplaza en favor de uno o varios representantes del grupo de afectados, por el mero hecho de que estos últimos inicien una reclamación judicial con vocación de representatividad. Siempre, eso sí, que la acción judicial entablada por el representante del grupo cumpla con una serie de requisitos”. Ferreres, Alejandro. Op. Cit., p. 39.

¹²² Gidi, Antonio. Las acciones colectivas en Estados Unidos. *Direito e Sociedade* [en línea]. Enero-junio 2004, vol. 3, no. 1. p. 16. [fecha de consulta: 25 octubre 2020].

Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/79069595.pdf>.

por lo que determine la sentencia, poniendo fin a la posibilidad de accionar individualmente.

iii) Sistema de *opt-out*: es la potestad que tiene cada afectado de retirarse y no ser partícipe de la acción colectiva, así la sentencia no afecta ni impide el ejercicio de su acción individual, permitiendo un sistema judicial más expedito y efectivo, ya que da solución al mayor número de afectados sujetos al conflicto. Esta posibilidad la contemplan las *class action for damages*.

1.1.4.3 Certificación de la clase

El art. 23 (c) obliga al tribunal a determinar apenas pueda si el caso procederá o no como *class action*. Si la respuesta es positiva, se certifica la clase, de lo contrario la acción deberá iniciarse individualmente, provocando en ciertos casos el fin de la defensa de los afectados, ya sea porque sus pretensiones son muy pequeñas o no pueden costear monetariamente la demanda. No obstante, las partes involucradas en el proceso siempre pueden arribar a conciliación, a pesar de haberse admitido la demanda colectiva, pero siempre con aprobación judicial.

Dicha resolución contendrá la descripción de la clase y el objeto del proceso. Además, la regla 23 (c) N.º 1, indica que tal resolución puede ser modificada incluso ya avanzado el procedimiento, si el juez considera que ya no se cumplen los requisitos para proceder a través de la *class action*, lo cual puede ocurrir hasta antes del juicio final.

1.1.5 Alcance de la cosa juzgada

La *class action* contempla la adecuada representación y la tipicidad. Por tanto, la sentencia vincula a toda la clase, incluso a los ausentes, ya que sus intereses fueron representados ante el tribunal, siendo aplicable a todos los efectos de la sentencia independiente del resultado.

Respecto de las *class action mandatory*, toda la clase quedará afectada, ya que, si se permitiera la exclusión, se perderían los beneficios de *class action* perdiendo sentido su aplicación; por el contrario, la *class action for damages*, permite la exclusión, siendo obligatoria la notificación para que la sentencia surta efectos sobre toda la clase.

Para finalizar, la cosa juzgada, como bien se ha dicho, busca brindar seguridad y eficiencia al sistema procesal, pero en caso de dudas sobre su alcance, la parte interesada podrá solicitar

al órgano jurisdiccional competente que se manifieste sobre la sentencia. Para tal fin, es menester buscar un segundo juez, ya que el primero está “profundamente involucrado con la causa y le falta distanciarse del objeto para que pueda efectuar un adecuado análisis de la totalidad de la situación”¹²³, y puede haber omitido información o infringido el debido proceso. En conclusión, el alcance de la cosa juzgada puede ser objeto de una posterior acción, aun existiendo el efecto erga omnes de la sentencia.¹²⁴

2.1 Sistemas alternativos de resolución de conflictos en materia colectiva

EE.UU es un país pionero en la implementación del arbitraje colectivo o de clase, sin embargo, la doctrina ha dicho que no es común que sea aplicable en pleitos colectivos de clase en materia de daños porque el arbitraje, en esencia, requiere de un acuerdo previo entre los involucrados en donde entreguen una solución del conflicto a un árbitro para que este resuelva, y en materia de torts, no suele existir un acuerdo de esa envergadura, sobre todo cuando hablamos de la protección del interés difuso. Sin perjuicio de lo anterior, como no existe regla en contrario que lo niegue, no cabe al intérprete colegir que no se pueda aplicar, por esta razón es que de igual manera nos referiremos en lo que sigue a la tramitación de los arbitrajes colectivos.

Principalmente, existen dos instituciones arbitrales norteamericanas: a) la *American Arbitration Association* (AAA); y b) la *Judicial Arbitration*. La tramitación del arbitraje colectivo no cuenta con regulación legal, por lo tanto, va a depender exclusivamente del reglamento interno de la institución y de las reglas aplicables que se desprenden del art. 23 de la FRCP.

2.1.1 Legitimación

En las *class action arbitration*, es el representante quien debe cumplir los requisitos del art. 23 de la FRCP e interpone una reclamación en nombre de los demandantes quienes pueden o no estar determinados, “y que tienen idénticos convenios arbitrales con el demandando”.¹²⁵

¹²³ Gidi, Antonio. Las acciones colectivas y la tutela de los derechos... Op. Cit., p. 16.

¹²⁴ “El juez posterior puede decidir si existió violación al debido proceso en la acción original, aunque el juez original haya decidido expresamente que la representación o la notificación fueron adecuadas. El juez posterior tiene el deber de investigar y el poder de decidir nuevamente tales cuestiones” ... ibid.

¹²⁵ Montesinos, Ana. La tutela extrajudicial de los derechos e intereses colectivos. InDret: Revista para el análisis del derecho [en línea]. Julio 2018, No. 3., p. 25. [fecha de consulta: 25 octubre 2020]. Disponible en: <https://indret.com/wp-content/uploads/2018/07/1399.pdf>.

Este mecanismo de resolución de conflictos permite que todos los afectados que asumieron un convenio arbitral similar al de los otros interesados y ante el mismo responsable, puedan solicitar su cumplimiento en un solo proceso, a través de su representante, quien acordará un convenio que respetará todos los acuerdos individuales.

2.1.2 Tramitación

Una de las reglas más novedosas que rige a la AAA es aquella que busca hacer públicos los procesos arbitrales de clase, sus audiencias y decisiones. En contraposición, la JMAS ha intentado mantener la confidencialidad respecto de esta materia. Si bien ambas instituciones tienen una diferente reglamentación, lo cierto es que propenden el mismo fin y al menos podemos identificar los siguientes elementos en común en cuanto al procedimiento, que puede dividirse en tres fases:

2.1.2.1 Determinación o construcción de la clase

Es la primera etapa en que el árbitro emite un laudo parcial motivado revisando si la cláusula arbitral es susceptible o no de arbitraje de clase. Luego, en caso de la AAA, se suspende el proceso por treinta días para que las partes puedan solicitar al tribunal competente que afirme o anule el laudo. Si ninguna de las partes solicita la revisión o si es solicitado, pero el tribunal confirma el laudo, se pasa a la segunda etapa.¹²⁶

2.1.2.2 Certificación de la clase:¹²⁷

En esta etapa, el árbitro decide si los hechos dan o no lugar a un arbitraje de clase, de ser así, se emite un segundo laudo parcial (*class determination award*). En su redacción, el árbitro se rige por la regla 23 de la FRCP, debiendo realizar un doble análisis: primero revisa si se cumplen los requisitos de numerosidad, existencia de elementos comunes, tipicidad y la representación adecuada y chequeados, se emite el laudo parcial; el segundo analiza si es sostenible o no el arbitraje de clase en el caso práctico.

A continuación, el tribunal debe establecer si la cuestión común de hecho o derecho prevalece sobre los intereses individuales y que el arbitraje sea el método más adecuado a aplicar. Cumplido lo anterior, el juez debe suspender el proceso por otros treinta días para

¹²⁶ Ibid., p. 25.

¹²⁷ Ibid., p. 29-30.

que las partes puedan someterlo a conocimiento del juez y este entregue su aprobación o rechazo.

2.1.2.3 Laudo final (final award)

Aquí se dirime el conflicto. El laudo debe presentarse por escrito, firmado por el árbitro y contener su fundamento o motivación.

2.1.3 Alcance de la cosa juzgada

En dicho laudo se definirá la clase, especificando o describiendo a quienes va dirigida la notificación de la determinación de la clase, quienes son comprendidos dentro de la clase y a quienes se excluye.¹²⁸ Este laudo puede ser impugnado en los tribunales judiciales.

Sin perjuicio de lo anterior, este sistema no ha estado exento de críticas, ya que no existe ninguna ley general que regule el procedimiento, por lo tanto, quedará al criterio del árbitro o de la institución que posea competencia¹²⁹, lo que, en los hechos, no desincentiva su aplicación pues otorga soluciones rápidas y efectivas.

2. Francia

2.1 Acciones de clase o Action de Groupe

El derecho francés proyectó las ideas de justicia y equidad vinculadas a la normativa que regulaba el mercado de consumo en el *Code de la Consommation* del año 1990, resultado de una serie de intentos estatales y particulares (por parte de los consumidores) con el fin de separar el estatuto del Derecho del Consumidor del Derecho Civil.¹³⁰

En ese orden de cosas, en el año 2014 se consagró la “*action de groupe*” o acciones de clase a través de la Ley Hamon, pero de forma muy limitada. Es recién en el año 2016 que se promulga la ordenanza N.º 301 que reconoce a las acciones de clase en el Código del Consumidor y luego en el 2017 se promulga el Decreto N.º 2017-888 que establece la base

¹²⁸ Se empezó a discutir en el año 2000 de manera autónoma, en el contexto post Segunda Guerra Mundial, hecho que marcó un hito histórico con relación a la proliferación de los derechos humanos, manifestándose, por ejemplo, en cambios constitucionales referidos a este nuevo derecho, como en el caso francés. *Ibid.*, p.30.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 26.

¹³⁰ Benöhr, Iris. *EU Consumer Law and Human Rights* [en línea]. tomo 1. London: Oxford University Press, 2013. [fecha de consulta: 25 de febrero de 2022].

Disponble en: <https://oxford-universitypressscholarship-com.uchile.idm.oclc.org/view/10.1093/acprof:oso/9780199651979.001.0001/acprof-9780199651979-chapter-2>

procedimental de las acciones de clase en general, ya que esta figura no solo se contempla en materia de consumo sino también en otras áreas, como en medio ambiente y en el sistema sanitario.

Finalmente, el Código de Consumo francés define en su artículo introductorio al consumidor como “toda persona natural que actúa con fines ajenos al ámbito de su actividad comercial, industrial, artesanal, liberal o agrícola”¹³¹, quedando fuera de la definición las personas jurídicas de cualquier envergadura, dicho sea de paso.

2.1.1 Requisitos

Para comenzar, es preciso establecer que, las únicas legitimadas para actuar en esta sede son las AdC’s, que deben estar compuestas y representar al menos por dos consumidores.

Cabe mencionar también que, a propósito de las cláusulas abusivas que provocan la nulidad, va a generar dicho efecto cuando la empresa imponga al consumidor una disposición que consista en la renuncia a su derecho de accionar colectivamente, como bien aparece en el art. L623-32.¹³²

2.1.2. Campo de aplicación

El art. L623-1 contempla que la acción de clase se podrá incoar ante el tribunal civil (*Tribunal de Grande Instance*) del lugar en que reside el profesional demandado y en caso de que este no reside en Francia o no tenga lugar de residencia, la acción será de competencia del Tribunal Superior de París. El fin de la *action de groupe* es obtener la reparación de los daños individuales sufridos por los consumidores que se encuentren en una situación similar o idéntica y tengan como causa común un incumplimiento por uno o más de los mismos profesionales de sus obligaciones legales- cubiertas o no por este código- o contractuales, con ocasión de la venta de bienes o de la prestación de servicios, así como en el marco del arrendamiento de bienes inmuebles.

Lo primero que fluye de la interpretación de la norma es que se puede ver claramente que los intereses que se protegen son los individuales homogéneos, y que los perjuicios reparables se conforman por la suma de estos. Lo segundo, es que el artículo se refiere al

¹³¹ La traducción es propia. Code de la consommation de Francia, ley N° 93-949, de 23 de julio de 1993.

¹³² Ibid.

incumplimiento de “obligaciones contractuales” en sentido amplio, es decir, no se limita a situaciones específicas que el mismo código regula.

Por otra parte, en virtud del L623-2, solo puede referirse a la compensación por daños a la propiedad resultantes de los daños materiales o pecuniarios sufridos por los consumidores, es decir, excluye a los intereses extrapatrimoniales (como los corporales o incluso el daño), entre otros, cuestión que se ha sido criticada por la doctrina.¹³³

2.1.3 Legitimados

Según el art. L. 623-1, la legitimación activa de la acción colectiva recae única y exclusivamente en las asociaciones de consumidores¹³⁴. Se ha dicho que lo anterior se justifica toda vez que dichas asociaciones tienen como finalidad la protección y defensa de los intereses de los afectados.¹³⁵

Los requisitos que debe cumplir dicha AdC, es: (i) contar con al menos dos consumidores afectados identificados que hayan sufrido daños individuales causados por el mismo profesional, y que tengan un origen común, (ii) contar previamente con la aprobación del dictamen del Ministerio Público, en donde las condiciones en las que pueden ser aprobadas teniendo en cuenta su representatividad a nivel nacional o local, así como las condiciones para retirar esta aprobación se establecen por decreto. Así se desprende del art. L622-1¹³⁶ y L811-1¹³⁷.

2.1.4 Tramitación

El código del consumidor francés establece dos tipos de procedimientos: uno ordinario y otro simplificado.

¹³³ “La justificación planteada a esta limitación ha sido que los daños corporales y morales deben ser individualizados, determinación que sería de difícil realización en el ámbito de una acción de grupo. Sin embargo, esta justificación se debilita al considerarse que los daños materiales también requieren de un análisis individual”. Rojo, Martina. Las acciones de clase en Francia. Revista del Derecho del Consumidor [en línea]. Febrero 2019, No. 6. [fecha de consulta: 25 octubre 2005] Disponible en: https://ar.lejister.com/articulos.php?Hash=4d5edf8695e781babb7477b3723573a5&hash_t=f2f396cefbb691af79ab98d7d1470241

¹³⁴ La traducción es nuestra. Code de la consommation de Francia. Op. Cit.

¹³⁵ La exclusividad de la legitimación activa en el derecho francés no está exenta de críticas, pues se dice que las asociaciones de consumidores “no poseen los recursos financieros para iniciar las acciones y, además, los procedimientos son muy lentos”. Algunos señalan que esta situación es causa inmediata del avance del derecho en esta materia. Véase: Rojo, Martina... Op. Cit.

¹³⁶ Code de la consommation de Francia. Op. Cit.

¹³⁷ Ibid.

2.1.4.1 Procedimiento Ordinario

Está regulado en los art. L623-1 a L623-13. Ante todo, para presentar una demanda colectiva en procedimiento ordinario es necesario hacerlo ante el juez civil competente, y cumplir con los requisitos que ya hemos mencionado *sub-lite*: debe ser incoada por una entidad legitimada (la asociación de consumidores que sea representativa a nivel nacional y debidamente autorizada); la reclamación debe basarse en casos concretos de personas que necesitan la reparación pecuniaria debido a los daños materiales e individuales sufridos, y estas personas deben encontrarse en una situación similar o igual cuya causa común es el incumplimiento del mismo profesional o profesionales con quienes existe una relación contractual.

Cumplidos los requisitos, el juez competente certifica la clase, y en caso contrario, cada persona conservará su acción individual.

En la siguiente etapa del procedimiento se establecerá si hay o no responsabilidad por parte del demandado respecto de los consumidores afectados, atendiendo caso a caso y, definirá el grupo de consumidores que han sufrido los daños y los criterios para ser considerado como un miembro de la clase, si corresponde.

Posteriormente, el juez determinará los daños susceptibles de reparación respecto de cada consumidor o de cada categoría de consumidores que componen el grupo afectado que fue definido por el juez, la cuantía y todo elemento que ayude en la cuantificación del daño. Si el juez señala que la compensación procede, se darán las indicaciones para que se proceda al cumplimiento de ello por parte del profesional. El juez puede ordenar las medidas oportunas para que los consumidores pertenecientes al grupo tomen conocimiento de la resolución que señala la responsabilidad del profesional. Una vez que la resolución no sea objeto de algún recurso procesal, se podrá solicitar su ejecución.

En la misma resolución que declara la responsabilidad del profesional, el juez fijará el plazo para que los consumidores soliciten incorporarse a la clase (sistema opted in) con el fin de que sean indemnizados por el daño sufrido. La asociación de consumidores podrá solicitar la asistencia de un profesional para que los ayude con la recepción de las reclamaciones de indemnización de los miembros de la clase y para que los represente ante el juez competente,

todo ello con la autorización del juez. Aquellos que soliciten ser parte de la clase, no implica que sean parte de la asociación de consumidores.

El juez fijará el plazo en el cual deberá realizarse la indemnización a la clase de consumidores afectados y si este se realizará un pago individual o colectivo.

2.1.4.2 Procedimiento simplificado

Este procedimiento tiene aplicación cuando se tiene conocimiento del número e identidad de los consumidores afectados, teniendo todos unos daños de igual cuantía. La tarea del juez será determinar si existe responsabilidad del profesional y si es así, podrá condenar al último a indemnizar directa y particularmente a los consumidores afectados dentro del plazo y términos fijados por el tribunal. Una vez que esta resolución no sea susceptible de recurso de casación u otro, se establecerán las medidas de información individual para que los consumidores de la clase puedan aceptar o no la compensación correspondiente (sistema *opted out*). De no aceptarla, no serán alcanzados por el efecto de cosa juzgada.

2.1.5 Alcance de la cosa Juzgada

Existiendo una sentencia respecto de la acción colectiva, esta solo se podrá referir a los perjuicios económicos provenientes del daño ocasionado por el profesional. Una vez que esta sentencia se encuentre firme, por sí misma vincula a los consumidores de la clase con el profesional responsable. Sin perjuicio de que contra la sentencia pueda proceder algún recurso procesal.

El art. L623-28 señala que tanto en el procedimiento ordinario como en el simplificado (en materia de acción colectiva), la sentencia respectiva tendrá fuerza de cosa juzgada respecto de cada miembro del grupo, atendiendo que su daño individual ha sido reparado, lo cual era el propósito del procedimiento

Respecto del procedimiento ordinario, este contempla el sistema de *opted in* que obliga al consumidor afectado a manifestar expresamente su intención de ser parte de la demanda colectiva. Este sistema de entrada permite que quienes se vean afectados por el alcance de la sentencia, verdaderamente hayan tenido el interés de que se repare el daño. Por tanto, todos los miembros de la clase que serán afectados por la sentencia han solicitado expresamente ser considerados por el juez, por tanto, sus pretensiones e intereses han sido

representados y manifestados, siendo alcanzados por el efecto de cosa juzgada, sin que puedan restarse de ella, independiente del resultado, precluyendo así su acción individual.

Por su parte, el procedimiento simplificado incluye el sistema *opt out*. Si el juez reconoce la responsabilidad del profesional, las personas que componen la clase afectada serán informadas para aceptar la compensación que ha establecido, pudiendo rechazarla. En ese caso, su acción individual queda intacta y no serán alcanzados por el efecto de cosa juzgada de la sentencia, que sí las vincularía en caso de aceptar la compensación.

2.2 Sistemas alternativos de resolución de conflictos

El Código de consumo francés, solo contempla la mediación en materia colectiva con ocasión de un procedimiento judicial y posee las siguientes características: es gratuita, puede ser solicitada por la AdC que presentó la demanda y en caso de negociar un acuerdo, debe ser aprobada por el juez civil, cumpliendo con determinados requisitos. En suma, el código no contempla expresamente ningún tipo de ADR que permita solucionar el conflicto directamente, en otras palabras, no le otorga validez al acuerdo dictado en el marco de negociaciones ajenas al proceso judicial.

2.2.1 Regulación

La mediación se encuentra contemplada en los art. L623-1 a L623-5, bajo la denominación “Proceso de Mediación de Controversias en Materia de Consumo”.

2.2.2 Legitimación

Es la AdC la legitimada para solicitarla, apegándose a las reglas del procedimiento civil, penal y administrativo, con el fin de obtener la reparación de los daños causados a los consumidores afectados colectivamente.

