



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

**PROBLEMAS PROBATORIOS DEL DAÑO MORAL COLECTIVO
A PROPÓSITO DEL ILÍCITO DE COLUSIÓN**

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

Felipe Alejandro Barrera Hernández
Profesor Guía: Jonatan Valenzuela Saldías

Santiago, Chile

Abril, 2022

A mis padres por su incondicional apoyo y cariño;
a Camila por su tierna sabiduría;
a Monito Tomás por su compañía eterna.

*If I were to die today
Slaughtered in that masquerade
The last thing that you'd hear me say:
Put my body on display in the parade (...).*

Kevin Morby.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	3
I. PRIMERA PARTE	6
a. Vínculo entre Libre Competencia y Derecho de Daños.....	6
b. Daños indemnizables.....	10
II. SEGUNDA PARTE.....	12
a. Reformas legislativas.....	12
b. Tribunal competente	16
c. <i>Follow-on actions vs. stand-alone actions</i> y función positiva de la cosa juzgada	18
III. TERCERA PARTE.....	21
a. Concepto de daño moral.....	21
b. Daño moral colectivo.....	28
c. ¿Cómo entiende el daño moral colectivo la LPC?.....	31
IV. CUARTA PARTE	34
a. El daño moral se prueba.....	34
b. Afectación a la integridad física, psíquica y a la dignidad	36
c. Prueba del daño moral colectivo en sede de libre competencia	39
d. Comentarios adicionales	45
CONCLUSIONES	48
BIBLIOGRAFÍA	51

INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El sistema de libre competencia dentro de una economía abierta se basa en que es el mercado el principal asignador de los recursos en la sociedad y no necesariamente el Estado. Se trata de un escenario en que distintas empresas y grupos económicos compiten por acaparar clientela para así alcanzar distintos objetivos. Esta noción se traduce en que los consumidores tendrán una mayor cantidad de bienes y servicios disponibles, de una mejor calidad y a un menor precio, obteniéndose de esta forma un beneficio social¹.

Que lo anterior se desarrolle dentro de un contexto de disputa implica que a nivel de competidores habrá perdedores y ganadores ya que el “funcionamiento del libre mercado supone que el éxito de unos puede afectar los intereses de aquellos rivales que muestran un desempeño menos eficiente”². Con todo, los daños derivados del ejercicio de competir, por regla general, no son indemnizables³.

Para evitar esta disputa, algunas empresas dejan de competir entre sí para dar paso a un régimen de colaboración. La libertad para competir se ve limitada por una voluntad lícita o ilícita de las partes. Ejemplo de las primeras ocurre cuando las empresas se fusionan o deciden colaborar por un bien superior⁴; por su parte, el comportamiento no será permitido por el ordenamiento jurídico cuando los actores se pongan de acuerdo para afectar alguna variable competitiva, como fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse cuotas o zonas de mercado o afectar el proceso de una licitación, entre otros. Esto es lo que se conoce como colusión, figura jurídica reconocida normativamente en nuestro país en el artículo 3º letra a) del Decreto Ley Nº 211.

Cuando las empresas forman carteles reportan beneficios económicos para ellas e imponen costos a los demás competidores que no participan en el hecho ilícito, a los consumidores y a la

¹ En general, ARAYA (2005), pp. 11-13.

² HERNÁNDEZ & TAPIA (2019), p. 6.

³ ARAYA. *Op Cit.* p. 6.

⁴ Celebrar un *joint venture* para investigar y producir vacunas de alguna enfermedad, por ejemplo.

sociedad en general. En otras palabras, se produce una pérdida de eficiencia del mercado toda vez que se producirán menos bienes y se transarán a un mayor precio.

Como consecuencia de ello se generan, en cuanto a los consumidores, dos tipos de perjuicios. Por un lado, el producido en aquellos que siguen comprando el producto a un precio colusorio, mayor al precio competitivo; y por otro, el provocado en aquellos que dejaron de comprar los productos debido al alza de precios o bien los que debieron optar por uno de menor calidad⁵.

Respecto al primer grupo de consumidores es posible identificar un daño patrimonial correspondiente al sobreprecio pagado, y en ambos tipos de compradores es posible reconocer también un daño extrapatrimonial o moral manifestado, por ahora, en el malestar o indignación a propósito del cartel⁶. Un ejemplo claro de aquello se produce cuando el atentado infringe mercados donde se transan bienes o servicios sensibles para los consumidores; v.gr., la persona que dejó de consumir un medicamento por el alza en su precio o debió optar por uno de menor calidad que no cumplía con las mismas especificaciones, viendo agraviadas sus patologías⁷. En este caso en concreto también se podría advertir una eventual afectación física o psíquica. La carne de pollo fresca o el papel tisú igualmente pueden ser considerados bienes sensibles para la población debido a su masificado y transversal consumo, siendo ambos productos objeto de grandes colusiones en nuestro país durante los últimos años⁸.

⁵ HERNÁNDEZ & TAPIA (2019). *Op. Cit.* p. 27.

⁶ Durante el trabajo se analizará realmente cuál sería la afectación sufrida por los consumidores.

⁷ *Ibid.* p. 39.

⁸ En sentencia 119/2012 del TDLC se condenó a las farmacias Cruz Verde S.A. y Salcobrand S.A. a una multa de 20.000 Unidades Tributarias Anuales (UTA) a cada una por coludirse junto a Farmacias Ahumadas durante los años 2007 y 2008 en el precio de los medicamentos para patologías crónicas. Sentencia confirmada por la Corte Suprema en sentencia Rol 2578-2012. Farmacias Ahumada finalmente celebró una conciliación con la FNE, ratificada por el TDLC (Rol N° 184-2008). En sentencia 139/2014, el TDLC condenó a las principales empresas avícolas del país por asignarse cuotas de producción y comercialización en la industria. Agrosuper y Ariztía fueron multadas con 30.000 UTA cada una y Don Pollo a 12.000 UTA. Multas confirmadas por la Corte Suprema en sentencia Rol N° 27.182-2014. A raíz de este caso, en el año 2016 la FNE presentó un requerimiento en contra de Cencosud, SMU y Walmart por coludirse para fijar precios mínimos de venta de la carne de pollo fresca, siendo acogido por el TDLC en sentencia 167/2019. La multas en esta oportunidad fueron de 5.766 UTA para Cencosud S.A.; 3.438 UTA para SMU S.A.; y 4.743 para Walmart Chile S.A. En esta ocasión, la Corte Suprema al conocer de los recursos de reclamación presentados por la FNE y por la requeridas, confirmó la sentencia del TDLC y duplicó el monto de las multas estimado en primer instancia. Por último, en sentencia 160/2017 el TDLC acoge el requerimiento de la FNE contra CMPC Tissue y SCA por ejecutar un acuerdo para asignarse cuotas de mercado y fijar precios de venta de sus productos. A CMPC se le otorgó el beneficio de delación compensada, por lo que solo se multó a SCA en 20.000 UTA. Sentencia confirmada por la Corte Suprema en Rol N° 1531-2018.

A lo largo de este trabajo se analizarán las distintas dificultades que significa iniciar una acción colectiva que busca resarcir los daños morales colectivos y difusos en favor de los consumidores que se ven afectados por una colusión, con especial atención a la prueba del perjuicio moral en su dimensión colectiva. El problema de fondo, como se verá más adelante, guarda relación con las causales de procedencia que señala la ley, junto al concepto y los mecanismos de delimitación de esta partida indemnizatoria (daño moral colectivo), ya que dependiendo de la forma en que es concebido, habrá repercusiones al momento de intentar probar este tipo de perjuicios, cuestión que aún no encuentran una solución pacífica ni la dogmática ni la jurisprudencia.

Para lo anterior, el trabajo se divide en cuatro partes. La primera de ellas analiza la relación entre el Derecho de Libre Competencia y el Derecho de Daños, explicando su vínculo y cuáles son los perjuicios indemnizables como consecuencia de la colusión. En la siguiente parte, se estudian aspectos procesales de la acción colectiva indemnizatoria, revisando brevemente las últimas modificaciones legales en nuestro derecho que permiten ejercerla, cuál sería el tribunal competente para conocer de dichas acciones, el sentido de las *follow-on actions* y el efecto de cosa juzgada de la sentencia condenatoria del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. La tercera parte busca conceptualizar qué se entiende por daño moral colectivo en sede de consumo según la doctrina nacional y extranjera, iniciando previamente con una breve síntesis de las principales tesis sobre el daño moral a secas. Finalmente, en la cuarta parte, se aborda el problema probatorio relativo al tema en cuestión a partir de la teoría racional de la prueba, siguiendo lo planteado por el profesor Jordi Ferrer, analizando las causales que establece la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores para que proceda la indemnización, cuáles son los medios de prueba idóneos y su respectiva valoración por parte de los jueces para obtener una sentencia favorable que conceda no solo los daños indemnizables patrimoniales, sino que también considere los daños morales colectivos ocasionados por el delito de colusión.

I. PRIMERA PARTE

a. Vínculo entre Libre Competencia y Derecho de Daños

Como se mencionó en la introducción de este trabajo, los ilícitos anticompetitivos generan daños. La Fiscalía Nacional Económica señala que “[p]or regla general, las conductas declaradas ilegales por el derecho de competencia reportan beneficios económicos para quienes las llevan a cabo, e imponen costos a los consumidores y a la sociedad en general”⁹. De esta forma, se pueden distinguir al menos dos tipos: daños anticompetitivos y daños indemnizables.

El primero de ellos ha sido descrito por la doctrina como el “consistente en una pérdida de bienestar social o en la utilización ineficiente de los recursos en los distintos mercados”¹⁰ y radica en la merma de las transacciones o de la eficiencia económica¹¹. Este tipo de daños se concreta en la afectación al equilibrio entre la oferta y la demanda al producir menos bienes y servicios, de peor calidad y a un mayor precio¹².

La existencia del daño anticompetitivo “es el que atribuye al derecho de la libre competencia su característica de norma de orden público”¹³.

En este sentido, el bien jurídico protegido por el derecho de la libre competencia apunta más bien a la “promoción y defensa de la libre competencia en los mercados (interés general)”¹⁴, entendiendo a la libre competencia como “aquel principio económico basado en la ley de la oferta y la demanda, en donde se asegura la competencia justa y la libertad de tomar decisiones tanto para el consumidor como para el productor”¹⁵.

⁹ Fiscalía Nacional Económica (2014), p. 2.

¹⁰ LEWIN (2011), p. 46.

¹¹ HERNÁNDEZ & TAPIA (2019). *Op. Cit.* p. 25.

¹² En general, BUDNIK (2019), p. 97.

¹³ LEWIN (2011). *Op. Cit.*, p. 47.

¹⁴ BUDNIK (2019). *Op. Cit.*, p. 97.

¹⁵ *Ibid.* p. 97.

De esta forma, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia se ha pronunciado varias veces señalando que “lo que en definitiva se busca al cautelar el bien jurídico de la libre competencia, es impedir que se produzcan conductas que la entorpezcan o eliminen, ocasionando así **pérdidas de bienestar social** o, en otras palabras, que **afecten negativamente la eficiencia económica** en el uso de recursos escasos”¹⁶ (destacado propio), entendiéndose con esto que la cautela del bienestar social y la eficiencia de los mercados (eficiencia asignativa, productiva y dinámica) se debe relacionar necesariamente con una efectiva protección a los consumidores al ser actores relevantes dentro del funcionamiento de los mercados.

Los países como el nuestro que se encuentran adscritos a un sistema de economías de mercado consideran de total relevancia la adecuada y oportuna protección a este bien jurídico. Esto se manifiesta en la prevención, corrección y sanción contra los ilícitos a la libre competencia. Así las cosas, la institucionalidad en Chile queda conformada por tres organismos: La Fiscalía Nacional Económica (FNE), el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y la Excelentísima Corte Suprema (CS).

Estas instituciones son las encargadas de velar por el buen funcionamiento de los mercados, aplicando las normas sobre libre competencia, investigando las eventuales infracciones e imponiendo las sanciones respectivas¹⁷ utilizando como base normativa principalmente el Decreto Ley N° 211 de 1973 (DL N° 211), dando cuenta así de una *aplicación pública del derecho de la competencia*, lo que es conocido en el derecho comparado como *public enforcement*.

Por su parte, los daños indemnizables como consecuencia de la colusión se encuentran estrechamente relacionados al daño anticompetitivo, pero importan un análisis propio de derecho privado. En ese sentido, el daño indemnizable se refiere a toda “pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o

¹⁶ Sentencia TDLC 77/2008, §10; Sentencia TDLC 82/2009, §2; y Sentencia TDLC 132/2013, §9.

¹⁷ BANFI (2013), p. 220.

extrapatrimoniales de que gozaba”¹⁸. En otras palabras, daño indemnizable se refiere a “todo detrimento que sufre una persona, ya sea en su patrimonio material o moral”¹⁹.

Los sistemas jurídicos han empezado de a poco a otorgar la posibilidad a los particulares de poder aplicar el derecho de la competencia, en cuyo caso se habla de la *aplicación privada del derecho de la competencia*, o bien, simplemente como *private enforcement*.

Esta idea surge en Estados Unidos hace más de cien años a través de la Sherman Act de 1890, pero desde los años 70 se ha incrementado la interposición de acciones contra las infracciones a la libre competencia por parte de los particulares, principalmente motivados por incentivos considerables como la posibilidad de obtener indemnizaciones por tres veces el valor del daño sufrido^{20 21}.

Por su parte, el derecho de la competencia comunitario en Europa es más joven, teniendo un tímido desarrollo. Se trata de un sistema cuya aplicación es fundamentalmente perseguida por la autoridad administrativa comunitaria y la intervención particular es reducida²².

El *private enforcement* comprende, en un sentido amplio, “todas las acciones ejercidas por particulares, sea para denunciar los ilícitos anticoncurrenciales ante las autoridades públicas correspondientes, sea para hacer valer los efectos civiles o patrimoniales que se siguen de dichas conductas”²³.

Para la profesora colombiana Ingrid Ortiz:

“[e]l núcleo del sistema del *private enforcement* reside en la declaración de los efectos civiles o efectos jurídico-privados que derivan de la infracción de las

¹⁸ ALESSANDRI (1943), p. 210.