2.2.3 Tramitación y alcance de la cosa juzgada

El acuerdo suscrito en el proceso de mediación debe ser aprobado por el juez competente, el cual deberá comprobar si se respetan los intereses de los afectados de la clase a quienes les será aplicable este acuerdo, de ser así, le dará fuerza ejecutiva.

En el mismo acuerdo se deben dejar claras las medidas de publicidad necesarias para que tomen conocimiento de tal acuerdo los consumidores interesados en suscribirse a este, además de señalarse los plazos y el procedimiento, sugiriendo un sistema de entrada (*opted-in*).

3. Brasil

3.1 Acciones de clase

La Ley de la Acción Civil Pública (en adelante LACP) N. ° 7.345 del año 1985 reguló por primera vez el procedimiento de la acción colectiva. En dicha norma, se brindó protección exclusivamente a los intereses colectivos y difusos, dejando fuera la tutela de los intereses individuales homogéneos.

Luego, en el año 1990 se promulgó el Código del Consumidor (en adelante CDC), el cual contempló la protección de los intereses individuales homogéneos, tal como ocurre en EE. UU. con las *class action for damages*.¹³⁸

De esta manera, las acciones de clase relativas a la tutela de intereses difusos y colectivos se encuentran reguladas en la LACP, y aquellas que protegen a los intereses individuales homogéneos, en el CDC. Supletoriamente, se aplican las reglas del Código de Procedimiento Civil de Brasil en todas las disposiciones que no sean contrarias al CDC y LACP.¹³⁹

3.1.1 Tipo de intereses protegidos

La legislación define y protege 3 tipos de intereses, regulados en el art. 81 del CDC:

- i. *Intereses difusos*: son aquellos intereses transindividuales e indivisibles, que corresponden a personas indeterminadas, unidas por vínculos de hecho.
- ii. *Intereses colectivos*: que también son intereses transindividuales e indivisibles, pero que pertenece a un conjunto de personas unidas por una relación jurídica; y
- iii. *Intereses homogéneos*: que son lo que conocemos como intereses individuales homogéneos (derechos divisibles que derivan de un origen común).¹⁴⁰

¹³⁸ Gidi, Antonio. Las acciones colectivas y la tutela de los derechos...Op. Cit., pp. 19-23.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Código de Consumo de Brasil. Ley N° 8078 del 11 de septiembre de 1990.

En el caso de los intereses individuales homogéneos, el ordenamiento jurídico brasileño no entrega una definición clara, pero se entiende que estos derechos tienen la misma o al menos una similar causa pedir¹⁴¹. Por su parte, la doctrina entiende que las acciones que tutelan los intereses colectivos y difusos son derechos esencialmente colectivos, mientras los individuales homogéneos serían “accidentalmente colectivos”, ya que, en estricto rigor, cada individuo podría ejercer su pretensión de forma individual sin necesidad de una acción colectiva.¹⁴²

3.1.2. Legitimación

Ante todo, las personas individualmente consideradas, carecen de legitimación activa para demandar en nombre de la clase o grupo, solo aquellas entidades enumeradas en el art. 82 del mismo cuerpo legal pueden promover una acción colectiva: (i) Ministerio Público; (ii) Los gobiernos federal, estatal o municipal y el Distrito Federal; (iii) Las entidades y agencias de la administración pública directa o indirecta, incluye a aquellas sin identidad legal que fueron establecidas para proteger este tipo de intereses; y (iv) Asociaciones legalmente establecidas por al menos un año, cuyos propósitos institucionales incluyan la protección de los intereses colectivos, permitiéndose prescindir de la autorización de la asamblea. Tratándose de la protección de los intereses individuales homogéneos, en caso de manifiesto interés social, cuyos criterios de análisis son la extensión y características del daño o la importancia del objeto jurídico que debe ser protegido, el requisito de antigüedad puede ser obviado.

Cabe mencionar que la participación de uno de ellos no excluye que otro posible legitimado pueda cooperar en la demanda inicial.

“Art. 81. La defensa de los intereses y derechos de los consumidores y de las víctimas podrá ser ejercida en juicio individualmente o a título colectivo.

Párrafo único. La defensa colectiva será ejercida cuando se trate de:

I – Intereses o derechos difusos, así entendidos para los efectos de este código, los transindividuales, de naturaleza indivisible, que sean titulares personas indeterminadas y coligadas por circunstancias de hecho;

II – Intereses o derechos colectivos, así entendidos para los efectos de este Código, los transindividuales de naturaleza indivisible que sea titular grupo, categoría o clase de personas coligadas entre sí o con la parte contraria por una relación de base;

III – Intereses o derechos individuales homogéneos, así entendidos los resultantes de origen común.”

¹⁴¹ Gidi, Antonio. Las acciones colectivas y la tutela de los derechos... Op. Cit., p. 68.

¹⁴² Se ha dicho que esta categoría incluye derechos individuales y divisibles, colectivizados únicamente con la finalidad de ser litigados concentradamente en un sólo proceso. Por tal motivo los académicos brasileños consideran a los derechos incluidos en esta categoría como “accidentalmente colectivos”, mientras que los mencionados anteriormente serían derechos “esencialmente colectivos”. Ibid., p. 38.

3.1.2.1 Ministerio Público y Asociaciones de Consumidores

En las siguientes líneas, haremos una breve referencia al Ministerio Público y a las Asociaciones que protegen los intereses colectivos, por su relevancia proteccionista en beneficio del consumidor.

Por una parte, el Ministerio Público es un ente muy importante en materia colectiva, que siempre debe ser notificado e invitado a participar en la acción colectiva como representante de los miembros ausentes de esta acción con el objetivo de asegurar una adecuada representación de los ausentes¹⁴³. Esta institución ha tenido un crucial papel en las acciones de clase, ya que ha participado activamente en la creación de leyes que regulan este tipo de intereses, ha realizado propuestas importantes para prohibir conductas abusivas contra el interés social y son los representantes con mayor autoridad para interpretar legislación en materia colectiva, logrando un rol importante en las acciones de clase.¹⁴⁴

Por otro lado, las AdC que protegen el interés colectivo regulado en el CDC, se encuentran legitimadas para ejercer las acciones colectivas porque pueden proteger de mejor manera los derechos del grupo en comparación con las personas individuales de la clase, representando a todos los miembros del grupo (incluso a los ausentes), independientemente de si forman o no parte de la asociación y que se verán afectados de igual manera por el fallo y sus efectos subsecuentes. Respecto a los requisitos de forma de las AdC, deben tener un año de antigüedad, lo cual entrega certeza de un buen comportamiento y que no han sido creadas para abusar o causar perjuicio a los miembros de la clase, permitiendo una adecuada representación, no obstante, el juez está facultado para pasar por alto el requisito de antigüedad si considera que existe un evidente interés social, dándole de igual forma tramitación a causa.¹⁴⁵

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Ibid., pp. 80-84.

3.1.3 Tramitación

3.1.3.1 Competencia

Las acciones en materia colectiva serán competencia del órgano jurisdiccional del lugar en que se produjo el daño y este será el encargado de tramitar y juzgar la causa, terminando el proceso con una sentencia.

3.1.3.2 Notificación

El art. 94¹⁴⁶ del CDC señala que en caso de las acciones colectivas que tutelan el interés homogéneo, el acto jurídico procesal de notificación se cumple con una publicación de la acción colectiva en un diario oficial, sin embargo, respecto de las acciones colectivas que protegen los intereses difusos y colectivos, no señala ningún tipo de notificación en particular u otro medio obligatorio para informar a los miembros ausentes de la clase.

3.1.3.3 Procedimiento aplicable a los intereses colectivos y difusos

Presentada la acción por uno o varios representantes autorizados por el legislador, el juez competente buscará determinar el objeto del proceso colectivo, el cual será lo más amplio posible ya que se busca abarcar toda la controversia colectiva de las partes litigantes, e incluso intenta incluir las pretensiones transindividuales e individual de los miembros afectados. La presentación de la acción colectiva producirá la interrupción del plazo de prescripción de todas las pretensiones que tengan relación con el caso en cuestión, tal plazo de prescripción volverá a correr a partir de la notificación al grupo de la sentencia firme.

Si la acción colectiva tiene por objeto el cumplimiento de una obligación de hacer o no hacer, el juez determinará el cumplimiento de la actividad debida o el cese de la actividad lesiva, teniendo la facultad de otorgar una medida cautelar atendiendo al daño causado e incluso establecer una multa, independiente de la solicitud del legitimado activo.

Se dará lugar a las alegaciones y el juez determinará si la acción deducida cumple los requisitos para continuar su tramitación colectiva, en caso de ser positiva la respuesta, el juez determinará el objeto del juicio, definirá el grupo titular de la pretensión colectiva y

¹⁴⁶ Código de Consumo de Brasil... Op. Cit.

seleccionará al representante más adecuado para resguardar los intereses de la masa afectada, sin perjuicio de que las partes puedan llegar a un acuerdo total o parcial.

La sentencia colectiva resolverá la controversia de la manera más amplia posible, será notificada al grupo de clase y a sus miembros. En caso de que se condene al pago en efectivo por la indemnización del daño causado, este dinero irá a un fondo administrado por un Consejo Federal o al Consejo de Estado, en donde el Ministerio Público necesariamente participará y tales recursos tendrán como fin reparar los bienes lesionados.

Contra la sentencia podrán deducirse recursos, y en algunos casos el juez podrá darle efecto suspensivo al recurso deducido con el fin de no producir daños irreparables a las partes. Si no se presenta recurso alguno o siendo rechazados, transcurridos sesenta días desde la sentencia definitiva, el Ministerio Público deberá promover su ejecución en caso de que la parte actora no lo haya realizado, misma posibilidad que tiene la otra parte legitimada.

3.1.3.4 Procedimiento para tutelar los intereses individuales homogéneos.

El CDC admite toda acción que sea adecuada y brinde una efectiva protección, permitiendo al legitimado interponer en su nombre o a nombre de las víctimas, una acción civil colectiva de responsabilidad por los daños y perjuicios sufridos de manera individual por los afectados.

El CDC establece que a esta acción colectiva se le aplicarán las normas de la Ley N.º 7.347- regula la acción colectiva respecto de los intereses colectivos y difusos- y del Código Procesal Civil en todo aquello que no sea contrario a la primera, por ello varias instancias de la tramitación serán similares.

Dictada la sentencia en materia colectiva, esta podrá ser promovida por los legitimados reconocidos por el legislador e incluirá la indemnización que se haya establecido en la sentencia de liquidación de otras víctimas. La ejecución de la sentencia se fundará en un certificado que incluirá la concurrencia o no de la cosa juzgada y dicha sentencia tendrá acción condenatoria.

La sentencia podrá ser impugnada, en cuyo caso el juez suspenderá lo recaudado y lo enviará al mismo fondo establecido para el caso de las acciones que tutelan el interés colectivo y

difuso hasta que se resuelva la impugnación, salvo que el deudor cuente con un patrimonio manifiestamente suficiente para cubrir el total de la deuda.

Transcurrido un año sin que los interesados soliciten la liquidación y ejecución de la indemnización, esta podrá ser promovida por los actores legitimados reconocidos en el CDC.

3.1.4 Alcance de la cosa juzgada

Respecto de la cosa juzgada en las acciones colectivas, el art. 103 del CDC señala los efectos de esta:

- i. En el caso de las acciones que resguardan en interés difuso, la sentencia tendrá efecto erga omnes, salvo si la demanda no prosperó por falta de prueba, en cuyo caso, se puede intentar posteriormente una nueva acción si hay prueba nueva.
- ii. Respecto del interés colectivo, el alcance de la sentencia es ultra partes, pero aplicable solo a la clase, salvo que la prueba sea insuficiente y cuyo caso, aplicará lo señalado en el punto anterior.
- iii. Respecto a la tutela sobre el interés individual homogéneo, el efecto de la cosa juzgada es erga omnes solo en caso de que la sentencia sea favorable al grupo de personas afectas.

De la lectura de la norma se desprende que en general los efectos de la sentencia dictada en el marco de las acciones de clase afectarán a todos los miembros, incluso a los ausentes, si la acción colectiva se dicta en su favor, sin perjuicio de la facultad de cada persona de presentar ante los tribunales de justicia sus acciones individuales que protegen sus derechos particulares.

Por el contrario, si la acción colectiva fracasa, precluye el derecho del grupo, ya sea difuso, colectivo u homogéneo, impidiendo poder demandar colectivamente respecto de la misma pretensión, pero sin alterar, los derechos individuales de los afectados. Por tanto, si la sentencia favorece o no a la parte afectada la pretensión colectiva perecerá y obligará a todo el grupo, sin embargo, los derechos individuales existentes en la misma controversia se mantienen intactos y podrán ejercer las respectivas acciones individuales.

En suma, el legislador ha querido facilitar a los consumidores el acceso a los mecanismos de reparación de daños, por ese motivo no ve problema alguno en que los miembros ausentes

en el juicio sean beneficiados por una sentencia favorable, pero en caso de no serlo, tampoco pretende perjudicarlos, ya que incluso, si ganan, están eximidos de probar el daño.¹⁴⁷

3.2 Sistemas alternativos de resolución de conflictos

El sistema brasileño no contempla expresamente ningún tipo de ADR ni negociación colectiva, como es el caso de EE. UU o Chile, sino que establecen una serie de sanciones de índole administrativa como vía preventiva, cuyos encargados son el Gobierno Federal, los Estados y el Distrito Federal, los cuales establecen normas, controlan y fiscalizan la producción, industrialización, distribución y consumo de productos y servicios. Incluso, están facultados para establecer comisiones permanentes para que realicen las labores anteriores, obligando a participar a proveedores y consumidores, y en caso de incumplimiento, están expuestos a multas, confiscación o inutilización del producto, suspensión del suministro del producto y servicio, anulación de la concesión o permiso del uso, entre otras sanciones, que vale decir, incluso pueden acumularse.

Como ya mencionamos, el Código Civil brasileño se aplica de manera supletoria al CDC y a la LACP, por lo tanto, se entiende que una vez cumplidos los requisitos de la demanda regulados en el art. 334 de este Código Civil y en el caso de ser fundada, el juez podrá llamar a las partes a una audiencia de conciliación para instalarlas a un acuerdo, ya que ninguno de los cuerpos normativos consumerista lo prohíben (ni tampoco lo reconocen).

En conclusión, en Brasil predomina el sistema judicial como medio paradigmático para lograr la reparación integral de los daños a los consumidores, ya sea mediante juicios individuales o a título colectivo y no regulando jurídicamente otros medios de solución alternativa de conflictos.

¹⁴⁷ Gidi, Antonio. Las acciones colectivas y la tutela de los derechos... Op. Cit., p. 102.

4. España

4.1 Acciones de Clase

De manera preliminar, es preciso advertir que esta legislación no otorga un tratamiento normativo sistemático a los procesos colectivos, sino que hace previsiones específicas a lo largo de la Ley de Enjuiciamiento Civil N.º 1/2000 (en adelante LEC).¹⁴⁸

4.1.1 Intereses protegidos

Para comenzar, hay que clarificar que la doctrina española se aparta de la diferenciación entre intereses colectivos, difusos e individuales homogéneos realizada por la doctrina, así se desprende de los números 2 y 3 del art. 11 de la LEC.¹⁴⁹

El criterio que determina si un interés es difuso o colectivo es la determinabilidad de los integrantes del grupo de consumidores, sin atención a la divisibilidad del interés o derecho protegido. La doctrina en ese sentido ha dicho que “las categorías indicadas son autónomas” (es decir, aquellas que describen los números 2 y 3 del artículo 11 de la LEC) y pueden aplicarse tanto a los derechos colectivos o difusos, como a los individuales homogéneos.¹⁵⁰

4.1.2 Legitimación

La normativa española consumerista en el art. 11 de la LEC, distingue legitimados activos en materia de acciones de clase, dependiendo del tipo de interés protegido. Por una parte, en

¹⁴⁸ “Un segundo rasgo del sistema de la LEC es la dispersión de la normativa destinada a los procesos colectivos, alrededor de su articulado. El legislador no ha considerado oportuno concentrar la regulación de estas acciones en un proceso especial, insertando previsiones específicas en distintas áreas del cuerpo normativo: capacidad para ser parte (art. 6, inc. 1, ap.7º), comparecencia en juicio (art. 7.7º), legitimación (art. 11, v. infra), publicidad e intervención (art. 15), acumulación de procesos (art. 78.4), contenido de la sentencia (art. 221, v. infra), efecto de la sentencia (art. 222.3), determinación de los beneficiarios de la condena en la etapa de ejecución de sentencia (art. 519, v. infra). Giannini, Leandro. La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos. Op. Cit. pp. 156-157.

¹⁴⁹ Ley de Enjuiciamiento Civil Española N.º 1, de 7 de enero de 2000. Boletín Oficial del Estado.

Artículo 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios.

2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.

3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.

¹⁵⁰ “En los términos en que la norma se halla redactada, las categorías indicadas son autónomas y se aplican indistintamente a derechos indivisibles (o “supraindividuales”, como suele denominarlos la doctrina española) y divisibles (o individuales homogéneos). Es decir, que tanto en uno u otro caso, puede hablarse de una situación subjetiva difusa (cuando los miembros de la colectividad son de difícil o imposible determinación) o colectiva (cuando aquéllos sean determinados o fácilmente determinables)”. Giannini, Leandro. La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos. Op. Cit, pp. 157-158.

el caso del interés colectivo, los perjudicados deben ser un grupo claramente determinado e identificable, siendo así, los legitimados activos de la acción colectiva (que busca proteger a los intereses colectivos): (i) las asociaciones de consumidores y usuarios, (ii) las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de estos, y (iii) los grupos de afectados. Por otro lado, en el caso del interés difuso, nos encontraremos ante un grupo de consumidores indeterminables o de difícil determinación, en este caso la legitimación activa de la acción que resguarda los intereses difusos se entrega exclusivamente a las Asociaciones de Consumidores legalmente constituidas¹⁵¹. Sobre ello cabe mencionar el riguroso examen preliminar que realiza el juez para determinar si los individuos perjudicados efectivamente pertenecen a la clase y si se ajustan legalmente al tipo “consumidor o usuario”.

Las Asociaciones de Consumidores que son las legitimadas para actuar en representación del interés colectivo de un grupo determinado de afectados, se encuentran sumamente regladas, brindándole la ley al efecto un capítulo completo dividido en varios párrafos titulado “Derecho de representación, consulta y participación y régimen jurídico de las asociaciones de consumidores y usuarios”, en el cual se regulan asuntos tales como el objeto de la asociación de consumidores, concepto y fines, legitimación para actuar en nombre y en representación de los intereses de la colectividad, registro estatal y requisitos para su inscripción dentro del mismo y finalmente regula los derechos de representación y de consulta que se le otorgan a dicha institución.

4.1.3 Tramitación

La admisibilidad de la demanda colectiva efectuada por el juez no cuenta con mayores requisitos, es decir, atiende solo a criterios formales de admisibilidad, limitándose así a determinar si el grupo afectado o la asociación de consumidores cumple con los requisitos de la ley (por ejemplo, en caso de esta última, pertenecer al “Registro Estatal de Asociaciones de Consumidores y Usuarios”).

¹⁵¹ Real Decreto Legislativo N° 1 que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 30 de noviembre del 2007.

Art. 24 inciso 2°: A efectos de lo previsto en el artículo 11.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tendrán la consideración legal de asociaciones de consumidores y usuarios representativas las que formen parte del Consejo de Consumidores y Usuarios, salvo que el ámbito territorial del conflicto afecte fundamentalmente a una comunidad autónoma, en cuyo caso se estará a su legislación específica.

Dicho esto, una vez acogida a tramitación la demanda colectiva, se hará un llamado a todos aquellos posibles afectados por los hechos dañosos, a participar de la misma o bien a ejercer el derecho individual correspondiente, acogiendo así un sistema de entrada (*opt-in*)¹⁵².