¹⁹ ABELIUK (2001), p. 730.

²⁰ ARAYA (2005), p. 16; BANFI (2013), p. 220.

²¹ La sección 4 de la ley Clayton dispone que cualquier persona que haya sufrido daño en sus negocios o propiedad en razón de algo prohibido por el Derecho Antitrust puede recobrar tres veces los daños por ella soportados y los costos del juicio, incluidos razonablemente honorarios del abogado.

²² ARAYA (2005), p. 17; BANFI (2013), p. 221.

²³ BANFI (2013), p. 221.

normas de libre competencia, esto es, la nulidad absoluta y la responsabilidad civil de los infractores. La definición de estos efectos materializa la conexión y la aproximación del Derecho *antitrust* al Derecho civil; evidencia además la finalidad protectora de las normas de competencia, el papel que corresponde desarrollar a los particulares en el control de las conductas restrictivas, las funciones de garante que se hallan a cargo de jueces nacionales y la necesaria coordinación y cooperación de estos con las autoridades administrativas²⁴.

De esta forma, los particulares pueden presentar antecedentes ante las autoridades correspondientes para que se investiguen los posibles actos atentatorios contra la libre competencia y eventualmente sean sancionados por el TDLC. Este derecho está previsto en el artículo 20 del DL N° 211²⁵. También se reconoce la posibilidad de interponer acciones civiles preventivas, acciones de nulidad de los acuerdos o contratos anticompetitivos y acciones de indemnización de perjuicios emanados de los ilícitos *antitrust*²⁶. Esta última acción se encuentra consagrada expresamente en el artículo 30 del DL N° 211²⁷.

El presente trabajo suscribe este alcance del *private enforcement*, centrado únicamente en las acciones indemnizatorias iniciadas por los consumidores que buscan resarcir los perjuicios sufridos como consecuencia de una colusión. Y específicamente dentro de los distintos daños indemnizables, se analizará el daño moral colectivo y su prueba dentro del juicio.

Recapitulando, los atentados contra la libre competencia dan lugar a sanciones administrativas y penales. Sin embargo, también se reconocen acciones de responsabilidad civil para el

²⁴ BANFI (2013) *Op. Cit.* p. 222 citando a ORTIZ, Ingrid (2011). *La aplicación privada del derecho de la competencia*. Madrid: La Ley. pp. 29-30.

²⁵ El inciso segundo del artículo 20 del DL N° 211 indica que: “El procedimiento podrá iniciarse por requerimiento del Fiscal Nacional Económico o por demanda de algún particular, la que deberá ser puesta en inmediato conocimiento de la Fiscalía”.

²⁶ En general, BANFI *Op. Cit.* pp. 221-222.

²⁷ Art. 30º: “La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante ese mismo Tribunal y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario establecido en el Título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil. (...)”. El inciso tercero del artículo añade que “[l]a indemnización de perjuicios comprenderá todos los daños causados durante el periodo en que se haya extendido la infracción”.

resarcimiento de los daños ocasionados por dichos ilícitos. Tanto el *private* como el *public enforcement* colaboran en la detección, disuasión y castigo de los ilícitos contra el mercado²⁸.

b. Daños indemnizables

Como ya fue adelantado, los ilícitos anticompetitivos producen dos tipos de daños. Por una parte, un perjuicio consistente en una pérdida social; y, por otra, un menoscabo resentido por los demás agentes del mercado, ya sean proveedores, competidores o consumidores. Estos últimos entendidos en un sentido amplio, es decir, personas que compran productos del mercado afectado.

El primero de ellos corresponde al daño anticompetitivo, el cual no resulta indemnizable en atención a que es imposible poder medir la pérdida social²⁹. Por ello la FNE investiga y el TDLC junto a la CS sancionan los atentados contra la libre competencia cuando se logre acreditar el hecho ilícito. En cambio, el segundo de ellos sí es inequívocamente susceptible de reparación³⁰.

El costo social se manifiesta en “precios elevados por sobre los competitivos, reducción de volúmenes producidos, menos alternativas para el consumidor, peor calidad del producto o servicio, etc.”³¹ que será padecido por los demás participantes del mercado y de forma especial por los consumidores. Esta manifestación es lo que da paso a los daños indemnizables, el segundo tipo de daños producidos por los ilícitos anticompetitivos.

En específico respecto a los consumidores, Araya ha indicado que:

“[f]rente a un abuso de posición dominante de un oferente, manifestado, por ejemplo, en un precio abusivo (...) habrá fundamentalmente dos tipos de sujetos que sufren un menoscabo en su bienestar:

²⁸ HERNÁNDEZ & TAPIA (2019). *Op. Cit.* p. 7.

²⁹ HERNÁNDEZ & TAPIA (2019). *Op. Cit.* p. 255.

³⁰ EYZAGUIRRE & GRUNBERG (2008), p. 59.

³¹ ARAYA (2005). *Op. Cit.* p. 23.

- a) El que se somete a los nuevos términos del negocio, precio u otros, impuestos por sobre el equilibrio (generándose un traspaso de excedentes).
- b) El que abandona el producto o servicio y satisface su necesidad solo en parte con otro bien que le produce un menor bienestar (generándose un costo social)”³².

Los daños indemnizables importan un análisis bajo los principios del derecho privado, aplicando el *principio de la reparación integral del daño*: todo daño debe ser reparado y en toda su extensión³³, el cual es ampliamente aceptado y reconocido en nuestra doctrina y jurisprudencia. El artículo 30 del DL N° 211, en su inciso tercero, señala que la indemnización comprenderá todos los daños causados durante el periodo en que se haya extendido la infracción, reflejando un reconocimiento expreso a las reglas generales del derecho común en materia de daños.

Desde la obra del profesor Alessandri que en nuestro país se ha entendido daño como la “pérdida, disminución, detrimento o menoscabo en su persona o bienes o en las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que gozaba”³⁴. Por lo tanto, se contemplan como daños indemnizables el daño patrimonial, que incluye el daño emergente y el lucro cesante, y el daño extrapatrimonial o moral.

Respecto al daño patrimonial en libre competencia, su conceptualización, prueba y tratamiento están relativamente claros en las distintas jurisdicciones, incluida la chilena, pese a su evidente complejidad debido a los múltiples “factores que influyen y pueden alterar los cálculos de los perjuicios (v.gr., extensión temporal, extensión geográfica, empresas involucradas, productos involucrados, número de dimensiones en colusión, valor del bien final en un componente, asimetría de demandas, etc.)”³⁵.

³² *Ibid.* p. 24.

³³ BARROS (2010), p. 255.

³⁴ ALESSANDRI (1943). *Op. Cit.* p. 210.

³⁵ BUDNIK (2019). *Op. Cit.* p 108 citando a SOTO, Raimundo (2007). *La indemnización de perjuicios por infracciones a la Libre Competencia ¿Son demostrables, medibles e identificables los perjuicios privados por infracciones a la libre competencia en la prueba pericial?* XII Jornada de Libre Competencia.

Para acercarse a una fórmula de cálculo del daño patrimonial producido, la doctrina ha entregado distintos métodos de cuantificación, siendo los más importantes: (i) *yardstick method*, (ii) *before and after method*, (iii) *market share* y (iv) *going concern method*³⁶.