4.1.4 Cosa juzgada

Respecto del efecto de cosa juzgada, el número 3 del artículo 222¹⁵³ de la LEC dispone que la sentencia dictada en el marco del proceso colectivo tendrá efecto ultra partes, afectando incluso a los miembros ausentes. Sin perjuicio de lo anterior, habrá que leer la norma en conjunto con otro artículo, esto es, el art. 519 del mismo cuerpo legal, relativo a la ejecución de las sentencias en sede colectiva consumerista, el cual permite que, si en ella no se hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados, faculta a los interesados a solicitar al juez que los reconozca como titulares, en caso de existir los antecedentes, datos y requisitos necesarios, de la prestación presente en la sentencia condenatoria.

4.2 Sistemas alternativos de resolución de conflictos

El sistema español contempla un sistema de arbitraje colectivo regulado en el Real Decreto N. °231/2008, artículos 56 a 62. Se trata de un tipo de arbitraje especial en el cual pueden participar los sujetos dañados por un hecho común y que se lleva a cabo ante la Junta Arbitral de Consumo competente del ámbito territorial en que se encuentra domiciliado el consumidor afectado, y en caso de que se encuentren domiciliados en distintas comunas, le corresponde la competencia a la Junta Arbitral Nacional.

4.2.1 Intereses protegidos

EL arbitraje de consumo colectivo español protege expresamente el interés colectivo de los consumidores y usuarios determinados o determinables.

¹⁵² Ley de Enjuiciamiento Civil Española... Op. Cit.

Artículo 15. Publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios.

1. En los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados, 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. Este llamamiento se hará por el Letrado de la Administración de Justicia publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses.

¹⁵³ Art. 222, N°3: La cosa juzgada afectará a las partes en el proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta ley. Ibid.

4.2.2 Legitimación

La legitimación para solicitar este medio de resolución de conflictos está en manos de las Asociaciones de Consumidores, quienes representarán los intereses de los consumidores.

4.2.3 Tramitación

Establecida la competencia de la Junta Arbitral, se procede a de oficio o solicitud de asociaciones de consumidores a iniciar el proceso. Posteriormente, en el plazo de quince días, el responsable del daño puede proponer un acuerdo conciliatorio siempre que se someta al arbitraje de consumo colectivo, sin perjuicio de que puede rechazar el arbitraje. Si el empresario acepta, se procede al llamamiento de los consumidores afectados para que se apersonen, si así lo desean, este trámite se efectúa a través de la publicación de un anuncio en el diario oficial del territorio correspondiente, por el plazo de dos meses contado desde la publicación, finalizado dicho plazo solo se aceptan solicitudes que se insten antes de audiencia. En caso de tramitarse casos de arbitraje individual en Juntas de arbitraje distintas, se pueden suspender, informándoles que se ha aceptado el arbitraje colectivo.

El plazo para dictar el laudo que resuelve la reclamación arbitral colectiva es de seis meses, que comienza a correr una vez transcurridos los dos meses desde la publicación para el llamamiento.

4.2.4 Alcance de la cosa juzgada

Para que sea vinculante la resolución dictada en dicha sede, los miembros del grupo deberán apersonarse en el procedimiento arbitral, de lo contrario, el acuerdo no los alcanzará. En ese caso, subsiste la posibilidad de iniciar un procedimiento arbitral ordinario o un proceso judicial colectivo.

El gran problema con este mecanismo es que no tutela los intereses difusos o colectivos, sino que solo al grupo de consumidores que tienen su pretensión individual y que deberán apersonarse para que sea vinculante el laudo arbitral. Por ello se entiende que estamos ante una acumulación subjetiva de solicitudes arbitrales contra un mismo empresario¹⁵⁴ o responsable, que ante un método alternativo de conflicto colectivo.

¹⁵⁴ Montecinos, Ana. Op. Cit., p. 35.

IV. MECANISMOS DE PROTECCIÓN COLECTIVA EN CHILE

1. Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores: antecedentes históricos

En nuestro país, el derecho del consumidor se encuentra regulado en la Ley N° 19.496 que Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, promulgada el 7 de febrero de 1997 y que ha sido modificada de manera reiterada en múltiples aspectos. Dicha ley responde a la necesidad de regular de manera correcta y eficaz el mercado, el cual ha tenido un gran desarrollo y crecimiento a través de los años, de manera tal que, mediante la regulación de ciertos aspectos de este, se eviten los abusos de poder causados por la asimetría de las partes que se materializa en tres aspectos: el nivel de información, de contratación y negociación de los proveedores respecto de los consumidores. Este problema se intenta equilibrar, entre otros varios, a través de las reglas generales de suministro de información (como la cláusula no taxativa del artículo 3 B de la ley en comento) y con la creación del Servicio Nacional del Consumidor (en adelante SERNAC o “Servicio”), que es un ente administrativo que propende a la efectiva protección de los derechos de los consumidores.

En el año 2019 existió una gran reforma, que es materia del presente trabajo, pero antes de abocarnos en extenso a ello, vale la pena mencionar que, con anterioridad a esta reforma, en materia de responsabilidad civil por daños a los consumidores, no existía ningún procedimiento legal distinto a la acción judicial que reglamentara y sistematizara la situación fáctica producida entre un grupo numeroso de consumidores afectados en sus derechos versus el proveedor infractor que los provocaba.

La solución que se brindaba a los consumidores para efectos de buscar métodos alternativos extrajudiciales a la acción colectiva que garantizaran e hicieran cumplir tanto los principios inspiradores de la ley del consumidor como también los derechos protegidos, era una suerte de “mediación colectiva” no reglada (a la cual nos referiremos más adelante), que como se advirtió anteriormente, no permitía el cumplimiento de los objetivos consumerista ni tampoco brindaba certeza ni seguridad a los consumidores o al sistema jurídico en general en relación al derecho de protección a los consumidores.

Finalmente, debido a este gran problema (entre otras falencias de la ley del consumidor), el 14 de marzo de 2019 se promulgó la ley N.º 21.081, que reforma la LPC N.º 19.946,

introduciendo, entre otras cosas, nuevas instituciones como el Procedimiento Voluntario para la Protección de Intereses Colectivos y Difusos de los Consumidores, con el fin de facilitar el acceso de los consumidores a soluciones colectivas de una manera menos compleja y gravosa.

El antecesor de este nuevo procedimiento son las ya mencionadas “mediaciones colectivas”, instancia facultativa para el Servicio, previa al procedimiento judicial colectivo, que permitía que las partes involucradas, es decir, el grupo de consumidores afectados y la empresa hechora del ilícito, llegaran voluntariamente a un acuerdo que solucionara el conflicto, pero que no estaba regulado en la ley, ya que se trataban de prácticas de hecho llevadas a cabo ante el Servicio. Lo importante de esta cuestión es su significancia jurídica: existía una vulneración al debido proceso dada la inexistencia de un marco normativo que permitiera a los consumidores y proveedores solucionar el conflicto por el camino extrajudicial, y en caso de que se concretara la mediación colectiva, tampoco era claro cuál es el contenido y alcance del acuerdo.

Sin detenerse en el problema anterior, cabe señalar que si bien este método alternativo de resolución buscaba entregar a los consumidores una respuesta rápida, expedita, completa y transparente, finalmente la mediación voluntaria resultaba ser un trámite que no brindaba certeza ni garantías a los consumidores en materia de defensa de sus derechos, principalmente por tratarse de un procedimiento de carácter fáctico, en que el proveedor participante de la mediación podría restarse de ella en cualquier momento.

2. Reforma a la LPC: Ley N° 21.081

Para subsanar el problema anterior, se presenta el proyecto de ley que “Modifica la Ley N.º 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores”, el cual pretendía hacer frente a un escenario en que los consumidores, exigentes e informados, demandan el cumplimiento de sus derechos.

El fundamento de la reforma a la LPC es la inexistencia de instrumentos eficaces y efectivos que resuelvan los problemas que afectan a un gran número de consumidores. Así consta en el propio proyecto de ley remitido a la Cámara de Diputados: “No obstante los avances (desde la vigencia de la Ley N.º 19.496), se puede constatar que el sistema carece de herramientas disuasorias suficientes y de formas eficaces de resolver conflictos que afectan

a una gran cantidad de chilenos (...) el núcleo del proyecto consiste en procurar una protección de los derechos de los consumidores más moderna, ágil y eficiente. De esta manera, se propone la introducción de modificaciones que tienen por objeto generar los incentivos adecuados a fin de que los conflictos que afectan a una gran cantidad de ciudadanos en el tráfico económico se resuelvan dentro de plazos razonables (...).¹⁵⁵

Las reformas más relevantes son las siguientes:

- a) Brindar facultades sancionatorias, interpretativas, fiscalizadoras y normativas al SERNAC.
- b) Ampliación del *quantum* de las multas a proveedores infractores.
- c) Tipificación y fortalecimiento de las “mediaciones colectivas” con el objeto de facilitar el acuerdo inter pares.
- d) Agilizar el procedimiento judicial y extrajudicial.
- e) Aumentar los incentivos para demandar a infractores, y a la inversa, desincentivar infracciones a la ley.
- f) Fortalecimiento de las Asociaciones de Consumidores.
- g) Establecimiento de la reparación del daño moral por infracciones al interés colectivo o difuso de los consumidores.

En nuestro caso, el objeto de estudio es la implementación de una nueva figura: el “Procedimiento Voluntario para la Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores” (en adelante PVC), el cual soluciona la problemática en torno a la falta de tipificación legal de las mediaciones colectivas, pero que en ningún caso soluciona los grandes problemas observables a partir del estudio de la ley, a la luz de los conflictos forenses que se producen o pueden producirse en la práctica.

3. Actuales mecanismos de protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores en Chile

El Título IV de la ley 19.496, denominado “De los procedimientos a que da lugar la aplicación de esta ley”, ofrece una serie de normas proteccionistas de los derechos e intereses de los consumidores frente a actuaciones o conductas perniciosas de proveedores infractores

¹⁵⁵ Historia de la Ley N° 21.081, Primer Trámite Constitucional. Santiago, Chile. p. 3.

que, en caso de incumplimiento, faculta al primero a accionar por vía judicial o administrativa en contra de los segundos.¹⁵⁶

La ley establece dos procedimientos judiciales, uno relativo a la protección del interés individual del consumidor y otro cuyo objetivo es la protección de los intereses colectivos o difusos de un grupo de consumidores. En esta instancia, por supuesto, nos abocaremos exclusivamente a la última. Por otra parte, la ley regula una herramienta de carácter administrativo para la protección de los intereses colectivos y difusos, que como ya hemos mencionado, es el PVC.

En definitiva, la LPC establece dos mecanismos de protección colectiva: el “Procedimiento Especial para Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores”, que se tramita ante la justicia ordinaria; y el “Procedimiento Voluntario para la protección del interés colectivo o difuso de los Consumidores”, que se desarrolla por la vía administrativa ante el Servicio.

3.1 Normas generales aplicables a ambos procedimientos

3.1.1 Personas jurídicas comunes que pueden iniciar uno u otro procedimiento: SERNAC y la Asociación de Consumidores

Por un lado, el SERNAC es un organismo público, dependiente del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, cuya función es educar, informar y proteger a los consumidores, y fomentar la participación ciudadana, con la atribución de ser el intermediario entre los conflictos suscitados entre consumidores y proveedores. Otras funciones que le fueron investidas con la implementación de la ley 21.081 son: pasar a ser un ente fiscalizador basándose en un plan anual que se basa en riesgos¹⁵⁷, ser sede de los Procedimientos Voluntarios Colectivos, solicitar indemnizaciones en acciones colectivas en sede judicial y

¹⁵⁶ Además de la posibilidad de incoar una acción judicial o iniciar un procedimiento administrativo, la ley establece sanciones al infractor, en ciertos casos como lo es la nulidad de las cláusulas abusivas presentes en contratos de adhesión, muy comunes en esta materia.

¹⁵⁷ Cuyo fin es focalizar la acción del Servicio en aquellas áreas más riesgosas para ejercer los derechos de los consumidores, y que impactan directamente en su calidad de vida. Véase en: Noticias. Servicio Nacional del Consumidor. 9 de marzo de 2022.

Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-55886.html>

proponer normas y/o reglamentos tendientes a regular la implementación y fiscalización de las disposiciones contempladas en dicha ley y sus complementos.

Por otro lado, las AdC están definidas en el artículo 5 de la LPC como “la organización constituida por personas naturales o jurídicas, independientes de todo interés económico, comercial o político, cuyo objetivo sea proteger, informar y educar a los consumidores y asumir la representación y defensa de los derechos de sus afiliados y de los consumidores que así lo soliciten, todo ello con independencia de cualquier otro interés.” Por su parte, los requisitos de constitución figuran en el artículo 3 del Decreto Ley N.º 2.757 que Establece Normas para las Asociaciones Gremiales y son los expuestos a continuación: (i) La reunión de 25 personas naturales y jurídicas interesadas en el proyecto, o bien; (ii) cuatro personas jurídicas, incluyendo a asociaciones, corporaciones y fundaciones, con la limitación de que no pueden dedicarse al rubro empresarial. Entre las funciones que ejercen, reguladas en el art. 8 de la LPC, se encuentra: “Representar tanto el interés individual, como el interés colectivo y difuso de los consumidores ante las autoridades jurisdiccionales o administrativas, mediante el ejercicio de las acciones y recursos correspondientes; y d) *Representar a sus miembros* y ejercer las acciones a que se refiere esta ley en defensa de aquellos consumidores que *le otorguen el respectivo mandato*. Por último, el art. 51 N° 4 del mismo cuerpo legal, permite a las AdC la representación de todos los consumidores, aunque no sean miembros de la misma o no exista mandato judicial de representación, pero solo tratándose del procedimiento judicial, dada la ubicación de la norma: “La parte demandante no requerirá acreditar la representación de consumidores determinados del colectivo en cuyo interés actúa”.¹⁵⁸

3.1.2 Interés protegido

La LPC en su art. 50 distingue tres tipos de intereses protegidos:

- i. Los intereses individuales, como aquellas “denuncias o acciones que se promueven exclusivamente en defensa de los derechos del consumidor afectado”.

¹⁵⁸ Vargas, Juan Enrique, El rol de las Asociaciones de Consumidores en la Litigación de casos de Consumo en Chile. En: Contardo, Juan, Ortega Felipe y Fuentes, Claudio (coordinadores). 2019. Litigación en Materia de Consumidores. Dogmática y Práctica en la Reforma de fortalecimiento al SERNAC. Santiago, Chile, Legal Publishing, pp. 353-372.

- ii. Intereses colectivos como “las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual”.
- iii. Los Intereses difusos como las “acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos”.

3.2 Acción judicial: Procedimiento especial para protección del interés colectivo o difuso de los consumidores

3.2.1 Regulación e importancia

Dicho procedimiento se encuentra regulado en los artículos 51 y siguientes del párrafo 3º, título IV de la LPC.

La importancia del procedimiento radica en 3 cuestiones fundamentales.:

La primera de ellas es política, ya que el acceso a la justicia y la defensa de los derechos de los consumidores es un asunto de política pública del cual los Poderes del Estado deben hacerse cargo y sobre lo que ya hemos hablado en el capítulo I.

La segunda, es la relevancia jurídica del procedimiento especial para la protección de este tipo particular de intereses ya que, desde el punto de vista de la legitimación activa, quien representa los intereses del grupo no es necesariamente el directamente afectado (salvo en el caso de que demande un grupo de mínimo 50 consumidores) y, desde el punto de vista del efecto de cosa juzgada erga omnes lo importante dice relación con la reparación integral y efectiva de los daños causados.

Finalmente, como también se explicó en el capítulo I, desde el punto de vista económico-jurídico, este procedimiento tiene gran relevancia, ya que se logra un grado óptimo de eficiencia en las acciones colectivas con relación a la litigación tradicional individual porque los costos sociales asociados a las primeras son menores que los de las segundas, tanto para las entidades públicas como para los particulares.

3.2.3 Legitimación

En lo que respecta al tipo de intereses protegidos, bien sabido es que son aquellos colectivos y difusos de los consumidores. Y la legitimación activa para incoar la acción en esta sede se

entrega a: (i) el Servicio Nacional del Consumidor; (ii) a una Asociación de Consumidores legalmente constituida, es decir, cumpliéndose los requisitos de haberse constituido a lo menos 6 meses antes de la interposición de la acción, con aprobación de su directorio; y (iii) por un grupo de mínimo 50 consumidores debidamente individualizados.

3.2.4 Tramitación

La demanda debe ser presentada por los legitimados activos mencionados *sub-lite*, quienes deben señalar el daño sufrido y solicitar su indemnización, la cual será determinada por el juez, conforme al mérito del procedimiento¹⁵⁹. El monto de la reparación debe ser el mismo para todos los consumidores que se encuentren en las mismas circunstancias, no pudiendo discutirse en otro juicio diverso.

Los requisitos de admisibilidad de la demanda que deben ser verificados por el juez para admitir y acogerla a tramitación son dos: (i) que los legitimados activos sean aquellos mencionados en el artículo 51 de la LPC (vistos *sub-lite* en el apartado 3.1.3 denominado “Legitimación”); y (ii) los requisitos generales de toda demanda que figuran en el art. 254 del CPC.

Completada la primera etapa, el daño moral (que facultativamente es objeto de peritaje) puede solicitarse siempre que se cumplan las circunstancias propias de este tipo de daño, lo que será objeto de prueba. Para facilitar el acceso de los consumidores a la determinación de

¹⁵⁹ Esta es una de las reformas introducidas por la Ley N°21.081 a la LPC con relación a la acción judicial colectiva. El inciso 1°, N°2 del art. 51 entrega la facultad de que el sujeto pasivo se limite a “señalar el daño sufrido y solicitar la indemnización que el juez determine, conforme al mérito del proceso”. En este punto, el motivo que tuvo a la vista el legislador al introducir esta modificación es la de hacer aplicación del principio de economía procesal y el principio de indemnidad del consumidor. En suma, lo que se busca es simplificar la manera en que las acciones se deben deducir, eliminando ciertos gravámenes y entregando dicha tarea al tribunal, eliminando, por una parte, cualquier discusión en torno al monto de las indemnizaciones, pues esta labor se entrega a la determinación de peritos o a la prudencia del juez, y por la otra, permitiendo que las acciones judiciales prosperen ya que exime al juez de detenerse en la determinación del monto de los daños, que es un aspecto meramente formal. En ese sentido se expresó el director nacional del SERNAC, en la Comisión de Constitución, dejando claro lo siguiente: “para la elaboración se recogieron las observaciones que se han hecho presente durante la tramitación del proyecto de ley, en el ánimo de lograr consensos en cuanto al fortalecimiento de los principios de indemnidad del consumidor y de economía procesal”. Historia de la Ley 21.081, Informe Comisión de Constitución, p. 960.

los montos comunes, el Servicio pone a disposición del público un registro “rápido y expedito” con el fin de que los mismos se acojan a este mecanismo de determinación.

Si alguno de los afectados que compone la masa considera que el daño padecido supera dicho umbral, es posible que se discuta en un juicio distinto esa diferencia, sin que pueda discutirse la procedencia o no la indemnización y ante el mismo juez. Su tramitación sigue conforme a las reglas del juicio sumario, lo que resulta ser un acierto en favor del principio de reparación integral del daño.

El infractor puede efectuar propuestas indemnizatorias del daño moral que se hagan cargo al menos del monto mínimo común durante todo el transcurso del juicio.

En caso de que el proveedor demandado efectúe una propuesta de indemnización o reparación del daño moral, este se considerará como un monto común para todos los afectados, pudiendo diferenciarse grupos o subgrupos, dependiendo de las circunstancias y durante todo el juicio.

Comenzado el juicio, cualquier legitimado activo está facultado para hacerse parte, y como contracara, cualquiera de los consumidores afectados puede reservar sus derechos de demandar de manera particular. De lo anterior se concluye, primero, que existe un sistema de ingreso o salida a la clase, lo que significa que cada componente del grupo debe tener algún vínculo que legitime su acción; y segundo, que en nuestra legislación existe un sistema mixto, esto es, tanto de ingreso (*opt in*) como de salida (*opt out*).

Luego, el legislador estableció que si existe un procedimiento colectivo pendiente del que se es parte, no podrá deducirse otra demanda en un juicio particular, basándose en las mismas circunstancias de hecho. Y en caso de seguirse el procedimiento colectivo, la presentación de la demanda colectiva producirá el efecto de interrumpir la prescripción de toda la masa de afectados.

A la luz de los principios de eficiencia y eficacia, la ley permite a los legitimados activos que designen a un procurador común en representación de todos los letrados que actúen en él, situación que se notifica por avisos a los implicados, con la posibilidad de establecer una forma distinta, a criterio del juez.

Respecto al fondo de dicha facultad, la ley señala que solo procede en el caso de que “las actuaciones de los abogados entorpecen la marcha del juicio”, cosa no menor tratándose de acciones colectivas, ya que la representación en estos casos necesariamente debe ser “adecuada”¹⁶⁰, espíritu que se reitera toda vez que incluso permite que el juez, fundadamente, revoque el mandato judicial de aquel que no represente adecuadamente el interés colectivo o difuso de los consumidores, entre otros motivos. En definitiva, pareciera ser que el legislador quiso incorporar una forma adicional de monitoreo en virtud de la protección de este tipo particular de intereses.

Otra forma de aligerar el proceso colectivo es aquella en que la ley ordena que toda apelación que sea acogida, a excepción de la que versa sobre la sentencia que acoja la pretensión deducida, será agregada de manera extraordinaria a la tabla del día siguiente del ingreso, evitando así dilataciones naturales de la tramitación ante las Cortes de Apelaciones, así como también la acumulación al juicio colectivo de las acciones cuya admisibilidad este pendiente.

3.2.4.1 Novedades procesales a la LPC incorporadas por la Ley N° 21.081

El artículo 52 de la LPC, regula varias situaciones relevantes para efectos del PVC que fueron introducidas por la ley N.º 21.081.

La primera novedad que introdujo la Ley N.º 21.081 tiene relación con la discusión que existe en el periodo de admisibilidad de la demanda: una vez que declara admisible, el demandado tiene un plazo de 10 días fatales para contestar, con la posibilidad de reponer en contra de dicha resolución, con apelación en subsidio (concedida en el solo efecto devolutivo), prohibiendo en su caso el recurso de casación, en un plazo también de 10 días. En ese sentido, de un lado restringe la interposición de defensas meramente dilatorias o de mala fe, y de otro, protege al demandado, suspendiendo el plazo de contestación en caso de que el recurso de reposición sea acogido. En ese caso, contra la resolución que acoja la

¹⁶⁰ Puede definirse la representatividad adecuada como el requisito de las pretensiones de incidencia colectiva según el cual, quien interviene en el proceso gestionando o “representando” los intereses de una clase, debe poseer las condiciones personales, profesionales, financieras, etc., suficientes para garantizar una apropiada defensa de dichos intereses.

El recaudo es propio de todas las variantes de acción colectiva. Es decir que, por un lado, rige tanto en las que versan sobre intereses de naturaleza indivisible (difusos y colectivos) o divisible (individuales homogéneos). Y, por el otro, se aplica tanto en los procesos donde la parte plural se halla en el extremo activo de la relación procesal, como en aquellos en los que dicha situación se da en el polo pasivo de la litis (acción colectiva pasiva). Véase en: Giannini, Leandro. La representatividad adecuada en los procesos colectivos (Adequacy of Representation in Class Actions). SSRN Electronic Journal [en línea]. Enero de 2006. [fecha de consulta: 19 de marzo de 2022].

Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2458201

reposición respecto de aquella que acogió la demanda, cabe interponer el recurso de apelación directamente, esta vez, concedida en ambos efectos (es decir, suspende la tramitación del proceso hasta resolverse la cuestión). Asimismo, el demandante tiene igual posibilidad de reponer en contra de la resolución que declare inadmisibile la demanda en las mismas condiciones que su contraparte; si dicha acción intentada, es rechazada, cualquiera de los consumidores afectados puede ejercer su pretensión en otra demanda, individualmente o bien la misma clase puede incoar otra demanda colectiva, pero basada en nuevos antecedentes.

Una segunda novedad pone su foco en las amplias facultades que la ley le brinda al juez en la etapa de conciliación. La doctrina¹⁶¹ destaca dos aspectos relevantes: (i) la proposición de las bases de arreglo del conflicto colectivo por parte de los intervinientes (no del juez exigiendo que deban ser “concretas”; y (ii) las facultades entregadas al juez para promover la colaboración, esto es, por un lado, el llamado a conciliación “cuantas veces sea necesario en el proceso”, y por otro, la posibilidad de suspender la audiencia a su criterio “para facilitar la deliberación de las partes”, si estas así lo solicitaren.

El primer aspecto importante en lo que cabe detenerse son las bases de arreglo, que deben ser *concretas* y dadas por las partes. Al momento de asistir a la audiencia de conciliación, las partes pueden manifestar la voluntad de acogerse a un acuerdo que resuelva el litigio, distinto de la sentencia. En ese caso, las mismas deben hacer valer sus intereses y peticiones, las cuales serán evaluadas por el juez, que actúa como amigable componedor (es decir, sus opiniones no lo inhabilitan para seguir conociendo del caso). Las propuestas de cada parte, por estipulación legal, deben ser “concretas”, entendiéndose por tal que no se trata de un mero trámite legal, sino que se trata de una instancia en que las partes pueden encontrar una solución vinculante que les permita culminar la etapa judicial tempranamente, con subsidio del juez, quien ya habiéndose analizado los supuestos de hecho de la cuestión y las pretensiones de cada una, al menos puede facilitar un acuerdo más equitativo con base en criterios de realidad, previa audiencia de las partes.

La segunda cuestión relevante son las facultades del juez que promueven la colaboración entre las partes. La posibilidad del juez de llamar a conciliación en cualquier momento del

¹⁶¹ Vargas, Macarena. Mecanismos alternativos y consumo. En: Contador, Juan, Fernández, Felipe. y Fuentes, Claudio (coord.). Litigación en materia de consumidores: Dogmática y práctica en la reforma de fortalecimiento al SERNAC. 1ª. ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2019, p. 165.

juicio y aquella que tienen las partes para suspender la audiencia en caso de que requieran más tiempo para deliberar un eventual acuerdo, son indicios claros de la intención del legislador de propiciar el acuerdo colaborativo de las partes.¹⁶²

Continuando con la tramitación del procedimiento, llegada la etapa de conciliación y en caso de que fuese infructuosa, el juez recibirá la causa a prueba o bien llamará a las partes a oír sentencia, en caso de no existir hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos. Sin embargo, en caso de que “el demandado ha solicitado en su contestación que la demanda sea declarada temeraria por carecer de fundamento plausible o por haberse deducido de mala fe”, el juez debe incluirlo como punto de prueba en dicha resolución, lo que trae como consecuencia la aplicación de sanciones,¹⁶³ si se comprueba el carácter de temeraria o ser interpuesta de mala fe.

Una vez constatado el hecho de no haberse interpuesto recurso de reposición en contra de la resolución que acogió a tramitación la demanda o ya se haya rechazado el mismo, en uno u otro caso, el juez deberá señalar en la resolución que los legitimados activos deben publicar en el plazo de 10 días un aviso en la página web del SERNAC y en un medio de comunicación nacional, regional, escrito, electrónico o de otro tipo “que asegure su adecuada difusión”, aviso que deberá mantenerse en el medio de difusión durante 20 días. A este respecto cabe preguntarse lo siguiente: ¿cuál es el objetivo perseguido? Esta disposición recoge el sistema de salida (*opt-out*), muy característico de EE. UU.¹⁶⁴

Relacionado con lo anterior, el sistema de notificación se realiza a través de un medio digital de difusión masiva “adecuado”, característica cuya misión es, de una parte, que el mayor número de afectados esté en conocimiento del proceso colectivo y así pueda hacer reserva de acciones individuales posteriores, y de la otra, tiene relación con la representación

¹⁶² Se entiende que, en un acuerdo colaborativo, las partes son las constructoras de este. Uno de los axiomas de la mediación entendiéndose como método alternativo de solución de conflictos dice: “los participantes de un convenio se sienten más inclinados a sujetarse a sus propios términos, si tienen cierta responsabilidad por el resultado y desarrollan un compromiso hacia el proceso utilizado por el convenio”. Otro axioma es “por lo general, los participantes de una desavenencia personal pueden tomar mejores decisiones acerca de sus propias vidas que cualquier autoridad externa, como un juez o un árbitro”. En caso de la audiencia de conciliación en el contexto de un proceso colectivo, el legislador brinda una cierta flexibilidad a las partes para que ellas mismas obtengan una solución, pero con ayuda del juez quien ha tomado conocimiento del caso y ha observado los planteamientos de cada una, por lo tanto, se encuentra en mejor posición de facilitar una solución quizás más justa y satisfactoria. Véase en: Folberg y Taylor. Mediación. Resolución de conflictos sin litigios. D.F. México: Editorial Limusa. 1992. p.31.

¹⁶³ La regla general es una multa de hasta 300 Unidades tributarias Mensuales.

¹⁶⁴ Hay que recordar que, en ese sistema jurídico el efecto de la sentencia obtenida en sede colectiva se hace extensible a todo el grupo, sea favorable o desfavorable para este. Sin embargo, para atemperar una eventual afectación al debido proceso, en los albores del juicio, existe un mecanismo de notificación de los miembros ausentes tal como reza en la Rule 23, con el fin de que la clase pueda decidir si restarse del juicio y/o iniciar una acción individual.

adecuada. Dicho estándar se replica en ambos y se vinculan con los objetivos o finalidades que la litigación colectiva pretende satisfacer, vale decir: el acceso a la justicia, eficiencia y eficacia en la administración de justicia, economía procesal, publicidad y reducción de costos¹⁶⁵, y particularmente en materia de consumidor, la indemnidad del consumidor.

La secretaría del tribunal es quien se encarga de fijar el contenido del aviso, el cual debe contener lo siguiente:

1. El tribunal de primera instancia que declaró admisible la demanda.
2. La fecha de la resolución que declaró admisible la demanda.
3. El nombre, rol único tributario o cédula nacional de identidad, profesión u oficio y domicilio del representante del o de los legitimados activos.
4. El nombre o razón social, rol único tributario o cédula nacional de identidad, profesión, oficio o giro y domicilio del proveedor demandado.
5. Una breve exposición de los hechos y peticiones concretas sometidas a consideración del tribunal.

¹⁶⁵ Dichos principios quedaron expresados en el artículo 2 del proyecto de Ley Nacional de Acceso a la Justicia Colectiva N°6234-D-2018 de Argentina,

Disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=6234-D-2018&tipo=LEY>

Artículo 2°. - Principios. Los procesos colectivos se rigen por los siguientes principios:

a) Acceso a la justicia y debido proceso: Las personas o grupos de personas tienen derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso para la protección de los derechos de incidencia colectiva. Las normas que rigen el proceso colectivo deben aplicarse con la finalidad de facilitar el acceso a la justicia, especialmente de aquellos grupos estructuralmente vulnerables, desprotegidos o desaventajados;

b) Oralidad: La sustanciación de los procesos en todas las instancias, fases y diligencias se deben desarrollar en forma predominantemente oral, con excepción de los actos procesales que deban realizarse por escrito;

c) Inmediación: Los jueces deben presidir las audiencias;

d) Concentración y economía procesal: Los actos procesales deben realizarse sin demora y se procurará concentrar la actividad procesal;

e) Eficiencia y eficacia: El proceso colectivo debe lograr la eficiencia y eficacia en la resolución de conflictos de gran escala, buscando soluciones uniformes para conflictos repetitivos o estructurales, sin importar la cuantía del litigio. Se debe procurar la optimización de los resultados alcanzados en relación con el uso de los recursos disponibles e invertidos en su consecución y la efectiva protección de los derechos;

f) Colaboración, buena fe, lealtad procesal y prohibición de abuso del proceso: Las partes y demás intervinientes en el proceso deben actuar con colaboración, lealtad, buena fe y probidad. Los jueces deben tomar, a petición de parte o de oficio, las medidas necesarias que resulten de la ley o de sus poderes de dirección para prevenir, investigar o sancionar cualquier acción u omisión o abuso contrarios a los principios del proceso, y evitar situaciones de abuso de derecho o fraude a la ley;

g) Determinación de la verdad procesal y amplitud probatoria: Deben tenerse por acreditados los hechos invocados según la sana crítica y observarse las reglas de la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia. Los jueces deben formar su convicción mediante la valoración conjunta y armoniosa de toda la prueba producida y explicar con argumentos de carácter objetivo su decisión. Los elementos de prueba sólo tienen valor si han sido obtenidos por medios lícitos y se han respetado las reglas formales de su adquisición procesal;

h) Publicidad y participación democrática: El proceso colectivo debe buscar la amplitud, publicidad y transparencia de la discusión, así como la resolución definitiva de los conflictos colectivos.

Estos principios deberán ser considerados por el juez o jueza como pautas interpretativas para resolver cualquier conflicto hermenéutico y de ponderación que pueda presentarse en la aplicación de la presente ley.

6. El llamado a los afectados por los mismos hechos para hacerse parte o para que hagan reserva de sus derechos, expresando que los resultados del juicio atañen también a aquellos afectados que no se hicieran parte en él.
7. La información de que el plazo para comparecer es de veinte días hábiles a contar desde la fecha de la publicación.
8. El aviso resulta de suma importancia principalmente por dos cosas. La primera de ellas es que esta es la instancia judicial en que los miembros ausentes pueden hacerse parte del juicio colectivo, conocer su contenido mínimo y hacer uso de la reserva de acciones, lo que se conoce como opción por excluirse u *opting out*. La segunda cuestión relevante es que desde la fecha de la publicación del aviso¹⁶⁶, los consumidores tienen prohibido presentar demandas¹⁶⁷ bajo los mismos supuestos de hecho que el procedimiento colectivo, sin perjuicio de la reserva de derechos que, de ejercerla, el efecto que produce es que la sentencia colectiva les será inoponible. Finalmente, el legislador estipula que en caso de existir procedimientos individuales pendientes fundados en los mismos hechos y contra el mismo proveedor, estos deben acumularse al juicio colectivo, salvo que se haya citado a las partes a oír sentencia.

Con relación a los grupos o subgrupos de consumidores, el juez tiene la facultad de ordenar su formación, si estos presentan características comunes, ya sea durante todo el juicio y hasta la dictación de la sentencia, inclusive. Lo anterior se justifica en el hecho de que eventualmente pudiesen existir consumidores afectados en mayor o mayor medida, considerando los diversos grados de transgresión de sus derechos y las circunstancias comunes, pero particulares de cada subgrupo.

Por último, la sentencia que acoja la pretensión deducida deberá contener lo siguiente, sin perjuicio del artículo 170 del CPC:

- a) Declarar la forma en que tales hechos han afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores. La identificación de la conducta y el vínculo con los daños causados no basta para satisfacer este requisito, sino que adicionalmente el juez debe

¹⁶⁶ La ley habla de “un” aviso publicado en dos sitios: uno de comunicación nacional y otro en el sitio web del Servicio, por lo tanto, entendemos que se trata de un único aviso replicado en dos lugares de difusión. Dicha aclaración permite disipar dudas relacionadas con el cómputo del plazo, por ejemplo, en el caso de que se publique el aviso en un sitio y en otro, en fechas distintas, ¿desde cuándo comienza a correr el plazo? esta pregunta sería válida si se entendiera que existen dos avisos, sin embargo, la ley es clara en este sentido.

¹⁶⁷ La ley no indica que sea colectiva, pero entendemos que sí ya que, si se incluyeran las demandas individuales, la reserva de acciones no tendría sentido.

fundamentar el por qué determinada acción ejecutada por los proveedores es constitutiva de una conculcación al interés colectivo o difuso.

- b) Declarar la responsabilidad del o los proveedores demandados en los hechos denunciados y la aplicación de la multa o sanción que fuera procedente. La suma de las multas que se apliquen por cada consumidor afectado tomará en consideración en su cálculo los elementos descritos en el artículo 24 A y especialmente el daño potencialmente causado a todos los consumidores afectados por la misma situación. Si bien el aspecto punitivo escapa del presente estudio, ya que nuestra mirada se hace desde el derecho civil y la reparación integral del daño, no es baladí mencionar que declaración de responsabilidad del demandado puede entenderse como método disuasivo o preventivo de conductas dañosas.¹⁶⁸
- c) Declarar la procedencia de las correspondientes indemnizaciones o reparaciones y el monto de la indemnización o la reparación a favor del grupo o de cada uno de los subgrupos, cuando corresponda. En aquellos casos en que concurren las circunstancias a que se refiere el inciso 5° del artículo 24 (esto es, agravantes), el tribunal podrá aumentar en el 25% el monto de la indemnización correspondiente.
- d) Disponer la devolución de lo pagado en exceso y la forma en que se hará efectiva, en caso de tratarse de procedimientos iniciados en virtud de un cobro indebido de determinadas sumas de dinero. En el caso de productos defectuosos, se dispondrá la restitución del valor de aquellos al momento de efectuarse el pago.
- e) Disponer la publicación de los avisos (tal como ocurre con la forma de notificar al público la existencia de un juicio de la que hablamos en párrafos anteriores), con cargo al infractor/es. En caso de que el proveedor mantenga en sus registros información necesaria que permita individualizar a los afectados respecto de las indemnizaciones, reparaciones o devoluciones que le correspondan a un grupo o subgrupo, el juez puede ordenar que el pago se realice sin la necesidad de la comparecencia de los alcanzados por la sentencia, pero estableciendo la forma de que dicha solución sea efectiva y el plazo en que el tercero independiente designado

¹⁶⁸ Esta afirmación puede ser abordada desde dos perspectivas: una dice relación con el daño a la imagen o reputación del proveedor que en general se trata de empresas de conocimiento público, que al verse implicadas en el marco de procedimiento judicial, transmiten inseguridad a los consumidores respecto de los productos o servicios ofrecidos; y la otra, se vincula con el monto de las indemnizaciones que grava al proveedor vencido, que deben extenderse a todos aquellos consumidores afectados y también con el valor de la multa impuesta.

para el efecto (si es el caso) lo realice. Dos años después, contados desde dicho plazo, los derechos de los consumidores caducarán.

Para finalizar, en materia de los recursos procesales que proceden contra la sentencia que resuelva el conflicto colectivo, se concede expresamente el recurso de apelación, en ambos efectos. Respecto de dicho recurso y otros que procedan, estos gozan de preferencia para su vista y fallo.

3.2.5 Alcance de la cosa juzgada

La sentencia que declare la responsabilidad del proveedor tiene efectos erga omnes, en virtud del art. 54 de la LPC, sin embargo, esta afirmación no es absoluta. Ya se ha dicho que, para ser legitimados activos, los consumidores afectados deben tener un vínculo con la pretensión deducida, sin perjuicio de la AdC y el SERNAC, que actúan en representación de estos. Ya establecido el vínculo (de hecho, o de derecho), los consumidores pueden optar por incluirse en el juicio colectivo incluso luego de la publicación de los avisos que contienen la información necesaria para la correcta ventilación del juicio, o bien pueden elegir restarse del mismo, haciendo reserva de sus derechos. Por lo tanto, podemos concluir que la sentencia se extiende solamente a aquellos afectados determinados o determinables que se hicieron parte de proceso colectivo y que no han hecho reserva de sus acciones.