Con todo, este trabajo se enfoca en las dificultades de la prueba del daño moral que sufren los consumidores, en su dimensión colectiva, entendiendo el daño moral, por ahora y de forma general, como “la molestia o dolor, no apreciables en dinero; el sufrimiento moral o físico que produce un determinado hecho”³⁷. Este apartado será abordado con mayores detalles en la tercera parte de este trabajo.

II. SEGUNDA PARTE

a. Reformas legislativas

Dos han sido las leyes que cambiaron el entendimiento que se tenía respecto a las acciones de indemnización de perjuicio en sede de libre competencia y consumo: la Ley N° 20.945, que perfecciona el sistema de libre competencia, promulgada en agosto de 2016, y la Ley N° 21.081, que modifica la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, o también conocida como la “Ley de fortalecimiento del SERNAC”, promulgada en julio de 2018.

Ambas leyes no solo suponen modificaciones al ordenamiento jurídico nacional, sino que también representan un nuevo y gran desafío al sistema chileno de responsabilidad, toda vez que se consagra el derecho a la indemnización de perjuicios cuando exista una afectación a un interés colectivo o difuso provocado por un ilícito anticompetitivo.

Las modificaciones más importantes que introduce la Ley N° 20.945 para efectos de este trabajo son las referidas al cambio de redacción al artículo 30 del DL N° 211 y al artículo 51 N° 10 de la Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores (LPC), entregando la competencia exclusiva al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

³⁶ Para más detalles, véase LEWIN (2011), pp. 53-56 y HERNÁNDEZ & TAPIA (2019), pp. 44-46.

³⁷ CORRAL (2004), p. 149.

para conocer las acciones indemnizatorias individuales o colectivas cuando se deriven de ilícitos anticompetitivos.

El nuevo artículo 30 del DL N° 211 señala:

“La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante ese mismo Tribunal (...).”

Por su parte, el artículo 51 N° 10 inciso 2° LPC indica:

“No obstante lo dispuesto en el artículo 30 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, y sin perjuicio de las acciones individuales que procedan, la acción de indemnización de perjuicios que se ejerza ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con ocasión de infracciones a dicho cuerpo normativo, declaradas por una sentencia definitiva ejecutoriada, podrá tramitarse por el procedimiento establecido en este Párrafo cuando se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores (...).”

El artículo 30 del DL N° 211 fue recién incorporado en nuestro ordenamiento el año 2003 por medio de la Ley N° 19.911, entregando el conocimiento de los juicios indemnizatorios en ese entonces a los tribunales civiles ordinarios. La acción que siempre fue posible interponer de conformidad a las reglas generales del Código Civil, se consagró de manera expresa y con particularidades en virtud de la modificación del año 2003³⁸.

³⁸ ARAYA (2005), p. 11.

La incorporación “fue motivada por el envío de una nota del profesor Jorge Streeter Prieto”³⁹ dada a conocer por el diputado Sr. Jorge Burgos. En ella agrega que:

“La indicación recoge una cuestión muy central: que la persona que se sienta perjudicada -un empresario mediano, grande, pequeño; un ciudadano común y corriente, o un grupo de ciudadanos- en su derecho a tener libre competencia, de una competencia leal, podrá recurrir no solo para la sanción establecida en esta ley, sino, además, a partir de una sentencia favorable, ejercer las sanciones indemnizatorias, lo que a mi juicio, cierra el círculo de protección a la libre competencia”⁴⁰.

El profesor Araya se pregunta cuál es el fundamento que tuvo en vista el legislador para la acción de responsabilidad civil en el estatuto de defensa de la libre competencia, cuál sería finalmente su función. Afirma que se podrían desprender tres tipos de funciones: (i) función compensatoria, propia de nuestro sistema civil de responsabilidad; (ii) función punitiva y (iii) función preventiva de la responsabilidad civil.

El establecer la función que tendrá asociada dicha acción no es baladí ya que “traerá consecuencias en el juicio respectivo como lo es, por ejemplo, el rigor con que el juez deberá ponderar la prueba existente en relación con el daño que se dice sufrido”⁴¹.

De las tres funciones indicadas, la punitiva debería estudiarse con recelo en base al principio de la reparación integral y en la naturaleza resarcitoria de la responsabilidad civil⁴². Además, se argumenta que se “transgrediría el principio de legalidad, pues se impondrían con el objetivo de castigar conductas que no están tipificadas ni sancionadas de forma legal alguna y vulnerarían el *non bis in idem*, ya que la infracción sería sancionada dos veces: en sede administrativa y en el litigio civil”⁴³.

³⁹ *Ibid.* p. 15.

⁴⁰ Historia de la Ley N° 19.911, de 2003.

⁴¹ ARAYA (2005). *Op Cit.* p.19.

⁴² BANFI (2013). *Op. Cit.* p. 229.

⁴³ *Ibid.*

Sin embargo, esta discusión no está del todo zanjada, más aún cuando la última reforma a la LPC por medio de la Ley 21.081 permite aumentar en un 25% el monto de la indemnización correspondiente cuando se haya dañado la integridad física o psíquica, o de forma grave, la dignidad de los consumidores, lo que para algunos autores se trataría de la imposición de un daño punitivo. Además, es preciso destacar que Araya se hace este cuestionamiento en tiempos en que la indemnización por daño moral estaba negada en sede de consumo, por lo que todas las discusiones se daban bajo la premisa de daños patrimoniales. Entonces, importa destacar que en lo que respecta a los daños extrapatrimoniales, la doctrina y la jurisprudencia le ha otorgado más que una función compensatoria, una satisfactoria, entendiendo con ello que se restituye la sensación de agravio que ha sufrido la víctima con ocasión de una lesión o afectación a sus bienes extrapatrimoniales, de ahí que se concluya que “la valoración del daño moral admitiría considerar la gravedad de la conducta y la posición económica de las partes”⁴⁴.

Por su parte, la Ley N° 21.081 que modifica la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, tiene su mayor impacto en aceptar como parte de los daños indemnizables y de forma explícita al daño moral colectivo.

La nueva redacción del artículo 51 de la LPC indica que:

“El procedimiento señalado en este párrafo se aplicará cuando se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores (...)”

Y el nuevo artículo 51 N° 2 de la misma ley señala que:

*Inciso segundo: “Las indemnizaciones que se determinen en este procedimiento podrán extenderse al daño moral siempre que se haya afectado la **integridad física o síquica o la dignidad de los consumidores**. Si los hechos invocados han provocado dicha afectación, será un hecho sustancial, pertinente y controvertido en la resolución que reciba la causa a prueba” (destacado propio).*

⁴⁴ JANA & TAPIA (2004), p. 195.

Estas modificaciones no quedaron exentas de comentarios y críticas debido a que la antigua redacción en la LPC prohibía de manera categórica la procedencia del daño moral en acciones colectivas⁴⁵.

Resulta llamativo que el legislador haya consagrado esta figura que es contraria a “la esencia personalísima y subjetiva que los tribunales y la doctrina le han reconocido al daño moral”⁴⁶.