3.3 Procedimiento Voluntario para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores

La ley N.º 21.081 incorporó una nueva figura jurídica de solución de conflictos jurídicos cuando el proveedor incurre en conductas que afecten el interés colectivo o difuso de los consumidores. Se trata de un “procedimiento” híbrido que presenta características de un procedimiento judicial, pero también de los métodos alternativos de resolución de conflictos o ADR. Este PVC fue creado y regulado normativamente buscando paliar las falencias de las antiguas mediaciones colectivas, las cuales no tenían regulación legal, como ya se ha dicho en apartados anteriores.

3.3.1 Regulación e importancia

Se encuentra regulado en los artículos 54 H y siguientes del Párrafo 4º de la LPC, figura novedosa e incorporada completamente por la ley N.º 21.081. Además, de la anterior ley, el

PVC cuenta con el Decreto N.º 56 que aprueba el reglamento que establece dicho procedimiento y permite aclarar algunos temas pendientes que la LPC no logró abordar.

En cuanto a la importancia del PVC, resulta evidente que el legislador apuntó a la incorporación de un método autocompositivo de resolución de conflictos, distinto de un procedimiento judicial, dado los altos costos sociales que implica el mismo, tal como se explicó en el apartado del análisis económico del derecho. Es la misma ley que dispone que, su finalidad es la “obtención de una solución expedita, completa y transparente”, lo que en otras palabras se traduce en brindar una salida rápida, eficiente y de fácil acceso para los consumidores con el fin de reparar el daño causado por el proveedor en la prestación del servicio o en venta de sus productos.

Los principios generales básicos que rigen al PVC son el de indemnidad del consumidor, la economía procesal, la publicidad, la integridad y el debido proceso, regulados expresamente en el Decreto N.º 56 (en adelante, Reglamento), pero que perfectamente son aplicables al procedimiento judicial de protección al interés colectivo y difuso de los consumidores.¹⁶⁹ Este es un buen ejemplo de la naturaleza híbrida del PVC.

3.3.2 Legitimación

La legitimación activa recae en: (a) las Asociaciones de Consumidores, quienes deben presentar una denuncia fundada; (b) la empresa proveedora del bien o servicio; o (c) en el SERNAC, a través del análisis de conductas que afectan el interés colectivo y difuso de los consumidores, a partir de sus fuentes de información, esto es, reclamos, consultas, alertas ciudadanas, entre otras.

Cabe preguntarse sobre la legitimación extraordinaria, lo siguiente: ¿se ve afectado el principio “sin interés no hay acción”? Si no es así, ¿bajo qué modalidad es posible interpretar la regla que faculta a determinados sujetos a demandar?, ¿al sistema de entrada o de salida? Si la norma establece requisitos de entrada al litigio, se entiende que se requiere un vínculo entre quien demanda y el afectado por el daño, en cambio, si la norma instituye requisitos de salida, se prescinde del consentimiento del consumidor afectado.

¹⁶⁹ Vale la pena no olvidar que tanto los procedimientos judiciales como colectivos como los ADR colectivos, son en sí mismos mecanismos para hacer cumplir la ley de protección al consumidor, conocido como enforcement y a lo que nos hemos referido anteriormente.

En el primer caso, la concepción que tuvo el legislador de interés colectivo o difuso atendería a una suma de derechos individuales que se integraron en una sola demanda con fines meramente económicos o criterios de eficiencia, a reducir los costos de transacción que devienen de la tramitación de una infinidad de juicios individuales por separado y a la obtención de sentencias contradictorias, por lo tanto, si la LPC protege intereses que consisten en la agregación de intereses individuales que se litigan de forma colectiva para abaratar costos, no habría justificación para permitir que consumidores que ven sus intereses afectados, litiguen en nombre de otros.

Si se trata del segundo caso, la norma establecería requisitos de salida, de lo que se desprende que todos aquellos afectados por el daño están facultados para excluirse de la clase dada la inexistencia de consentimiento para ingresar al litigio y solo en este supuesto de hecho, la legitimación ordinaria se ve alterada.

3.3.3 Tramitación

El procedimiento comienza con una resolución fundada emitida por el SERNAC que contendrá los antecedentes que justifiquen una eventual afectación del interés colectivo o difuso y la normativa legal infringida.

El Servicio deberá notificar dicha resolución, la cual tendrá que informar al proveedor y a la AdC (si es el caso) lo que sigue: (i) que se trata de un mecanismo de carácter voluntario; (ii) debe indicar cuáles son los hechos fundantes; y (iii) cuál es su finalidad. El legislador utiliza el concepto “voluntario” con el propósito de asegurarse que los participantes estén en conocimiento del carácter facultativo y no obligatorio del procedimiento, ya que es una de sus bases principales.

A mayor abundamiento, el hecho de que la AdC sea notificada de la resolución aludida, no está exento de dudas, puesto que el legislador no se hizo cargo de lo que sucede cuando existe más de una AdC afectada y como veremos más adelante, las excluye de cualquier posible acción judicial mientras no se termine el PVC, obligándolas a seguir soportando los posibles daños hasta que puedan solicitar la reparación luego de concluido el procedimiento en comento. Tampoco deja claro lo que ocurre con aquellas que no adhirieron al PVC, ya sea porque no tuvieron conocimiento de su existencia, no estuvieron de acuerdo con la solicitud de la AdC actora u otro motivo que le impidió ejercer su pretensión. Lo anterior

puede producir casos de impugnación de acuerdos colectivos extrajudiciales por parte de AdC no participantes, fundada en el principio de indemnidad del consumidor. Pero ¿es posible impugnar el acuerdo? La ley no lo regula expresamente, pero interpretando sistemáticamente el principio de debido proceso (mencionado en la LPC y definido en el Reglamento del PVC) en conjunto con las normas procesales generales, particularmente del sistema recursivo, debiese entenderse que sí. La consecuencia que trae aparejada dicha afirmación es que puede provocar que se dejen sin efecto los acuerdos ya alcanzados, lo que en la práctica se traduce en la infracción de los principios de indemnidad del consumidor, economía procesal y por supuesto, de debido proceso.¹⁷⁰

Antes de continuar, es menester detenerse en un aspecto llamativo y es el hecho de que quien lleva adelante el PVC es el SERNAC, así lo establece el art. 54 H de LPC: “Estará a cargo de una subdirección independiente y especializada dentro del Servicio” y el art.58 del mismo cuerpo normativo señala que el Servicio tendrá entre sus funciones el llevar a cabo el PVC. Esto puede generar cierto recelo y desconfianza entre los proveedores, ya que el Servicio es un organismo autónomo de carácter administrativo, que tiene como objetivo, dentro de otros tantos, equilibrar la desigualdad existente entre consumidores y empresas proveedoras, por lo que, el Servicio estaría cumpliendo varios roles de manera simultánea que son el de fiscalizar, sancionar, dirigir el PVC y servir de amigable componedor. Dicha situación, de hecho, fue objeto de debate durante la discusión parlamentaria de la ley N.º 21.081¹⁷¹, en que la imparcialidad del ente juzgador queda en entredicho. Sin perjuicio de esto, la ley es clara en señalar que quien dirige el PVC será una “órgano independiente y especializado” pero dentro del Servicio, sin dejar en claro si el primero está sujeto a la supervigilancia del segundo, ni tampoco existe garantía de que el órgano autónomo no pueda ser influenciado por el ente perteneciente a la administración.

Continuando con la tramitación, si el PVC comenzó por una denuncia fundada presentada por la AdC, la resolución que dé curso al procedimiento debe ordenar la participación de esta, salvo que la última haya expresado una voluntad contraria. Por denuncia fundada el Reglamento establece en su art. 2 N° 3, los requisitos mínimos:

¹⁷⁰ Los principios básicos que regulan el Procedimiento Voluntario de Negociación Colectiva son mencionados en el inciso 1° del artículo 54 H de la Ley de Protección al Consumidor y son definidos en el Decreto N°56 que Aprueba Reglamento que establece el Procedimiento Voluntario para la Protección del interés colectivo o difuso de los consumidores.

¹⁷¹ Historia de la Ley N° 21.081, Primer Trámite Constitucional. Santiago, Chile. p. 1543.

- a) Individualización de la Asociación de Consumidores.
- b) Individualización del proveedor.
- c) Antecedentes respecto la individualización de los consumidores posiblemente afectados, si ello corresponde.
- d) Antecedentes de hecho que describa la potencial afectación del interés colectivo o difuso, junto a la descripción del eventual daño causado si corresponde.
- e) Identificar las normas probablemente infringidas y los fundamentos de derecho para justificar tal afectación.

La denuncia fundada realizada por la AdC podrá ir acompañada con información sobre juicios pendientes que versen de la misma materia que afecte al proveedor, así como reclamos entre otros antecedentes relevantes que traten sobre el mismo tema de la denuncia y sirvan de fundamento a la misma. En caso de que la denuncia realizada por la AdC no cumpla con los requisitos antes señalados, el Servicio dictará una resolución dando un plazo de tres días desde la notificación del requerimiento para que la primera subsane los defectos que adolezca la denuncia, de lo contrario se entenderá por no presentada.

En relación con el plazo máximo de duración del PVC, el legislador señala que será de 3 meses contados a partir del tercer día de notificado el proveedor de la resolución dictada por el SERNAC, sin embargo, puede prorrogarse únicamente y por resolución fundada por tres meses más en los siguientes casos: (i) cuando exista una avanzada negociación entre las partes involucradas; (ii) cuando se requiera un tiempo mayor para efectos de la revisión acabada de los antecedentes y propuestas formuladas. Queda prohibida expresamente la prórroga cuando la demora provenga de la culpa del proveedor. Finalmente, si dentro del tiempo entregado por la ley no existe acuerdo, el Servicio certificará el fracaso de este.

Desde luego, la duración de tres meses tiene su justificación en los fines del procedimiento, sobre todo el de economía procesal en correlación con el de indemnidad, sin embargo, la práctica nos ha mostrado la existencia de casos cuyo daño al interés colectivo o difuso de los consumidores es de alta complejidad en cuanto al establecimiento de responsabilidades, v.b. Caso Papel *Tissue*¹⁷², en que dicho periodo resulta tremendamente absurdo. Una primera

¹⁷² Agostini, Claudio y Irazábal, Felipe. Caso Tissue y los nuevos desafíos para la delación compensada [en línea]. La Tercera: Santiago, Chile. [fecha de consulta: 22 de abril de 2022]. Disponible en: <https://www.latercera.com/pulso/noticia/opinion-caso-tissue-los-nuevos-desafios-la-delacion-compensada/970806/>

solución al problema del plazo lo entrega la misma ley, toda vez que permite que se prorrogue por tres meses más, pero incluso en esa circunstancia, resulta ser igualmente escueto. Entonces, sobre esta materia, resulta fundamental preguntarse por la manera en que se pueden compatibilizar entre sí todos los principios que regulan al PVC e incluso plantearse la posibilidad de terminar el PVC y accionar por la vía judicial, en vista de la posición insegura en la que quedan los dañados, ya que es altamente probable que el principio de indemnidad (o reparación integral del daño) no se aplique adecuadamente.

Terminado el análisis de la interrogante anterior y continuando con el curso del procedimiento, el Reglamento en su art. 16 señala las formas en que puede llegar a término el PVC, estos son:

- i. *Término favorable*: tiene lugar si la resolución contempla el acuerdo suscrito por el Servicio, el proveedor y los demás involucrado.
- ii. *Término fracasado*, concluye por las siguientes circunstancias: cumplimiento del plazo original o prorrogado del procedimiento sin que lleguen a acuerdo entre las partes, o cuando el Servicio de manera fundada o el proveedor involucrado hayan expresado su voluntad de no perseverar en el procedimiento.
- iii. *Término fallido*, a este respecto ocurre si: el proveedor, siendo notificado no responde o no manifiesta su voluntad de ser parte del procedimiento dentro del plazo legal, en caso de que el apoderado del proveedor no haya subsanado en la audiencia correspondiente la ausencia de facultades suficientes, o en último escenario, si el proveedor incumplió con la entrega de antecedentes necesarios para que continúe el conocimiento del procedimiento, y así sea manifestado por el Servicio.

Entonces, una vez emitida la resolución por parte del SERNAC, esta debe ser notificada al proveedor, permitiéndole al último expresar por escrito su decisión de participar o no del PVC, en un plazo de cinco días prorrogable por el mismo tiempo si la empresa lo solicita fundadamente. En caso de silencio, el SERNAC emitirá una resolución que certifique el hecho, entendiéndose como “fallido”. En todo caso, tanto el proveedor como el Servicio puede comunicar su voluntad de no continuar con el mismo, pero este último, debe fundamentar su decisión.

Si el proveedor implicado decide participar en el procedimiento, dentro de cinco días, dicha voluntad debe publicarse en el sitio web del SERNAC y en la misma publicación se ventilará el estado en que se encuentre el procedimiento y la solución propuesta por el proveedor.

Acto seguido, el plazo de prescripción respecto de las denuncias y acciones de clase reguladas en la LPC, se suspenderá, lo que ciertamente permite resguardar las legítimas pretensiones de los consumidores afectados.

Incorporados los intervinientes en el procedimiento, será facultativo para el SERNAC requerir la información y documentación necesaria para el desarrollo de este, sin embargo, si el proveedor se negara a entregar los antecedentes, no existe sanción alguna para él, incluso si lo anterior ocurre, traerá como consecuencia que se declare fallido el procedimiento. En principio, esta estipulación podría parecer injusta para los consumidores, sin embargo, el motivo se vincula con la naturaleza misma del PVC, que es la de ser esencialmente un método autocompositivo y voluntario de solución de conflictos colectivos y también en la posibilidad de los consumidores de impetrar una acción judicial luego de finalizada la tramitación del procedimiento administrativo, en definitiva, busca fomentar la participación de los proveedores. No obstante, resulta contradictorio que, manifestada la voluntad del proveedor en el sentido de participar del PVC, luego se niegue a entregar información útil para el desarrollo de este, considerando que la ley declara expresamente que la documentación aludida en cumplimiento de la solicitud del Servicio no podrá ser presentada como prueba en un posterior juicio, salvo que se haya tomado conocimiento de ellos por otra vía. Lo anterior, a fin de cuentas, resulta ser una traba a la efectividad del procedimiento y un dispositivo meramente dilatorio, muy en oposición a los fines de este.

Durante la consecución del procedimiento y hasta la publicación en el sitio web del Servicio de la resolución que declara terminado el procedimiento, tanto las AdC participantes como los consumidores potencialmente afectados pueden realizar “observaciones” que estimen pertinentes y “sugerencias” de ajustes a la propuesta presentada por el proveedor, fundadamente y dentro del plazo de cinco días posteriores a la publicación en el sitio web. Desde luego, las observaciones y sugerencias son una clara manifestación del principio de bilateralidad de la audiencia, de debido proceso e indemnidad del consumidor, sin perjuicio

de que es el Servicio quien actúa como intermediario entre los legitimados y el proveedor, dado que debe responder y hacerse cargo de ellas, cuando corresponda.¹⁷³

Resuelto todo lo anterior, se fijarán audiencias a las cuales el proveedor debe asistir a través de un apoderado con facultades para transigir, de lo contrario, se citará a nueva audiencia dentro de quinto día y de no subsanarse el vicio, el Servicio certificará el procedimiento como fallido por medio de resolución.

Por lo que concierne a la protección de la información comercial de los proveedores, el procedimiento permite que estos hagan reserva de los antecedentes que contengan información relativa a la libre competencia o que puedan perjudicar el desenvolvimiento de estos en el mercado, mandando al Servicio a decretarla como información reservada, a solicitud de parte. Solo es posible que los demás participantes tengan acceso a informaciones generales que hará el mismo organismo administrativo. Dicha reserva alcanzará tanto a los encargados de la tramitación del PVC como a los terceros intervinientes que actúan en la emisión de los informes. La infracción a la reserva está sancionada penalmente, sin perjuicio de la responsabilidad de orden administrativa que corresponda. En suma, el legislador, al menos formalmente, sí se ha preocupado por entregar herramientas tendientes a la participación del proveedor en la promoción de acuerdos dictados en esta sede, el problema es que no son suficientes.

Si el procedimiento logra llegar a la etapa final y las partes finalmente deciden pactar un acuerdo resolutorio, el Servicio debe dictar una resolución cuyo contenido principal son los términos de este y las obligaciones que asumen los participantes. Según el art. 54 P de la LPC, esta debe contener siquiera lo siguiente:

1. El cese de la conducta que pudiere haber afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores.
2. El cálculo de las devoluciones, compensaciones o indemnizaciones respectivas por cada uno de los consumidores afectados, cuando proceda.
3. Una solución que sea proporcional al daño causado, que alcance a todos los consumidores afectados y que esté basada en elementos objetivos.

¹⁷³ Sin perjuicio de lo estipulado en la ley, en el sitio virtual del Servicio figura que las observaciones “no son vinculantes y no implican una respuesta desde el SERNAC a quienes las formulen”. Véase en: Procedimientos Voluntarios Colectivos (PVC). Servicio Nacional del Consumidor.

Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/618/w3-propertyvalue-62728.html>

4. La forma en la que se harán efectivos los términos del acuerdo y el procedimiento por el cual el proveedor efectuará las devoluciones, compensará o indemnizará a los consumidores afectados.
5. Los procedimientos a través de los cuales se cautelará el cumplimiento del acuerdo, a costa del proveedor.

En seguida, dicha resolución deberá señalar si el acuerdo se someterá al efecto erga omnes o no y podrá contener un “plan de cumplimiento”¹⁷⁴ del acuerdo, cuyo contenido mínimo es:

- i. La designación de un oficial de cumplimiento, que servirá de intermediario con el Servicio.
- ii. Los plazos de implementación.
- iii. Un protocolo que evite los riesgos de incumplimiento.
- iv. Mecanismos internos para la capacitación del personal.

Prontamente, la propuesta realizada por el proveedor, según el art. 54 P “no implicará su reconocimiento de los hechos constitutivos de la eventual infracción”, lo que si bien pareciera incentivar la participación de los proveedores intervinientes, sin duda resulta desfavorable para los consumidores y/o AdC que quedaron fuera del PVC, ya que tal procedimiento no servirá de prueba ni de antecedente para un nuevo procedimiento judicial o extrajudicial, sino que obligará a tener que empezar desde cero la recopilación de antecedentes y pruebas para poder demostrar el perjuicio que les fue provocado por el mismo proveedor.

3.3.4 Alcance de la cosa juzgada

Alcanzado el acuerdo que contenga los requisitos anteriores, para que tenga valor, esto es, para que produzca efecto de cosa juzgada erga omnes, debe sujetarse a la aprobación del juez con competencia en lo civil que corresponda, quien únicamente podrá rechazar dicho efecto, si el acuerdo no da cumplimiento a dichas condiciones. El tribunal fallará de plano la aprobación o no del acuerdo. En caso de que la resolución lo rechace, solamente procederá el recurso de reposición con apelación subsidiaria. A su vez, el Reglamento que regula el

¹⁷⁴ Los planes de cumplimiento son instrumentos que establecen políticas, procedimientos, directrices y mecanismos adoptados por una empresa para respetar la Ley del Consumidor, estableciendo medidas preventivas, correctivas y de detección de eventuales incumplimientos. Véase en: Planes de Cumplimiento (Compliance). Servicio Nacional del Consumidor.

Disponible en: <https://www.sernac.cl/portal/618/w3-propertyvalue-62999.html>

procedimiento establece que el efecto erga omnes podrá sujetarse a la aprobación del juez, si así se estableció en el acuerdo, en virtud del art. 17 de dicho cuerpo legal.¹⁷⁵

Entonces, para que el acuerdo vincule a todo el espectro de consumidores afectados y no solo a los que concurrieron al acuerdo, es necesario que sea aprobado por el juez. Frente a esto la doctrina se ha preguntado sobre el posible rechazo del acuerdo y el rol del juez. Lo anterior da lugar a la interrogante sobre ¿cuáles son los instrumentos y/o parámetros que el juez empleará para decidir?, ya que el estándar que deberá emplear el juez para aceptar o rechazar el acuerdo debe basarse en elementos objetivos, pero ¿puede el magistrado rechazar un acuerdo porque el monto de las indemnizaciones no se basen en elementos estrictamente objetivos o porque considera (subjetivamente) que no existe proporcionalidad entre la indemnización que contempla el acuerdo y el daño causado?¹⁷⁶. Por otro lado, tampoco sabemos qué sucede en el caso de que el juez estime *injusto* el plan de cumplimiento, ¿podrá impugnarse de oficio o a petición de parte?, y, de poder impugnarse, ¿Quiénes son los legitimados para ello? Todo lo anterior genera incertidumbre y desconfianza en el procedimiento mismo.

En resumen, lo cuestionable es que pareciera ser que el legislador pretende establecer un mecanismo de resolución de conflictos colectivos en que prime la rapidez y la reparación integral del daño sufrido por el consumidor, pero de todas formas lo sujetará a la aprobación judicial, caso en que cabe la posibilidad de que sea rechazado, infringiendo los principios que rigen al PVC.

Una vez que se encuentre ejecutoriada y publicada en el Diario oficial, en un medio de circulación nacional y en el sitio web del Servicio, el acuerdo producirá “los efectos de una transacción extrajudicial respecto de todos los consumidores potencialmente afectados” salvo aquellos consumidores que hayan hecho valer sus acciones judiciales con anterioridad, que hayan pactado avenimientos o transacciones de carácter individual con el proveedor y por último, los que hayan hecho reserva de sus acciones individuales ante el tribunal que

¹⁷⁵ Vale la pena mencionar que a la fecha de entrada en vigencia de la ley N°21.081 de 2018, existían varias preguntas en torno a la aprobación judicial del acuerdo, sobre todo porque la ley no dejaba claro si el rechazo recaía en el efecto erga omnes o en el contenido del acuerdo mismo, lo que fue resuelto por el Reglamento, recién en el año 2021.

¹⁷⁶ BARRIENTOS, Francisca. ¿Cuándo convendría seguir un procedimiento voluntario ex mediaciones colectivas? El Mercurio Legal: Santiago, Chile, 19 de diciembre de 2017. [fecha de consulta: 19 de diciembre del 2019]

Disponible en: <https://derecho.udp.cl/el-mercurio-legal-cuando-convendria-seguir-un-procedimiento-voluntario-ex-mediaciones-colectivas-francisca-barrientos/>

aprobó el acuerdo. Como se puede desprender de esta disposición, estamos frente a un sistema de salida.

La copia autorizada de la resolución del Servicio en donde se encuentre el acuerdo tendrá mérito ejecutivo transcurrido treinta días desde la publicación del extracto de la resolución en el Diario Oficial y en un medio de circulación nacional a cargo del proveedor, así como en el sitio web del Servicio.

Finalmente, el párrafo 4° de la LPC culmina diciendo que el incumplimiento de los términos del acuerdo constituye una infracción a la ley, característica que lo acerca más a un equivalente jurisdiccional más que a un procedimiento administrativo.

V. ACCIÓN JUDICIAL Y PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA: ANÁLISIS COMPARATIVO

Este capítulo tiene por finalidad integrar todos los elementos estudiados anteriormente y determinar si las herramientas jurídicas que la legislación chilena entrega, efectivamente son protectoras del interés colectivo y difuso de los consumidores, en particular, del Procedimiento Voluntario para la Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores que incorporó la Ley N.º 21.081 a la LPC. Del análisis dogmático de la normativa, se desprende que dicho procedimiento no cumple a cabalidad los objetivos para los que fue creado, ya que pareciera que los principios en que se funda no son respetados, lo que a fin de cuentas termina desprotegiendo al consumidor y desincentivando la elección de solucionar el conflicto por una vía distinta de la judicial.

El sustento del planteamiento anterior es el estudio de los aspectos generales del derecho de protección a los derechos de los consumidores, de los elementos que caracterizan a la tutela colectiva frente a la tutela individual y del tratamiento que efectúa el derecho comparado y nacional a favor de dicha protección, a través del estudio de las figuras jurisdiccionales y extrajudiciales que existen para ese efecto.

La elección del objeto de estudio se justifica en el interés tanto nacional como internacional de la promoción de los métodos alternativos de resolución de conflictos, autocompositivos, rápidos, eficaces y que permitan la reparación íntegra de los daños causados a la víctima, en este caso, cuando se afecta a un tipo especial de interés que, por su importancia, merece una especial atención, ya que los afectados corresponden a un determinado, pero masivo sector, esto es los consumidores.

Los criterios que fueron escogidos para el análisis del objeto de estudio son el tipo de interés o derecho protegido, la legitimación activa, la tramitación y el alcance de la cosa juzgada, tanto de los mecanismos judiciales como extrajudiciales.

Lo que resta ahora es analizar los criterios antedichos basándonos en el tratamiento legal colectivo que regulan los diversos países que fueron objeto del presente trabajo y establecer similitudes y diferencias con la normativa chilena, para finalmente enumerar todas las conclusiones que fueron resultado de las vinculaciones entre el fenómeno comparado con el nacional.

1. Intereses protegidos

En nuestro país, existe la clara intención de adaptar la legislación a los avances de la sociedad y de los mercados con relación a la protección del consumidor, por esta razón (entre otras) se ha otorgado reconocimiento a la tutela colectiva, lo que se manifiesta en la definición de interés colectivo y difuso contemplado en la LPC y en la regulación de procedimientos tendientes a su protección, que han sido objeto de nuestro estudio. Sin embargo, no queda claro si efectivamente se tratan de derechos colectivos o estamos en presencia de derechos individuales que se tramitan conjuntamente en virtud de intereses prácticos.

1.1 Similitudes y aciertos del tratamiento colectivo chileno en contraste con el internacional

1.1.1 Acción judicial colectiva

En EE. UU, existe una doble protección de intereses “colectivos”. Por un lado, los *intereses colectivos y difusos* propiamente tales son tutelados por las acciones de clase obligatorias y por el otro, los *derechos individuales homogéneos*, son protegidos por las acciones de clase no obligatorias o class action for damages. Como en LPC chilena solo existe regulación sobre esta última clase de interés, nos limitaremos a exclusivamente a ello.¹⁷⁷

Dicho esto, tanto en Chile como en EE. UU es menester aclarar cuál es el elemento determinante en la protección de intereses individuales homogéneos y cuál es el origen común de las situaciones de hecho o de derecho que afecten a un grupo, requisito que debe cumplirse para ejercer las acciones correspondientes. Igualmente, en Brasil, existe una triple distinción de los derechos protegidos, contemplando así tanto a los derechos colectivos y difusos como a los individuales homogéneos.

En Francia, las acciones de grupo solamente buscan tutelar los intereses individuales homogéneos, que tengan un vínculo en común, excluyendo expresamente de la esfera de protección legal las dos categorías existentes de derechos transindividuales.

¹⁷⁷ Parte de la doctrina postula que la distinción más elemental entre los derechos supraindividuales y los individuales homogéneos recae en que en el caso de los primeros, la solución entregada por sentencia que resuelve el conflicto es la misma para todos los participantes de la clase, pero en el caso de los segundos, no es así ya que el objeto del proceso se puede dividir, lo que queda de manifiesto en la posibilidad de separar grupos y subgrupos de consumidores en base a los montos de las indemnizaciones. ". Aguirrezabal, Maite. Algunas precisiones... Op. Cit. p. 69-91.

Finalmente, la Ley de Enjuiciamiento Civil española otorga protección tanto a los intereses individuales homogéneos como a los intereses transindividuales, pese a la ingrata redacción del cuestionado art. 11 de dicho cuerpo normativo, a lo que ya hicimos referencia en el apartado del derecho comparado.

1.1.2 Métodos alternativos de solución de conflictos colectivos

El ADR que dispone EE. UU. para la protección del interés colectivo es el arbitraje, método que como ya dijimos, requiere de un acuerdo entre las partes para que proceda, que suele ser incorporado en los contratos entre proveedores y consumidores a través de cláusulas arbitrales. A criterio nuestro, este arbitraje colectivo solo es aplicable cuando son lesionados los intereses individuales homogéneos de una colectividad unida por algún vínculo (de hecho, o de derecho) e incluso podría aplicarse a los intereses colectivos, pues el laudo final debe especificar a quienes vincula y aquellos que excluye, cuestión imposible cuando son lesionados los intereses difusos de un grupo, ya que los sujetos son indeterminables o muy difíciles de determinar. Por esta razón creemos que el ADR regulado en nuestro país resulta más proteccionista que el arbitraje, ya que permite que más consumidores sean alcanzados por el acuerdo.

En Francia, por su parte, existe la mediación colectiva en materia de consumo, que al igual que en Chile, es un mecanismo paralelo al juicio, pero que requiere autorización judicial. El Código del Consumidor francés no señala expresamente el tipo de interés protegido, solo se limita a proteger a aquellos consumidores identificados y que hayan sufrido daños individuales, provenientes de un mismo proveedor y que tengan un origen común, dejando fuera a los consumidores indeterminados, con la diferencia que, en nuestro país, no se excluye expresamente la protección de los intereses colectivos y difusos.

En seguida, el arbitraje colectivo de consumo español pretende tutelar únicamente el interés colectivo de los consumidores dada la propia naturaleza del arbitraje, sin embargo, la doctrina ha criticado arduamente lo anterior concluyendo que lo que defiende son los intereses individuales ejercidos de manera colectiva.¹⁷⁸

¹⁷⁸ Véase: Montesinos, Ana. La tutela extrajudicial...Op. Cit. p.35-36., que, en el mismo sentido, arguye lo siguiente: “El arbitraje de consumo colectivo regulado en el RDSAC debe entenderse como un mero mecanismo para resolver en un mismo procedimiento arbitral, las reclamaciones individuales de varios consumidores a través de un procedimiento que se regula a tal efecto. No se tutelan ni los derechos e intereses colectivos y difusos de los consumidores, ni siquiera cuando los posibles afectados están determinados o son fácilmente determinables, a no ser que el consumidor individual presente

Finalmente, en relación con Brasil, no cabe hablar de mecanismos alternativos de solución de pleitos colectivos, ya que no existe ninguna figura regulada para ese efecto, solo existe un sistema de sanciones, multas, entre otros, como método preventivo y punitivo de control, sin perjuicio de que, en el marco de un juicio colectivo, el juez llame a las partes a conciliación y se logre un acuerdo. No obstante, no podría enmarcarse como un mecanismo paralelo al procedimiento judicial por configurarse dentro del mismo.

1.2 Diferencias e inconvenientes del tratamiento colectivo chileno en contraste con el internacional

1.2.1 Acción judicial colectiva

Del estudio del derecho comparado, podemos advertir que en nuestro ordenamiento jurídico no existe una definición de intereses individuales homogéneos o pluriindividuales, solo existe un concepto de interés colectivo y difuso cuyo criterio de diferenciación es la determinabilidad de los afectados que conforman la clase y la vinculación de hecho o de derecho entre los mismos.

En EE. UU., como vimos, existe un tipo de acción de clase para la defensa de cada tipo de interés: aquella de carácter obligatoria (las *verdaderas acciones de clase*) para la tutela de los intereses transindividuales, y *class action for damages*, que protegen los intereses plurisubjetivos. Lo mismo sucede en Brasil, que también establece una clara diferenciación entre ellos, según el art. 81 del Código de Consumo de dicho país.

En España, sucede una situación muy semejante a la chilena, ya que se puede reclamar de manera colectiva la reparación de daños individuales homogéneos, los que pueden ser a la vez difusos o colectivos, dependiendo de la determinación de los consumidores y del vínculo común que los une. Situación similar que se puede observar en Francia, que solo otorga protección a los intereses plurisubjetivos y lo hace de manera muy restringida, ya que solo se limita a la compensación de daños patrimoniales, excluyendo de esta manera el daño moral.

su solicitud arbitral, pues únicamente aquél que se persone en el arbitraje podrá ver resarcido su interés si el laudo es favorable”. Agrega que: no se trata de un verdadero proceso colectivo en los términos empleados en la vía judicial sino más bien de una especie de acumulación subjetiva de solicitudes arbitrales contra un mismo empresario por una similar causa petendi”.

En definidas cuentas, es posible observar que en los países que se rigen por el derecho continental, a excepción de Brasil, regulan de manera muy escueta e incompleta los distintos tipos de derechos de incidencia colectiva que han aparecido continuamente con el avance de las sociedades y mercados, quedando atrás en términos legislativos si los comparamos con EE. UU. y Brasil.

Por su parte, en Chile, la falta de regulación de los intereses individuales homogéneos genera problemas procesales de gran importancia, porque como sabemos, el alcance de los efectos de la sentencia y la determinación de las indemnizaciones, se configuran de manera distinta en uno u otro caso, lo que finalmente culmina en indefensión e incerteza jurídica.

Por lo tanto, nuestro ordenamiento jurídico reconoce la protección de intereses individuales homogéneos que, por razones de conveniencia práctica, económica y procesal, se tratan como “colectivos”, pues cada consumidor es titular de su derecho, quedando facultado para ejercerlo individualmente, en caso de reserva de acciones. El carácter de homogeneidad la entrega la situación u origen común que vincula a los miembros del grupo.

1.2.2 Métodos alternativos de solución de conflictos colectivos

Con respecto a los ADR en sede de consumidor, en Chile la tutela de intereses colectivos es aplicable tanto al procedimiento judicial como al procedimiento voluntario, lo cual está regulado expresamente en las normas generales del párrafo 1, art. 50 de la LPC, en dicha norma se diferencian los intereses colectivos y difusos de acuerdo a si es posible o no determinar a los consumidores afectados, si los perjudicados son determinados o determinables nos encontramos ante el interés colectivo, pero si son indeterminables o de muy difícil determinación nos encontramos antes un interés difuso. Lo anterior demuestra que nuestra legislación no protege realmente a los intereses supraindividuales, sino que resguarda el interés individual homogéneo que puede coincidir con el concepto de interés colectivo y difuso aplicado en nuestro PVC. Por su parte, los países que protegen expresamente tanto a los derechos supraindividuales como a los pluriindividuales, no contemplan ADR colectivos (como es el caso de Brasil), o bien el acuerdo alcanzado en dicha sede, protege solo al interés colectivo de los consumidores que ingresaron a la clase y no al interés difuso, como pasa en España. Ese es el motivo por el cual quedó plasmado en la LPC un procedimiento sui generis, que no se enmarca en ninguno de los mecanismos alternativos del proceso judicial más tradicionales.

2. Legitimación

Se ha dicho que la legitimación se puede manifestar de dos formas. La primera y más común es la legitimación ordinaria que tiene todo aquel que ejerce su derecho a la acción y es el titular del derecho subjetivo reclamado en su demanda. La segunda es la legitimación extraordinaria, que a contrario sensu, se configura cuando el que reclama la pretensión es alguien distinto al titular del derecho. Sobre este punto existen problemas en relación con el principio “sin interés no hay acción” que, en otras palabras, impide que alguien que no es titular de un derecho subjetivo pueda litigar en un proceso judicial u obtener una sentencia definitiva, sin embargo, la ley lo permite de manera excepcional y, la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores es uno de aquellos casos excepcionales.

2.1 Similitudes y aciertos del tratamiento colectivo chileno en contraste con el internacional

2.1.1 Acción judicial colectiva

En nuestro país existen casos muy particulares en los cuales el legislador permite la legitimación extraordinaria, un ejemplo de ello es la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, que se justifica en sus grandes beneficios sociales y económicos. En lo anterior encontramos el fundamento para que en materia de consumo se contemple la litigación del ausente, el cual se encontrará representado por las AdC al igual que los demás afectados que componen el grupo de consumidores que buscan la reparación de su daño, iniciando un procedimiento judicial.

Por otra parte, entre los legitimados activos que regula el Código del Consumidor brasileño se encuentran las Asociaciones de Consumidores legalmente establecidas al menos por un año de antigüedad, que entre sus propósitos institucionales incluya la protección del consumidor, pero si se trata de la protección de los intereses individuales homogéneos, en caso de “manifiesto interés”, se puede prescindir del requisito de antigüedad.

Distinto es lo que sucede con EE. UU ya que, si la AdC decide incoar una acción colectiva, esta debe haber sido afectada, o al menos alguno de sus miembros, lo cual tiene similitud con Francia, en donde únicamente son las AdC quienes están revestidas de la calidad de legitimados activos, por el contrario, en nuestro país, se señala expresamente que una AdC

puede representar a la clase de consumidores, sin necesidad de vínculo formal de representación. No obstante, en la legislación norteamericana, de todas formas, el art. 23 de la FRCP impone a las partes representativas el deber de proteger “justa y adecuadamente los intereses de la clase,” lo que no sucede en el país galo.

Ahora bien, en España existe un tratamiento similar en relación con nuestro país, ya que permite que una AdC, pueda demandar la tutela de intereses colectivos o difusos y para ello, dicha entidad debe cumplir con los requisitos respectivos, lo cuales pueden ser más o menos estrictos dependiendo de si el interés afectado es colectivo o difuso. Además, la ley española, cuando faculta al juez para revisar si los intereses de los consumidores están representados adecuadamente, le entrega al magistrado un criterio meramente cuantitativo, lo que se contradice con el hecho de que los efectos de la sentencia dictada en sede colectiva alcance a todos los afectados y no solo a los que dedujeron su pretensión en juicio. En este último caso, es una importancia sustantiva el examen de la representatividad adecuada recaiga en criterios de fondo.¹⁷⁹

2.1.2 Métodos alternativos de solución de conflictos colectivos

En EE. UU el legitimado activo que actúa en representación de la clase ante el árbitro competente, debe cumplir de igual manera los requisitos del art. 23 (a) y (b), por lo tanto, en nuestro país existe la ventaja de que el PVC puede iniciarse tanto por una AdC, por el SERNAC e incluso a solicitud del proveedor, lo que tiene su justificación en el hecho de que Chile, se trata más de un mecanismo autocompositivo que de uno hetero compositivo.

Luego, en Francia existe la mediación colectiva en materia del consumo cuyos principios y formalidades son muy similares a nuestro PVC, empero, la diferencia fundamental entre una y otra institución jurídica, es que la primera no está contemplada como ADR propiamente tal, sino que únicamente es posible arribar a un acuerdo en sede de mediación estando en el marco de un procedimiento judicial y no como alternativa al mismo.

En España existe un sistema de arbitraje de consumo colectivo, que puede iniciar de oficio la junta Arbitral de Consumo o a petición de la AdC, pero no faculta al proveedor infractor para hacerlo, así como pasa en nuestro país, limitando así las posibilidades de la obtención de una solución extrajudicial. Ahora bien, lamentablemente, el arbitraje colectivo no puede

¹⁷⁹ En ese sentido también: Giannini, Leandro. La representatividad adecuada en los procesos colectivos. Op. Cit., p.161.

comenzar a petición de un grupo de consumidores o usuarios, solo podrán ser representados por la Junta Arbitral de Consumo o las AdC y únicamente respecto de aquellos que han manifestado su voluntad de ingresar y ser parte del laudo arbitral.

Por último, nada se puede decir de Brasil en materia de ADR colectivos en sede de consumidor, ya que por el momento no existe de manera clara tal institución.

2.2 Diferencias e inconvenientes del tratamiento colectivo chileno en contraste con el internacional

2.2.1 Acción judicial

En Brasil, las AdC cuando obran en defensa de los intereses individuales homogéneos, están facultadas para prescindir del requisito de la antigüedad de estas, que como ya vimos, procede en ciertos casos. En Chile, no existe tal y por eso que cierto sector de la doctrina nacional se ha manifestado disconforme con la realidad de las AdC en Chile¹⁸⁰. Sobre este punto cabe recordar, de todas formas, que en nuestro país las AdC deben estar constituidas a lo menos con 6 meses de anticipación y el principal objetivo es impedir “la constitución oportunista de asociaciones para un caso específico”.¹⁸¹

En España no existe un mínimo de consumidores facultados para demandar, sino que basta con “que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados”, por lo tanto, en principio, en España sí existe podemos hablar de acciones de clase que protegen el interés colectivo o difuso de los consumidores.