El profesor Barros nos enseña respecto a la finalidad reparatoria de la indemnización que “la exigencia de que el daño sea personal significa que sólo quien lo ha sufrido puede demandar su reparación”⁴⁷. Agrega en cuanto a los intereses colectivos o difusos que “la exigencia de que el daño sea personal limita la indemnización de daños difusos, esto es, de perjuicios que afectan indiferenciadamente a un número indeterminado de personas”⁴⁸.

Si bien se suman críticas que apuntan a la distinción entre el interés colectivo y difuso; la estandarización de los montos mínimos y el carácter subjetivo y personalísimo; y también a una eventual naturaleza punitiva de las normas vistas, lo cierto es que ambas leyes ya se encuentran vigentes al día de hoy en Chile, por lo que tanto el SERNAC como las asociaciones de consumidores o los particulares cuentan con la legitimación activa necesaria para iniciar un juicio indemnizatorio por daño moral colectivo derivado de un ilícito anticompetitivo para ser ventilado ante el TDLC.

b. Tribunal competente

Como se mencionó, la Ley N° 20.945 entregó la competencia exclusiva al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia cuando se deriven de ilícitos anticompetitivos, a diferencia de su redacción original en que esta se encontraba radicada en los tribunales civiles ordinarios.

⁴⁵ El antiguo artículo 51 N° 2, ubicado en el párrafo dedicado al “Procedimiento especial para protección del interés colectivo o difuso de los consumidores”, prescribía: “*las indemnizaciones que se determinen en este procedimiento, no podrán extenderse al daño moral sufrido por el actor*”.

⁴⁶ MARABIT & MOLINARI (2019), p. 11.

⁴⁷ BARROS (2010) *Op. Cit.* p. 240-241.

⁴⁸ *Ibid.* p. 242.

El cambio se justificó durante el debate legislativo, a modo general, con los siguientes puntos:

1. Contribuiría a la celeridad y a la economía procesal al permitir una tramitación más rápida de las acciones deducidas en atención a la capacidad instalada del TDLC, su menor carga en comparación a los tribunales civiles y al conocimiento del asunto que tendrían los ministros al haber conocido de los hechos en el procedimiento infraccional previo.
2. Permitiría aprovechar la especialización y composición mixta del TDLC, lo que se traduciría en una mejor determinación y evaluación de los perjuicios incoados.
3. Llevaría a una homologación de los criterios de aplicación de normas jurídicas, evitando que los mismos temas sean tratados por tribunales distintos, otorgando así una mayor previsibilidad y visibilidad para la disuasión de los ilícitos anticompetitivos.

En contra de la modificación se dieron los siguientes argumentos:

1. La indemnización de perjuicios es un asunto eminentemente jurídico, por lo que su competencia les corresponde exclusivamente a los tribunales ordinarios, compuestos por jueces letrados.
2. Existiría un atentado contra el acceso a la justicia al contar en todo el país con un único tribunal competente para conocer de estas acciones.
3. El que se entregue el conocimiento de estas acciones al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia privaría a los litigantes de los recursos procesales ordinarios, en especial en segunda instancia, ya que en esta sede solo se permite el recurso de reclamación, lo que atentaría contra el derecho al debido proceso⁴⁹.

Entablar la acción ante el TDLC es con la condición de que se haya dictado una sentencia definitiva ejecutoria, ya sea por el mismo Tribunal o por la CS, declarando que ha tenido lugar una infracción al DL N° 211. Sin embargo, nada impide iniciar una acción indemnizatoria por ilícitos anticompetitivos en los tribunales ordinarios. Este apartado será analizado a continuación.

⁴⁹ Tanto para los argumentos a favor como en contra, véase Historia de la Ley N° 20.945 y MATORANA (2020) pp. 2-3.

c. *Follow-on actions* vs. *stand-alone actions* y función positiva de la cosa juzgada

En el derecho comparado existen dos modelos de acciones indemnizatorias en libre competencia, diferenciadas según el grado de incidencia de la sentencia condenatoria con ocasión del *public enforcement*.

El primer modelo es el *stand-alone actions* en donde “existe independencia entre las decisiones de la autoridad de libre competencia y las de los tribunales civiles”⁵⁰. De esta manera, no es necesario que previamente se haya dictado una sentencia condenatoria por parte del TDLC o la CS. Sin embargo, la doctrina hace la prevención de que “la presentación de estas demandas autónomas es una estrategia riesgosa, ya que el actor deberá acreditar no solo el daño y la causalidad sino, también, el ilícito”⁵¹.

El segundo modelo corresponde a las *follow-on actions* en el cual “las personas afectadas sólo pueden interponer sus acciones indemnizatorias por ilícitos anticompetitivos una vez que se encuentra ejecutoriada la decisión de una autoridad administrativa o jurisdiccional que declare la existencia de aquellos”⁵². En ese sentido, y a modo de justificar este tipo de acciones, se ha dicho que “es completamente ilusorio pretender que, a través de un procedimiento civil, se puede llegar a establecer la existencia, extensión, participantes y características de un cartel. (...) Lo que nos quedan son *follow-on cases*, esto es, demandas civiles de daños basadas en previas decisiones de las autoridades de competencia estableciendo la existencia de un cartel y sancionando a sus miembros”⁵³.

En Chile se permiten ambos tipos de acciones, reconociendo un sistema más bien híbrido. Sin embargo, a la luz del artículo 30 del DL N° 211, para entablar una acción indemnizatoria de perjuicios ante el TDLC es requisito de la demanda que se haya dictado una sentencia condenatoria previa por parte del mismo Tribunal, reconociendo así la figura de las *follow-on*

⁵⁰ HERNÁNDEZ & TAPIA (2019). *Op. Cit.* p. 95.

⁵¹ BANFI (2013). *Op. Cit.* p. 233.

⁵² MATURANA (2020). *Op. Cit.* p. 6.

⁵³ LEWIN (2011). *Op. Cit.* p. 44, citando a ALFARO, J. (2007). *Contra la Armonización Positiva: La Propuesta de la Comisión para Reforzar el Private Enforcement del Derecho de la Competencia*.

actions. Por su parte, si el afectado desea entablar una demanda indemnizatoria -de forma individual o colectiva- en los tribunales ordinarios deberá, además de acreditar el daño, probar los hechos que den cuenta del ilícito anticompetitivo, lo que se torna una tarea bastante compleja si se considera que son casos de difícil investigación y persecución atendiendo su particular complejidad, lo que se traduciría en un juicio largo, costoso y con un resultado improbable que no compensaría en modo alguno la eventual compensación. Esto es lo que explica, por ejemplo, que la FNE cuente con facultades intrusivas y que se otorgue el beneficio de la delación compensada para los agentes económicos.

Las *follow-on actions* no solo son beneficiosas por lo dicho anteriormente, sino que también porque los ordenamientos jurídicos suelen dar efecto positivo de cosa juzgada a la resolución del órgano anticompetitivo en relación con lo discutido en dicha sede. En consecuencia, “el juicio indemnizatorio termina reduciéndose a la determinación del daño y la relación de causalidad entre el perjuicio y el ilícito anticompetitivo”⁵⁴.