En Francia, las AdC están facultadas para actuar en defensa de los intereses individuales de los consumidores que hayan sufrido daños individuales provenientes de un mismo proveedor y que se encuentren claramente identificados. Así lo señala expresamente el Código franco, razón por la cual no hay lugar a dudas de que no existe protección colectiva sobre intereses transindividuales.

¹⁸⁰ Vargas, Juan, El Rol de las Asociaciones... Op. Cit. pp. 353-372.

¹⁸¹ Ibid.

2.2.2 Métodos alternativos de solución de conflictos colectivos

En el PVC chileno, como se ha dicho, es legitimado activo tanto el SERNAC, la AdC a través de una denuncia fundada e incluso el proveedor. Sin embargo, respecto de las AdC, existe un problema de legitimación dentro del PVC que no cabe respecto del procedimiento judicial colectivo y es que la LPC regula expresamente, en el caso del segundo (procedimiento judicial), que la AdC represente a todos los consumidores afectados, incluso si no son representados por ella, así fluye del art. Art. 51 N.º 4 de la ley comentada. El problema es que no existe tal regulación respecto del PVC, lo que técnicamente significa que la AdC solo puede representar a aquellos consumidores que le han otorgado el mandato para tal efecto, ya que entre las funciones que la LPC encomienda a las AdC está la de: “d) Representar a sus miembros y ejercer las acciones a que se refiere esta ley en defensa de aquellos consumidores que le otorguen el respectivo mandato”.

Las consecuencias de la interpretación anterior respecto a la legitimación son las siguientes: en el caso del PVC, la legitimación activa de las AdC sería ordinaria y no extraordinaria como sucede en el procedimiento especial para la protección del interés colectivo y difuso de los consumidores. De lo anterior se desprende, primero, que el PVC no es un método alternativo de resolución de conflictos colectivos consumerista, porque realmente no es una excepción a la regla general de legitimación ordinaria, y segundo, la posibilidad de la AdC de iniciar el PVC se configura como un presupuesto procesal (el de capacidad para ser parte) y no de legitimación.

La misma idea es replicada en España en el caso de la Junta de Arbitral de Consumo, sin embargo, esta legislación únicamente permite a la AdC iniciar el procedimiento arbitral, por lo tanto, los consumidores deben acudir a ellas para que los representen, quedando únicamente vinculados aquellos que se personaron, salvo que la misma Junta lo haga de oficio.

En EE. UU. ocurre algo muy parecido con el *class arbitration*, pues el representante debe necesariamente ser de aquellos afectados directamente por el daño. La diferencia es que, en el caso del arbitraje de clase, por la naturaleza misma de dicho método hetero compositivo, requiere de una fuente, que en general es una cláusula arbitral.

Para finalizar, en Francia sigue la misma idea de las legislaciones anteriores, pero en sede de mediación, permitiendo únicamente a la AdC obtener un acuerdo. La gran diferencia es que, como bien se dijo, solo puede arribar a un acuerdo de mediación dentro del procedimiento judicial y no de manera paralela a él.

3. Tramitación

3.1 Similitudes y aciertos del tratamiento colectivo chileno en contraste con el internacional

3.1.1 Acción judicial

La figura del representante adecuado resulta ser de suma importancia en la defensa colectiva, ya que, en principio, es una característica *sine qua non* la defensa del ausente. La adecuada representación es un criterio para examinar por el juez tanto en Chile y especialmente en EE. UU. Otro elemento en común en ambos países dice relación con la notificación al público, ya sea de la certificación de la clase (EE. UU, solo respecto a las class action for damages), como de la resolución que acoge una demanda colectiva (Chile). Cabe agregar que, con respecto a la notificación, Brasil ordena que, tratándose de la protección del interés individual homogéneo, es preciso la publicación en un diario oficial, regla que no es aplicable en caso de defensa del interés colectivo o difuso.

De otra parte, tanto en nuestro país como en Francia (en el procedimiento ordinario), el juez está facultado para realizar grupos o subgrupos de consumidores con características en común basándose en elementos que permitan la cuantificación del daño. Incluso, en ambos la forma de ejecución de la sentencia final se encuentra bastante regulada, por lo que es posible desprender que el legislador busca la efectiva reparación de los daños perpetrados a los consumidores, en caso de quedar establecida la responsabilidad del proveedor.

3.1.2 Métodos alternativos de solución de conflictos colectivos

La tramitación de los ADR en cada país es diversa y difícil de comparar, toda vez que en ninguno de los casos estudiados existe una figura similar al PVC chileno. Lo que sí es posible establecer, como cierto, es que todos los países estudiados, salvo Brasil, contemplan o al menos intentan implementar una alternativa para resolver el conflicto colectivo, dada su

simplicidad, bajo costo y rápida tramitación sin necesidad de recurrir a la justicia ordinaria. En ese sentido se ha visto no solo en las naciones antedichas, sino que en diversos países los beneficios de establecer diferentes mecanismos de ADR, incluso Francia intentó implementar esta alternativa, pero dentro de su procedimiento judicial.

El arbitraje colectivo, eso sí, es la alternativa más utilizada en la práctica, imaginamos, por su flexibilidad y rápida adaptación a las nuevas realidades, la especialización técnica de los árbitros, o bien la rapidez relativa de su tramitación, características que quiso recoger también nuestro PVC, por ejemplo, estableciendo como ordenador del procedimiento a una unidad especializada e independiente del SERNAC o estableciendo límites temporales para el ejercicio de ciertas facultades.

3.2 Diferencias e inconvenientes del tratamiento colectivo chileno en contraste con el internacional

3.2.1 Acción judicial colectiva

Sin perjuicio de lo anterior, en el país norteamericano existe una reglamentación mucho más detallada acerca de los requisitos de admisibilidad de la acción, ya que la certificación de la acción de clase queda supeditada a la existencia de cuestiones comunes entre los afectados (*predominance*) y a la superioridad de esta forma procesal frente a otras (*superiority*). A nuestro criterio, en Chile resulta menos complejo deducir una acción colectiva, ya que el examen de admisibilidad de la demanda se limita solo a aspectos formales y no fondo, contrario a lo que ocurre EE. UU. por lo que cabe concluir que en nuestro país se cumple el principio pro-consumidor en el sentido de destrabar el acceso a la justicia con barreras de acceso a la misma.

En EE. UU. existe la “certificación” de la clase, labor que realiza el juez para declarar que los requisitos de legitimación y de capacidad procesal para demandar en sede colectiva son cumplidos por el sujeto activo, voz ajena al derecho chileno y el español, en que el juez se limita solo a examinar los requisitos de forma. No obstante, en estas dos últimas legislaciones el examen es formal, ya que no existe una acción colectiva que proteja exclusivamente los intereses transindividuales lo que sí se justifica en el país norteamericano.

En Francia también existe la “certificación” de la clase tratándose del procedimiento ordinario, sin embargo, se le otorga ese nombre al mero examen de los requisitos procesales de la acción colectiva.

3.2.2 Métodos alternativos de solución de conflictos colectivos

La desventaja que existe sobre este punto descansa en el riesgo y en la creencia de que los métodos alternativos de resolución de conflictos son de “segunda clase”, en otras palabras, la justicia que resuelve los pleitos es menos valiosa que la impuesta por los tribunales ordinarios, sobre todo en lo que a tramitación se trata.

Tanto EE. UU como España contemplan un sistema de arbitraje colectivo y tal como se desprende de la naturaleza misma de este método, solo es compatible para la protección de los intereses individuales homogéneos. En cambio, en Francia está contemplado un sistema de mediación dentro del procedimiento judicial.

Ahora bien, en Chile existe un procedimiento de naturaleza híbrida que recoge lineamientos tanto de arbitraje y de mediación, sin embargo, el gran problema de dicho método alternativo es que le es ajeno el concepto de intereses individual homogéneo, pese a que como ya hemos reiterado, es el único tipo de interés, técnicamente, que protege. Es muy probable que el legislador tuviera en cuenta lo anterior a la hora de regular el PVC, por ello tomó ciertas características de ambos métodos y estableció un procedimiento innovador en nuestro sistema, con el fin de poner término a las mediaciones colectivas y darle al consumidor un procedimiento más seguro, eficaz y rápido, pero al no contar con la experiencia comparada y al ver que en los sistemas empleados en otras legislaciones, no existe un único e infalible método como alternativa a la justicia ordinaria, el legislador optó por crear el PVC.

4. Alcance de la cosa juzgada

En general, en la tutela colectiva, técnicamente, el legislador crea una ficción legal que permite que los efectos de la sentencia pronunciada por el tribunal se extiendan a todos los consumidores afectados y no solo a los que ejercieron su acción, haciendo valer una legítima pretensión, lo que se conoce como efecto ultra partes.

En el ámbito nacional, la LPC le otorga efecto erga omnes a la sentencia dictada en sede colectiva, con la excepción de los consumidores que (i) hayan incoado una acción particular

y en ese juicio se haya llamado a las partes a oír sentencia y, (ii) que hayan efectuado reserva de sus derechos. El acuerdo arribado en el marco del PVC, por su parte, produce efectos erga omnes si y solo si el juez civil competente lo aprueba.

En seguida, cabe mencionar que a pesar de que, en el del procedimiento judicial, a primera vista existe un sistema de salida de los consumidores que quieren salvaguardar su acción particular, también la LPC concede la posibilidad de ingresar a la clase, una vez que se hayan publicado los avisos correspondientes a la notificación a los consumidores que puedan resultar afectados por la conducta del proveedor. Por lo tanto, pareciera que se establece un método mixto, tanto de entrada como de salida a la acción colectiva.

Luego, el acuerdo arribado dentro del PVC también tiene efecto erga omnes, pero se estipula un mecanismo de salida que permite a los consumidores no quedar vinculados con las obligaciones que emanan del mismo, una vez publicado este en los medios destinados para ese efecto. El aspecto problemático del efecto erga omnes del acuerdo colectivo es que no produce dicho efecto de manera inmediata, sino que sólo cuando se sujete a la aprobación judicial y se aprueben los contenidos mínimos que debe contener en virtud de la ley. En caso contrario, es decir, de rechazarse el acuerdo, ¿a quién vinculará? Para responder, habrá que analizar caso a caso aquellos que pueden dar inicio al PVC en relación con la determinación o no de los consumidores afectados.

Otra interrogante que surge es sobre qué ocurre si el SERNAC de oficio, da inicio al procedimiento voluntario y logra un acuerdo con el proveedor, pero una vez sometido a la aprobación del juez, este acuerdo es rechazado, ¿sobre quién surtirá efectos en ese caso?, teniendo en cuenta que un acuerdo rechazado tendrá las mismas consecuencias que una transacción extrajudicial. Además, debemos tener presente que el Servicio es un organismo destinado, entre otras cosas, a la protección del interés público, o sea, a todo aquel que se encuentre en una relación de consumo y que se enmarque en la definición de consumidor presente en el N°1 del art. 1 de la LPC. Frente a ello, no es baladí cuestionarse sobre la manera en que los consumidores, cuando sean representados por el Servicio, puedan ser vinculados por el acuerdo, es decir, cómo ingresarán a la clase, ya que no existe regulación que entregue una solución, sobre todo en el caso de afectación del interés difuso, toda vez que por expresa mención legal, en ese caso los consumidores son indeterminados o de difícil determinación.

Lo mismo sucede cuando el proveedor accede voluntariamente a participar del PVC, pues la ley tampoco regula cómo se efectuará la determinación de los consumidores afectados, sobre todo cuando estamos ante intereses difusos y es difícil o imposible la determinación de los afectados.

En el caso de las AdC, la respuesta es distinta. Recordemos que en el PVC no existe regla expresa que les permita representar a los consumidores sin necesidad de mediar un vínculo formal, por lo que habría que aplicar la regla que mandata a las AdC exclusivamente a defender los intereses de sus representados. Lo anterior, debe interpretarse en conjunto con el Reglamento del PVC, que señala uno de los elementos que debe contener la denuncia fundada que da inicio al procedimiento, en el caso de la AdC son “los antecedentes sobre la individualización de los consumidores potencialmente afectados, en caso de que corresponda.”. En definitiva, si el acuerdo es rechazado, y el procedimiento fue incoado por una AdC, los consumidores afectados serán los que señala la misma en la denuncia fundada, en caso de protección del interés colectivo, pero en caso del interés difuso, no habría manera de hacer efectiva la reparación de los consumidores que caigan en esta categoría, ya que no son de fácil determinación los afectados.

Terminada la vinculación entre legitimación y cosa juzgada, cabe realizar el contrapunto entre esta última y el tipo de interés protegido.

Anteriormente, hemos concluido que la legislación nacional otorga propiamente protección a los derechos individuales homogéneos de los consumidores, cuestión que es replicada en todos los ordenamientos jurídicos analizados, aunque la mayoría también extiende la protección a los transindividuales.

Lo anterior tiene relevancia cuando se vincula con el efecto de cosa juzgada que produce la acción colectiva porque es del todo coherente que un pleito colectivo fundado en la lesión del interés colectivo o difuso de un grupo de personas culmine en una sentencia definitiva, que afecte a todo el grupo. En este punto es de suma importancia el análisis de los requisitos sustanciales y formales de la representación adecuada, dado que un mal representante, perjudicará a todo un grupo de personas que están impedidos de desvincularse de la prestación que contenga la sentencia colectiva.

Sin embargo, en la vereda contraria se ubican las acciones que protegen derechos subjetivos individuales, que son divisibles y que tienen un origen común (de hecho, o de derecho), que se les da un tratamiento conjunto por “razones de conveniencia (economía procesal y acceso a la justicia de pretensiones individualmente inviables (...)) motivan a la reglamentación de esta categoría”¹⁸². En este caso, la implementación de un sistema de entrada o de salida a la clase es absolutamente razonable, ya que no existen problemas relacionados con la divisibilidad o la titularidad del derecho.

4.1 Similitudes y aciertos del tratamiento colectivo chileno en contraste con el internacional

4.1.1 Acción judicial

En EE. UU, el efecto de cosa juzgada de la sentencia definitiva va a depender del tipo de acción de clase que se trate, independiente de si sea favorable o desfavorable para la clase. En caso de las *class action mandatory*, el efecto de cosa juzgada de la sentencia es erga omnes absoluta, lo que significa que ningún consumidor que integre el grupo puede restarse de alguna manera. Por su parte, en las denominadas *class action for damages*, el efecto de la sentencia es el mismo que en la hipótesis anterior, sin embargo, existe un sistema de salida que permite a los miembros del grupo restarse de los efectos de esta, lo que se justifica porque el interés protegido corresponde a uno de carácter subjetivo e individual cuyo titular es determinado o determinable, pero que se trataron de forma conjunta por criterios de justicia material y de eficiencia en el proceso.

Las acciones de clase reguladas en Brasil resultan ser muy interesantes de analizar si a cosa juzgada se refiere, tal como se pudo manifestar en el capítulo 3, pero en atención al título del párrafo, la similitud de dicha regulación en contraste con la nuestra se encuentra, al igual que en EE. UU, en el reconocimiento y protección de los derechos pluriindividuales que, en las 3 hipótesis, la sentencia tiene efectos ultra partes, con ciertos matices.

Francia, por su parte, contempla dos sistemas: cuando se sigue el juicio colectivo bajo las reglas del procedimiento ordinario, el consumidor afectado debe manifestar expresamente su intención de ser parte del litigio (opted in), en cambio, si es aplicable el procedimiento

¹⁸² Giannini, Leandro. La representatividad adecuada en los procesos colectivos. Op. Cit., p. 102.

simplificado, los consumidores pueden rechazar el efecto de la sentencia, optando por salir y quedando a salvo la posibilidad de demandar individualmente (opted out). En suma, en la legislación francesa no existe litigación ordinaria y, por lo tanto, los efectos de la sentencia sólo se radican en aquellos titulares del derecho subjetivo afectado o, mejor dicho, la sentencia tiene efecto relativo. Finalmente, la AdC -única “legitimada activa”- para impetrar la acción colectiva constituye lo que se conoce como litisconsorcio.

En lo referente a España, ocurre algo particular en relación con el tipo de intereses tutelado y la cosa juzgada en materia colectiva. Con relación a los primeros, recordemos que la ley protege tanto a los intereses transindividuales como pluriindividuales, ya que el criterio de distinción en este caso es la determinación o no de los consumidores que conforman el grupo y la sentencia que resuelva el pleito colectivo afectará a la totalidad de miembros, estén o no determinados, sin posibilidades de exclusión lo que, dicho sea de paso, es bastante discutible en términos de debido proceso. En nuestro país pasa igual, salvo que existe un sistema de salida claramente establecido.

4.1.2 Métodos alternativos de solución de conflictos colectivos

En Estados Unidos, la solución que brinda el ADR colectivo, al igual que en Chile, debe constar por escrito y se debe especificar a quienes alcanzará el acuerdo, por lo tanto, en ambos casos el interés o derecho protegido es fácilmente identificable.

En España, también se contempla el arbitraje de consumo y protege los mismos intereses que en Chile y EE. UU, pues vincula sólo aquellos que participaron del arbitraje por voluntad propia una vez realizada la notificación o bien porque el consumidor ya era participante, anteriormente, de un arbitraje con el proveedor, pero de manera individual.

Francia dista de las directrices anteriores, sin perjuicio de que coincide con nuestra legislación, en cuanto a que tanto la mediación como el acuerdo colectivo, deben ser aprobados por el juez competente, se deben plasmar las medidas de publicidad necesarias con el fin de notificar a los consumidores e indicar los plazos de cumplimiento y cómo se va a llevar a cabo, cuestión muy parecida a los “planes de cumplimientos” establecidos en nuestra LPC.

4.2 Diferencias e inconvenientes del tratamiento colectivo chileno en contraste con el internacional

4.2.1 Acción judicial colectiva

El tratamiento que hace nuestra LPC en relación con la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores existe una gran y evidente confusión y es que el efecto erga omnes de la acción cuya regulación hemos estudiado, en nuestro país, no es absoluto y el motivo es que los consumidores que tienen un vínculo con la pretensión deducida pueden excluirse del litigio colectivo, lo que demuestra que en la LPC chilena lo que existe en realidad es la protección de intereses pluriindividuales y no propiamente transindividuales.

Como ya vimos, en EE. UU. existe una clara diferenciación legislativa entre las acciones de clase obligatorias y las que no lo son, siendo estas últimas las que más se parecen a lo que existe en la LPC chilena, ya que protegen intereses individuales que se tramitan conjuntamente por los beneficios prácticos que lleva consigo. En Brasil también existe una diferencia en términos de reglamentación legal, distinguiendo los efectos de la sentencia en protección del interés colectivo y difuso (erga omnes, sin limitaciones) y el pluriindividual (erga omnes, solo en el caso de que el conflicto sea resuelto en favor del grupo) e incluso, el interés proteccionista va más allá pues en este último caso, la sentencia dictada en contra de la clase tendrá efectos relativos exclusivamente, interpretándose que otros consumidores que se enmarquen en este grupo, también pueden impetrar una acción grupal, ya que no ha precluido la acción.

Por su parte, España y Francia establecen de manera expresa que la protección “colectiva” se remite exclusivamente a la de los intereses individuales homogéneos y, por tanto, los efectos de la sentencia se abocan a aquellos consumidores con interés en el juicio, incluso si no litigaron activamente en el juicio. En definitiva, el efecto erga omnes, en términos procesales, será ultra partes, pero la legitimación activa la tienen solo aquellos consumidores cuyos derechos fueron afectados.

4.2.2 Métodos alternativos de solución de conflictos colectivos

Lamentablemente, en nuestro país, el acuerdo colectivo que dirime la controversia tiene efecto “erga omnes” limitado. Lo que quiere decir que, más allá de los términos confusos en lo que se encuentra redactada la norma, el acuerdo, en principio, será efectivo para todo el

grupo sólo si se aprueba por el tribunal competente, de lo contrario, tendrá efectos relativos. En Estados Unidos, esta situación no ocurre porque el laudo final del arbitraje colectivo tiene efecto relativo, ya que solo atañe a aquellos que participaron del mismo, situación que no es objeto de discusión, lo mismo que sucede en el arbitraje colectivo español. Por su parte, en EE. UU, también es posible impugnar el laudo arbitral ante la justicia ordinaria, cuestión que aún no está resuelta en la legislación nacional, ni tampoco en España.

En Francia, al contrario de Chile, la mediación colectiva ofrece un sistema de entrada para que los consumidores puedan ser alcanzados por los términos del acuerdo dictado en el marco de la mediación. Esta solución tiene mucho más sentido en cuanto ADR colectivo, no así en Chile, en donde en el PVC tendrá efectos relativos si no es aprobado el acuerdo en sede judicial.

CONCLUSIONES

El principal problema del derecho de consumo es el establecimiento de mecanismos que hagan efectivo el cumplimiento de los principios que rigen al derecho de protección al consumidor y que sean congruentes con la situación que se produce cuando el consumidor sufre un daño atribuible a un proveedor, pero que, a su vez desincentiva la reclamación de la reparación del perjuicio ante tribunales u otras instancias, debido a que los costos de llevarlo a cabo son mucho mayores al beneficio que obtenga con las resultas del juicio o un posible acuerdo.

La implementación de la litigación colectiva, tanto judicial como extrajudicial, resulta ser en sí mismo un método de hacer cumplir la ley de protección al consumidor y sus principios, lo que se conoce como *enforcement*.

El creciente desarrollo social y económico del mundo actual ha provocado la necesidad de reconocimiento y protección de los derechos que pertenecen a toda la sociedad y no solo a los sujetos en particular, lo que se conoce como derechos o intereses supraindividuales, categorizados en colectivos (interés colectivo y difuso) y homogéneos.

Existe un tipo especial de interés individual subjetivo que, por razones prácticas y económicas, para efectos procesales, se tratan como “colectivos”, sin embargo, no lo son técnicamente. Así lo reconoce la doctrina de manera consistente.

Con el fin de responder a la pregunta planteada: (i), se analizaron las acciones y métodos alternativos de resolución de conflictos colectivos en el derecho comparado, con base en los siguientes criterios: (a) legitimación activa; (b) tipo de interés protegido; (c) tramitación; (d) efectos de la sentencia colectiva.

Las herramientas utilizadas en el derecho comparado para brindar protección a los derechos supraindividuales e individuales homogéneos, fundamentalmente son: (i) establecer una regla que permita incoar una acción que busque satisfacer la pretensión deducida, acción que requiere la existencia de un vínculo; y (ii), donde se habla de acciones de clases en estricto rigor, la herramienta o mecanismo utilizado es la consagración de intereses supraindividuales o de interés común, lo que significa que se otorga una legitimación extraordinaria a determinados sujetos o entidades para actuar en juicio, sin el consentimiento

de cada uno de los afectados, en virtud de un interés de tanta importancia que merece tal consideración legal para su protección.

En Chile, la protección del interés colectivo y difuso de los consumidores se aboca al derecho de protección al consumidor regulado en la LPC. Dentro de los más importantes principios que rigen a dicha ley, encontramos el principio de protección al consumidor y el principio de indemnidad del consumidor, que emana de las reglas generales de responsabilidad, entendida “indemnidad” como el estado o situación de quien está libre de daño o perjuicio.

Nuestro ordenamiento jurídico reconoce la protección de intereses individuales homogéneos que, por razones de conveniencia práctica y procesal, se tratan como “colectivos”, pues cada consumidor es titular de su derecho, quedando facultado para ejercerlo individualmente, en caso de reserva de acciones. El carácter de homogeneidad le entrega la situación u origen común que vincula a los miembros del grupo.

El análisis del derecho comparado permite concluir que, en los países regidos por el sistema de derecho continental, a excepción de Brasil, excluyen de protección a los intereses colectivos y difusos.

El arbitraje resulta ser un método híbrido entre la mediación y el procedimiento judicial que mejor se adapta a la protección actual de los intereses individuales homogéneos, ya que la LPC, hasta el momento, desconoce la existencia de acciones de clases propiamente tales.

La causa de que el PVC no cumpla con el objetivo para el que fue creado es su insuficiente regulación, lo que produce, consecuentemente, la desprotección del consumidor, el incumplimiento de los principios que lo rigen y como efecto colateral, desincentivan su utilización o al menos genera desconfianza e incentivan la interposición de demandas en sede judicial.

Existe una falta de tecnicidad de los conceptos utilizados en nuestra ley y una mezcolanza de figuras o instituciones jurídicas de los que debiese hacerse cargo el legislador.

BIBLIOGRAFÍA

Aguirrezabal, Maite. Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos). Revista chilena de derecho [en línea]. Enero-abril 2006, vol. 33, no. 1. [fecha de consulta: 13 de enero de 2022]

Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372006000100005&lng=pt&nrm=iso&tlng=es

ISSN: 0718-3437

Aguirrezabal, Maite, La extensión de los efectos de la sentencia dictada en procesos promovidos para la defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios: régimen en la ley chilena de protección del consumidor. Ius et Praxis [en línea]. 2010, Vol. 16, n. 1. [fecha de consulta: 13 de enero del 2022]

Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122010000100005#n5

ISSN: 0718-0012

Aguirrezabal, Maite, Intereses difusos, colectivos e individuales homogéneos. En: Contardo, Juan, Ortega Felipe y Fuentes, Claudio (coordinadores). 2019. Litigación en Materia de Consumidores. Dogmática y Práctica en la Reforma de fortalecimiento al SERNAC. Santiago, Chile, Legal Publishing.

Barrientos, Francisca. ¿Cuándo convendría seguir un procedimiento voluntario ex mediaciones colectivas? El Mercurio Legal: Santiago, Chile, 19 de diciembre del 2017. [fecha de consulta: 19 de diciembre del 2019]

Disponible en: <https://derecho.udp.cl/el-mercurio-legal-cuando-convendria-seguir-un-procedimiento-voluntario-ex-mediaciones-colectivas-francisca-barrientos/>

Barrios, Dante. Introducción al estudio del proceso. La psicología y la sociología del proceso, El ombudsman, La defensa de los intereses difusos. Buenos Aires, Argentina: De palma, 1983.

ISBN: 950-14-0092-1

Barros Bourie, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual [en línea]. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006 [fecha de consulta: 12 de enero de 2022]

Disponible en: <http://bibliografias.uchile.cl.uchile.idm.oclc.org/files/presses/1/monographs/3598/submission/proof/index.html#217>

ISBN: 978-956-10-1731-3

Benöhr, Iris. EU Consumer Law and Human Rights [en línea]. tomo 1. London: Oxford University Press, 2013. [fecha de consulta: 25 de febrero de 2022] p. 16.

Disponible en: <https://oxford-universitypressscholarship-com.uchile.idm.oclc.org/view/10.1093/acprof:oso/9780199651979.001.0001/acprof-9780199651979-chapter-2>

ISBN: 9780199651979

Bentham, Jeremy, Los principios de la moral y la legislación. 1ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Editorial Claridad S.A. 2008.
ISBN: 978-950-620-233-0

Carnelutti, Francesco. Sistema de Derecho Procesal Civil. (traducción Alcalá-Zamora, N. y S. Sentis Melendo). Vol. 1. Buenos Aires: Uteha, 1944.

Coase, Ronald. La empresa, el mercado y la ley. Madrid: Alianza Editorial.1994. Madrid.

Condomí, Alfredo. Primeros pasos en el Derecho del Consumo: el mensaje presidencial "Kennedy" de 1962. Sistema Argentino de información jurídica. 18 de Julio de 2019 [fecha de consulta: 12 de enero del 2022]

Disponible en: <http://www.sajj.gob.ar/alfredo-mario-condomi-primeros-pasos-derecho-consumo-mensaje-presidencial-kennedy-1962-dacf190119-2019-07-18/123456789-0abc-defg9110-91fcanirtcod?&o=797&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%Etica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=9714>

Contardo, Juan, Ortega Felipe y Fuentes, Claudio (coordinadores). 2019. Litigación en Materia de Consumidores. Dogmática y Práctica en la Reforma de fortalecimiento al SERNAC. Santiago, Chile, Legal Publishing.

Cooter, Robert. y Ulen, Thomas. Derecho y economía. 6a. ed. México. Fondo de Cultura Económica, 2016.
ISBN: 978-607-16-4310-0

Cordón, Faustino. Sobre la legitimación en derecho procesal. Revista Chilena de Derecho [en línea]. Abril-junio 1998, vol. 25. no. 2. [fecha de consulta: 14 de enero de 2019]
Disponible en: <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/14693>
ISSN: 0716-0747

Couture, Eduardo. Vocabulario jurídico. 1ª. ed. Buenos Aires, Argentina: De palma, 1993.
De La Maza Gazmuri, Iñigo; ¿Por qué el Estado y no el Mercado?; Revista chilena de derecho privado, N° 1, año 2003, p. 114.

Fernández, Enrique. Class action: a common form of representative litigation in the United States of America. Special reference to the validity of class action waivers and class actions regulation under Spanish law. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña [en línea]. Enero 2018, vol. 21. [fecha de consulta 23 de enero 2021]
Disponible en: <https://doi.org/10.17979/afdudc.2017.21.0.3272>
ISSN: 1138-039X

Ferreres, Alejandro. las acciones de clase ("class actions") en la ley de enjuiciamiento civil. Revista Actualidad Jurídica Uría y Menéndez [en línea]. Mayo-agosto 2005. No. 11. [fecha de consulta: 4 de julio de 2019]

Disponible en: <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1380/documento/articuloUM.pdf?id=3210>
ISSN: 2174-0828

Folberg y Taylor. Mediación. Resolución de conflictos sin litigios. D.F. México: Editorial Limusa. 1996.
ISBN: 968-18-4343-6

Giannini, Leandro. La representatividad adecuada en los procesos colectivos (Adequacy of Representation in Class Actions). SSRN Electronic Journal [en línea]. Enero de 2006. [fecha de consulta: 19 de marzo de 2022]
Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2458201

Giannini, Leandro, La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos, 1a. ed. La Plata: Editora Platense, 2007.

Gidi, A. 2003. Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, En: GIDI, A. y FERRER MAC GREGOR, E. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica, México, Porrúa.

Gidi, Antonio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. 1995, p. 16. Véase en: Leal, Márcio. Ações coletivas: história, teoria e prática, 1998

Gidi, Antonio. Class Actions in Brazil: A Model for Civil Law Countries. The American Journal of Comparative Law [en línea]. Abril 2003, vol. 51, No. 2. [fecha de consulta: 13 de enero del 2022]

Disponible en: https://www-jstor-org.uchile.idm.oclc.org/stable/3649151?refreqid=excelsior%3A3a06ae0ff7c90c70abe16bfd500821eb&seq=1#metadata_info_tab_contents
ISSN: 2326-9197

Gidi, Antonio. Las acciones colectivas en Estados Unidos. Direito e Sociedade [en línea]. Enero-junio 2004, vol. 3, no. 1. p. 16. [fecha de consulta: 25 octubre 2020]
Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/79069595.pdf>.
ISSN: 2318-8081

González, Gabriel, Holz, Augusto, Silva, Luis Miguel y Torres, Katherine. ¡Pero si es más caro reclamar! La class actions: una alternativa para solucionar conflictos de intereses con pretensiones de reducida cuantía. IUS ET VERITAS [en línea] 2004, no. 28 [fecha de consulta: 10 de febrero de 2022]
Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16062>

Gutiérrez de Caviedes, Pablo y De Caviedes, Hidalgo. La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: Colectivos y difusos. Navarra, España: Aranzadi, 1999.
ISBN: 84-8410-412-5

Kitzberger, Philip. Eficiencia, justicia y política en el sentido de Pareto. Boletín de la Sociedad Argentina de Análisis Político 5.8, 1999.

López, Javier. Derechos del consumidor: Consagración constitucional en Latinoamérica. Revista e-mercatoria [en línea]. Diciembre, 2003, vol. 2, no. 2. [fecha de consulta: 6 de noviembre de 2019]

Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3628508.pdf>

ISSN: 1692-3960

Martínez, Gonzalo. La garantía de indemnidad en Chile: análisis normativo y comparativo desde el derecho comparado y el common (Indemnity guarantee in Chile: normative and comparative analysis from comparative law and the common law). Revista de Derecho Universidad Católica del Norte [en línea]. 2012, vol. 19, no. 2. [fecha de consulta 20 de noviembre 2019]

Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532012000200011

ISSN: 0718-9753

Maturana, Cristián y Mosquera, Mario. Breves nociones acerca de la cosa Juzgada. Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 1991.

Montesinos, Ana. La tutela extra jurisdiccional de los derechos e intereses colectivos. InDret: Revista para el Análisis del Derecho [en línea]. 2018, no. 3. [fecha de consulta 24 de octubre de 2020]

Disponible en: <https://indret.com/wp-content/uploads/2018/07/1399.pdf>

ISSN: 1698-739X

Montero, Juan. Introducción al Derecho. Jurisdicción, acción y proceso. Madrid, España: Tecnos, 1976.

Morales, María. Algunos mecanismos de control de cláusulas abusivas en el ordenamiento jurídico chileno. Revista de Derecho: Universidad Católica de la Santísima Concepción [en línea]. 2016, no. 32

Disponible en: https://derecho.ucsc.cl/wp-content/uploads/2018/07/REVISTA_DERECHO_32.pdf

ISSN 0717-0599

Morales, María. Control Preventivo de cláusulas abusivas. Santiago: Ediciones DER, 2018. ISBN: 978-956-9959-19-6

Pellegrini, Ada. De la “class action for damage” a la acción de clase brasileña. Requisitos de admisibilidad. Ius et veritas. [en línea]. 2001, no. 23. [fecha de consulta: 10 de enero 2022]

Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16017/16441>

ISSN: 1995-2929

Persky, Joseph. Retrospectives the ethology of homo economicus, The Journal of Economic Perspectives [en línea]. Primavera 1995, vol. 9. no. 2. [fecha de consulta 10 de enero de 2022].

Disponible en: <https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.9.2.221>

ISSN: 0895-3309

Pinochet, Ruperto, ¿Integra el derecho de consumo el derecho civil, el derecho mercantil o conforma una disciplina jurídica autónoma? En Guzmán Brito, Alejandro (editor científico): Estudios de Derecho Civil III. Jornadas nacionales de derecho civil Valparaíso, 2007, Santiago (Chile): Legal Publishing.

Rodríguez, Javier. Contexto y construcción de la regla “interpretatio contra proferentem” en la tradición romanista: Aspectos histórico-comparativos de un principio de interpretación contractual. Revista de Derecho Privado [en línea]. Enero-junio 2008, no 14. [fecha de consulta: 30 de marzo de 2022]

Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/4175/417537590003.pdf>

ISSN: 0123-4366

Roemer, Andrés. Derecho y economía: una revisión de la literatura. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México y Fondo de Cultura Económica, 2000.

Rojo, Martina. Las acciones de clase en Francia. Revista de Derecho del Consumidor [en línea]. Febrero 2019, no. 6. [Fecha de consulta: 06 de septiembre de 2019]

Disponible

en:

https://ar.lejister.com/articulos.php?Hash=4d5edf8695e781babb7477b3723573a5&hash_t=f2f396cefbb691af79ab98d7d1470241

ISSN: 2545-6431

Romero, Alejandro. Curso de Derecho Procesal Civil. Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2012.

Ruiz-Tagle, Pablo. Pensar el Derecho. En: Grez, Pablo, Wilenmann, Javier, y Fuenzalida, Pablo. Una vida en la Universidad de Chile: celebrando al profesor Antonio Bascuñán Valdés. 1ª. ed. Santiago: Legal Publishing, Thomson Reuters La Ley. 2014.

Tapia, Mauricio y Valdivia, José Miguel. Contrato por adhesión: Ley N°19.496 [en línea]. Chile.: Editorial Jurídica de Chile, 2002, reimpresión 2014 [fecha de consulta: 11 de enero de 2022]

Disponible en: <http://bibliografias.uchile.cl.uchile.idm.oclc.org/3626>

ISBN: 956-10-1378-9

Ubilla, Nicolás. Apunte de Cosa Juzgada. Resumen basado en: Mosquera, Mario y Maturana, Cristian. Breves Nociones acerca de la cosa juzgada. Mayo 2005.

Vargas, Juan. Problemas de los Sistemas Alternos de Resolución de Conflictos como alternativa de política pública en el sector judicial [en línea]. Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), [fecha de consulta: 31 de marzo de 2022]

Disponible

en:

https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/891/art_juan_e_vargas.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Vargas, Juan Enrique, El rol de las Asociaciones de Consumidores en la Litigación de casos de Consumo en Chile. En: Contardo, Juan, Ortega Felipe y Fuentes, Claudio (coordinadores). 2019. Litigación en Materia de Consumidores. Dogmática y Práctica en la Reforma de fortalecimiento al SERNAC. Santiago, Chile, Legal Publishing.

Vargas, Macarena. Mecanismos alternativos y consumo. En: Contador, Juan, Fernández, Felipe. y Fuentes, Claudio (coord.). Litigación en materia de consumidores: Dogmática y práctica en la reforma de fortalecimiento al SERNAC. 1ª. ed. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2019,
ISBN: 978-956-400-058-9

Venturi, E. Comentario del artículo 3. En: Gidi, A., y Ferrer, E. (Coordinadores). 2008. Código Modelo de Procesos Colectivos, Porrúa, México.

Weber, Franziska. The Law and Economics of Enforcing European Consumer Law: A Comparative Analysis of Package Travel and Misleading Advertising. Edición e-book - E pub: Ashgate. 2014.
ISBN: 9781472417060.

Normativa Nacional Y Extranjera Consultada

Decreto con Fuerza de Ley N. ° 1, Código Civil. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 30 de mayo de 2000

Ley N. ° 1.552, Código de Procedimiento Civil. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 30 de agosto de 1902.

Ley N. ° 19.496 que Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 7 de marzo de 1997.

Decreto 56 que aprueba reglamento que establece el procedimiento voluntario para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 5 de febrero de 2021.

Ley N. ° 20.087 que Sustituye el Procedimiento Laboral contemplado en el libro V del Código del Trabajo. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 03 de enero de 2006

Ley 21.081 que modifica ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores. Diario Oficial de la República de Chile, Santiago, Chile, 12 de septiembre de 2018.

Historia de la Ley N° 21.081 que Modifica Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores.

Circular interpretativa sobre el derecho a la calidad e idoneidad: régimen de garantías. Resolución exenta N° 190. Servicio Nacional del consumidor, Santiago, Chile, 21 de marzo de 2019.

Circular interpretativa sobre el derecho a la calidad e idoneidad: régimen de garantías. Resolución exenta N° 190. Servicio Nacional del consumidor, Santiago, Chile, 21 de marzo de 2019

Code de la Consommation de Francia. Ley N° 93-949, de 23 de julio de 1993

Código de Consumo de Brasil. Ley N° 8078 del 11 de septiembre de 1990.

Federal Rules of Civil Procedure. Estados Unidos de América, 1966.

Ley N. ° 9 8078, Código de Defensa del consumidor de Brasil. Brasil, secretaria De Estado De Proteção E Defesa Do Consumidor. 1990.

Ley de Enjuiciamiento Civil Española N°1, de 7 de enero de 2000. Boletín Oficial del Estado.

Real Decreto Legislativo N° 1 que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Boletín Oficial del Estado, Madrid, España, 30 de noviembre del 2007.

Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española N° 26, de 19 de julio de 1984. Boletín Oficial del Estado.

Proyecto de Ley Nacional de Acceso a la Justicia Colectiva N°6234-D-2018 de Argentina.