Del inciso segundo del artículo 30 del DL N° 211 se desprende que nuestro país ha consagrado este sistema al exigir que el TDLC debe resolver la “acción de indemnización de perjuicios sobre la base de los hechos que hubiere establecido en la sentencia infraccional previa que sirve de antecedente a la demanda”⁵⁵. Este modelo busca evitar “la dictación de sentencias contradictorias y facilitar la prueba en beneficio de los consumidores afectados”⁵⁶.

Para conseguir estos objetivos, se suma además la posibilidad de iniciar este procedimiento por medio de demandas colectivas o *class actions* como medios legítimos para buscar la protección colectiva y difusa de los consumidores. El resarcimiento de la generalidad de los compradores finales sería imposible en ausencia de este tipo de acciones. Se justifican, por cierto, bajo el concepto del “*classes with negative expected-value litigants*” acuñado por Ulen, es decir, aquellos casos en que el valor esperado de cada uno de los litigantes (consumidores), considerados de forma individual, resulte excesivamente menor al costo de seguir un juicio

⁵⁴ MATURANA (2020). *Op. Cit.* p. 7.

⁵⁵ *Ibid.*

⁵⁶ HERNÁNDEZ & TAPIA (2019). *Op. Cit.* p. 95.

indemnizatorio⁵⁷. En cambio, las empresas coludidas sí cuentan con incentivos al recibir enormes ganancias como consecuencia de su actuar.

Esto cobra total sentido si pensamos que en los casos de colusión el precio de venta de los bienes o servicios resulta ser mayor, pero no en una gran medida respecto al precio de equilibrio. El daño patrimonial resarcible sería, al menos, la diferencia entre ambos precios más un monto por el daño moral colectivo, lo que a todas luces no resulta ser atractivo para quien decida litigar de forma individual. Es un escenario en que se producen pequeños cobros, pero se obtienen grandes ganancias. El profesor De la Maza agrega sobre las *class actions* que “[l]a existencia de un sistema de acciones colectivas correctamente diseñado puede determinar que el cálculo de los daños sea extremadamente importante y, por lo mismo, sea un factor a tener en cuenta por las empresas que consideren la posibilidad de incurrir en conductas ilícitas”⁵⁸.

Con las reformas introducidas por la Ley N° 21.081, que modifica la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, se reconoce dentro de nuestro ordenamiento la posibilidad de poder iniciar acciones colectivas contra los responsables de una colusión. Según el artículo 51 de la LPC, son tres los actores que cuentan con la legitimación activa para poder entablar una *class action*:

1. El Servicio Nacional del Consumidor.
2. Una Asociación de Consumidores constituida, a lo menos, con seis meses de anterioridad a la presentación de la acción, y que cuente con la debida autorización de su directorio para hacerlo.
3. Un grupo de consumidores afectados en un mismo interés, en número no inferior a 50 personas, debidamente individualizados.

Así las cosas, solo a través de estas entidades es posible interponer una acción indemnizatoria que busque el resarcimiento tanto del daño patrimonial como el moral o extrapatrimonial, incluso aquel en su dimensión colectiva y difusa.

⁵⁷ DE LA MAZA (2020). p. 786. Véase también ULEN (2011).

⁵⁸ *Ibid.* pp. 786-787.

III. TERCERA PARTE

a. Concepto de daño moral

Como ya se mencionó, la reforma a la LPC mediante la Ley 21.081 permite el resarcimiento del daño moral cuando se haya afectado la integridad física o psíquica o la dignidad de los consumidores, acción que estaba expresamente prohibida en su versión anterior. Esto conlleva indagar cómo es entendido el daño moral en nuestro derecho, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial en los tribunales superiores, y en específico cómo es comprendido en sede de consumo, tanto en la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores como en la jurisprudencia especializada. Luego, es necesario construir la noción de daño moral colectivo para entender cuáles son sus alcances e implicancias, que sin duda determinan qué debe ser probado y cómo conseguirlo.

Sin lugar a duda, intentar abarcar todo esto resulta una difícil tarea, toda vez que se trata de una institución que ha sido objeto de estudio durante muchos años, desarrollando distintas teorías y corrientes doctrinarias y jurisprudenciales, muchas veces contrapuestas entre sí, que dan cuenta también de la época del análisis y la evolución de nuevos componentes en la sociedad que han hecho de esta entidad un complejo entramado de ideas, nociones y tesis. A esto precisamente se refiere la profesora Domínguez al decir que “no es exagerado afirmar que la determinación del concepto del daño moral es uno de los problemas más complejos de toda la responsabilidad civil”⁵⁹. Y si bien este trabajo está desarrollado bajo la lógica del daño moral colectivo, es menester comenzar a describir el concepto bajo las distintas miradas, aproximaciones y entendimientos del daño moral a secas, a un nivel individual.

No es novedad señalar que el daño moral no se encuentra reconocido por el Código Civil chileno como un daño indemnizable y que fue la jurisprudencia la que abrió paso al entendimiento de este concepto a partir de un tímido avance en sentencias dictadas por la Corte

⁵⁹ DOMÍNGUEZ (2002), p. 43.

Suprema durante la primera mitad del siglo XX⁶⁰, en que se aceptó la existencia de este tipo de perjuicios en su variante extrapatrimonial, definiéndolo y señalando sus características y requisitos.

Conviene prevenir entonces que lo que se analizará a continuación intenta abarcar las principales tesis sobre la materia y que en ningún caso pretende ser un análisis exhaustivo y definitivo del concepto “daño moral”, solo ser la antesala al desarrollo de la definición de este en su dimensión colectiva, toda vez que su delimitación y concepción influyen indudablemente en su problema probatorio.

Así las cosas, la aproximación más restringida se identifica con el “el precio de las lágrimas” o *pretium doloris*, defendido por grandes exponentes del medio como lo son los profesores Alessandri y Abeliuk. El primero de ellos se refería al agravio moral como la “molestia o dolor que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos”⁶¹. Se trata de una corriente que atiende a las facultades espirituales de la persona, como un dolor en sentido amplio o aflicción a sus sentimientos.

No obstante, esta noción limitada ha dado paso a nuevos entendimientos, desarrollados a lo largo de los años y que han tendido a ampliar su concepción. Cierta doctrina estima que la distinción entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales se debe a la diferencia, precisamente, de la naturaleza de los derechos subjetivos vulnerados. De esta forma existen derechos subjetivos *patrimoniales* y *extrapatrimoniales* o *inherentes a la personalidad*⁶². Fernando Fueyo explica que el fundamento del daño moral está en “los derechos subjetivos

⁶⁰ La primera sentencia que concedió una partida de daño moral en nuestro país fue dictada el 27 de julio de 1907 por la Corte de Apelaciones de Santiago, destinada a indemnizar el perjuicio que a un padre le produjo la muerte de su hijo a consecuencia de un cuasidelito. Sin embargo, la primera que justificó en favor del daño moral y su indemnización detalladamente fue la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia el 16 de septiembre de 1922, en *Vaccaro con The Chilean Electric Tramway and Light Cía. Ltda.*

⁶¹ ALESSANDRI (1943). *Op. Cit.* p. 220. Para ABELIUK (2014), es el daño “que afecta los atributos o facultades morales o espirituales de la persona. En general, es el sufrimiento que experimenta una persona por una herida, la muerte de una persona querida, una ofensa a su dignidad u honor, la destrucción de una cosa de afección, etc.”.

⁶² DIEZ (2012), p. 85.

extrapatrimoniales comprendiendo en estos la persona física, los bienes y derechos de la personalidad y los de familia propiamente tal”⁶³.

Otra corriente doctrinal alega que el perjuicio moral se construye a partir de una lesión a los intereses de la víctima, que son aquellos que afectan “a la persona y lo que tiene la persona pero que es insustituible por un valor en moneda, desde que no se puede medir con ese elemento del cambio”⁶⁴. Esta visión es defendida por José Luis Diez, quien agrega que con esta postura “existe la posibilidad de que un hecho ilícito origine a la vez daños materiales y morales, desde que los intereses por él vulnerados pueden ser tanto patrimoniales como extrapatrimoniales”⁶⁵.

Se argumenta a favor de lo planteado que permite incluir los dos planteamientos anteriores, aunque hay quienes exigen que proceda la indemnización por daño moral cuando se atente a un interés extrapatrimonial tutelado por el Derecho. Se refiere a ello de forma clara Cristian Aedo al enseñar que el daño moral es: “[e]l hecho jurídico consistente en todo menoscabo, detrimento, perturbación, privación y, en general, **toda lesión a los intereses jurídicos de naturaleza extrapatrimonial**, con excepción de la integridad física, como interés tutelado, que configura daño corporal”⁶⁶ (destacado propio). En otro volumen más reciente, el profesor Aedo se refirió a que “el daño se configurará, por tanto, cuando se ha afectado un interés de la víctima, con independencia del menoscabo de la cosa, bien o derecho, y con independencia de su carácter, patrimonial o extrapatrimonial. De ahí se sigue, como hemos visto, que la lesión a un bien patrimonial puede generar afectación de intereses tanto patrimoniales como extrapatrimoniales y viceversa”⁶⁷.

En cuanto a las resoluciones del tribunal superior de nuestro país, se puede decir que se ha optado por una lectura amplia del daño moral. De esta forma, la Corte Suprema ha sentenciado que:

⁶³ FUEYO (1990), p. 86.

⁶⁴ DIEZ (2012). *Op. Cit.* p. 88.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ AEDO (2006), p. 435.

⁶⁷ AEDO (2014), p. 435.

“En resumen, la doctrina y la jurisprudencia prefieren ampliar la noción de daño resarcible a la lesión o afectación, sea de un derecho subjetivo reconocido formalmente, sea de un interés en la satisfacción de necesidades o bienes humanos de carácter privado. Para que este pueda ser fundamento de un resarcimiento a título de responsabilidad civil debe ser cierto y directo con el hecho ilícito que funda la responsabilidad, todo lo que debe ser probado en el proceso”⁶⁸.

En otra sentencia señaló:

“Que, si bien no se encuentra en nuestra legislación un concepto unívoco de lo que se entiende por daño moral, su aceptación más restringida elaborada por la doctrina se relaciona con el pesar, dolor o aflicción que experimenta la víctima y que se conoce como pretium doloris. Sin embargo, esta visión ha dado paso, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, a considerar una concepción más amplia de tal concepto, a fin de reparar todas las especies de perjuicios morales y no solo el pretium doloris, toda vez que en cada una de ellas hay atentado a intereses extrapatrimoniales diversos⁶⁹.

Por su parte, a diferencia del Código Civil, la LPC le otorga un reconocimiento expreso al daño moral en su artículo 3° letra e), mas no se señala nada respecto a su contenido durante toda la norma. El precepto señala:

“Art. 3. Son derechos y deberes básicos del consumidor: (...) e) 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, y deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea”.

⁶⁸ Sentencia Corte Suprema, de 01 de junio de 2016. En *Eduardo Urrejola y otros, c. Autopista del Maipo Sociedad Concesionaria S.A.*, Rol N° 10649-2015, §13°.

⁶⁹ Sentencia Corte Suprema, de 18 de octubre de 2017. En *Ana Arias Freire y otros con Municipalidad de Tirúa*, Rol N° 9196-2017, §8°.

Esta redacción da cuenta de una norma de textura abierta, sin ahondar en lo sustancial. Aquello permite que el daño moral reclamado individualmente pueda quedar subsumido por distintas categorías y grados de afectación de intereses. Debido a eso, el preguntarse qué es el daño moral es algo muy difícil de responder de manera categórica e invariable, puesto que “no existe un catálogo completo de todos los daños susceptibles de ser amparados por una acción indemnizatoria, de hecho, hacerlo sería reduccionista en atención a la constante evolución de la sociedad junto con los diversos valores, principios, intereses y derechos que se reclaman constantemente”⁷⁰. El carácter de textura abierta es precisamente la peculiaridad que permite una constante adaptación social y desarrollo progresivo de aquellos intereses tutelados que pueden ser vulnerados o lesionados y que son categorizados como daño extrapatrimonial.

Se ha dicho entonces que la noción de esta institución en el contexto de relaciones de consumo sería “un **perjuicio o lesión que afecta a un interés moral de la persona**, que comprende no solamente su integridad física, sino también psíquica, y abarca por esa misma razón, una serie de elementos no corporales sino de afectación espiritual y de disfrute de la vida de un contexto determinado”⁷¹ (destacado propio).

De cualquier modo, ha sido la jurisprudencia en sede de consumo la que ha pretendido categorizar al daño moral, dándole contenido al mismo. González Cazorla señala que “[n]o ha sido la ley la que ha intentado definir el daño moral, sino que lo ha hecho la jurisprudencia en conocimiento de distintos litigios de consumo, lo que ha permitido no solamente una cierta uniformidad en su caracterización, sino también en la implementación de algunos parámetros comunes que inciden en la apreciación de la prueba rendida y los montos habitualmente concedidos al consumidor”⁷².

Pero ¿cómo se han pronunciado los tribunales en sede de consumidor sobre el daño moral, considerado individualmente? La profesora Barrientos indica que “[e]n relación con el daño moral, no está demás señalar que las partidas más indemnizadas comprenden del *pretium doloris* y las alteraciones de las condiciones normales de vida. (...) En general, los jueces de

⁷⁰ GONZÁLEZ (2019), p. 141.

⁷¹ *Ibid.* p. 142.

⁷² *Ibid.* p. 8.

Policía Local suelen dar lugar al daño moral cuando el consumidor soporta una serie de reparaciones infructuosas que se fundan en las molestias, angustias y sufrimientos ocasionados”⁷³.

Con todo, a partir de estudios más acabados sobre jurisprudencia de los tribunales superiores conociendo contenidos sobre consumo⁷⁴, se desprende que ha existido un vaivén respecto a las resoluciones que conceden el daño moral, siendo poco uniformes en cuanto a los intereses protegidos. Por un lado, se cuentan resoluciones que contemplan a las “meras molestias” como una categoría de daño moral indemnizable y otras, en cambio, que las rechazan de plano. A su vez, existe una tercera categoría de sentencias que intentan darle un contenido particular al daño extrapatrimonial y tienen a la vista los hechos que logran alterar las condiciones normales de vida.

El primer tipo de sentencias consideran un concepto tan amplio de daño moral en sede de consumo que proceden a conceder la indemnización de este tipo de perjuicios cuando se ha producido un incumplimiento en los contratos o la ley, entendiendo con esto que se produce una molestia en el fuero interno del consumidor⁷⁵. Sin embargo, si bien se considera que estos incumplimientos pueden generar desagrado, malestar, frustración o fastidio en los consumidores, lo cierto es que este tipo de indemnizaciones resulta a lo menos cuestionable y reprochable. La doctrina especializada ha señalado que “las molestias fundadas en el mero incumplimiento no debiesen ser consideradas como daño moral, sino solo como un antecedente que habilita al consumidor a solicitar los remedios respectivos o la multa correspondiente”⁷⁶.

De la misma manera se ha referido la Corte Suprema pronunciándose sobre la procedencia del daño moral:

⁷³ BARRIENTOS (2016), p. 216.

⁷⁴ Ver obras completas de GONZÁLEZ (2019) y CONTARDO & CORTÉS (2019).

⁷⁵ Por ejemplo, en *Fredes con Multitienda Corona S.A.*, la CA de Concepción señala: “A su turno, el daño moral está representado por las incomodidades y molestias, frustración y sensación de engaño que ha sentido la compradora al percatarse que el producto que adquirió, el cual creía nuevo, no lo era (...)”. Corte de Apelaciones de Concepción, 29 de mayo de 2013. Rol N° 359-2012, § 5°.

⁷⁶ CONTARDO & CORTÉS (2019). *Op. Cit.* p. 22.

“Octavo: Que, en torno al daño moral demandado, lo cierto es que no existe en autos prueba suficiente que permita tener por acreditada la existencia de este tipo de menoscabo. En efecto, la sola consideración de las contrariedades o disgustos que la situación producida pudo haber ocasionado al actor, conforme a los relatos de los testigos, no puede constituir un antecedente con aptitud bastante como para permitir estimar demostrado que efectivamente este sufrió un daño, un deterioro, esto es, algo más que la simple molestia que puede provocar una situación desagradable, por mayor que sea ese desagrado”⁷⁷.

El ceder ante estas pretensiones sin probar una afectación real y de una magnitud considerable en los intereses personales, implica aceptar como un daño indemnizable las meras molestias o menoscabos que se producen constantemente en las relaciones cotidianas y de los negocios. Son los costos propios de vivir en una sociedad compuesta por más individuos.

Es por eso por lo que, como ya se mencionó, los tribunales han intentado darle contenido al daño moral haciendo un análisis más profundo para justificar de mejor manera la procedencia o improcedencia de este. Se ha dicho entonces que, para otorgar una partida de daño extrapatrimonial, se debe acreditar un menoscabo a los intereses del consumidor que provoquen una alteración de las condiciones de vida. La Corte de Apelaciones de Santiago fue clarificadora respecto a las diversas afectaciones que pueden verse implicadas. Señaló:

“En efecto, el daño moral supone una afrenta a la dignidad de las personas que provoque un estado psicológico deficitario que resienta la capacidad física y/o psíquica de manera tal que sus condiciones de vida, luego de un hecho reprochable por parte de un tercero, configuren para el afectado un cambio tal que se evidencian carencias, antes inexistentes. De otra manera puede decirse que la procedencia del daño moral requiere la existencia de un sufrimiento por parte del afectado que involucre además la sensación de incapacidad para llevar una vida plena en conformidad a sus capacidades y opciones de vida”⁷⁸.

⁷⁷ Corte Suprema, 15 de enero de 2018. Rol N° 36734-2018, § 8°.

⁷⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 15 de noviembre de 2005. Rol N° 4577-2004, § 3°.

Con todo lo expuesto, es posible ultimar que el daño moral es una institución difícil de definir a ciencia cierta y que por eso mismo ha sido un concepto jurídico que ha estado en constante evolución. La doctrina y la jurisprudencia han estado contestes en ampliar su noción a medida que la vida en sociedad se ha vuelto más compleja. En el plano del derecho del consumidor, su discusión no se ha quedado atrás, aceptando la tutela efectiva de diversos intereses cuando el hecho o hechos ilícitos atentan la esfera personal de los consumidores o se vea afectada su calidad de vida. Sin embargo, queda preguntarse si estas mismas ideas e interpretación de daño extrapatrimonial personal o individual son extrapolables a la noción de daño moral colectivo.

b. Daño moral colectivo

Una de las acepciones que intentan explicar el concepto “daño moral” es la afectación de *intereses*. Como se indicó, se puede producir un perjuicio al interés extrapatrimonial con independencia de si el bien, cosa o derecho vulnerado es de carácter patrimonial o extrapatrimonial⁷⁹.

Pues bien, para el caso del daño moral colectivo, la doctrina está de acuerdo en que este se configura a partir de la noción de *intereses supraindividuales*, por oposición a la transgresión del interés individual, como fue estudiado hasta ahora. Sin ir más lejos, el Párrafo 3º de la LPC lleva por título “Del procedimiento Especial para Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores”.

En efecto, Molinari expresa que “[e]l interés afectado no es individual, sino que es de carácter colectivo y, en nuestra opinión, solo en ese caso debiera hablarse de “daños colectivos”. En este sentido, el daño colectivo no se determina por el número de personas involucradas por el evento

⁷⁹ GONZÁLEZ (2021), p. 125. Eduardo Zanonni sostiene que “lo que define al daño moral no es, en sí, el dolor o los padecimientos. Ellos serían resarcibles a condición de que se provoquen por la lesión a una facultad de actuar que impide o frustra la satisfacción o goce de intereses no patrimoniales reconocidos a la víctima del hecho dañoso por el ordenamiento jurídico. Y estos intereses, es prudente reiterarlo, pueden estar vinculados tanto a derechos patrimoniales como a derechos extrapatrimoniales”. Citado en DIEZ *Op. Cit.* p. 89.

dañoso, sino por la naturaleza del interés afectado, el que corresponde a un interés grupal o colectivo”⁸⁰.

En igual sentido, González argumenta: “En el caso del daño moral colectivo debe afirmarse, en primer lugar, que este se sitúa en el plano de los intereses supraindividuales y como tal su configuración no puede depender de la repercusión personal que se produzca a los miembros que componen el grupo lesionado. En otras palabras, la afectación individual (de la naturaleza que sea) que el hecho ilícito genera en las personas es un factor que no necesariamente está ligado al concepto normativo de daño moral colectivo”⁸¹.

No se trata en definitiva de la afectación a muchos intereses individuales reunidos por una característica en común del grupo. Por el contrario, se trata de una única afectación, aunque expandida de forma indivisible en un conjunto de personas a partir de sus peculiaridades similares. Es esta característica precisamente lo que diferencia el daño moral colectivo en *stricto sensu* de los daños individuales plurales⁸².

A nivel comparado, Brasil es uno de los países más desarrollados de la región, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, en cuanto al avance sobre los perjuicios colectivos⁸³. Las profesoras Carolina Medeiros y Heloisa Gomes señalan que “el daño moral se traduce en una lesión en la esfera social de un grupo (determinable o no) de sujetos, que no se confunde con el patrimonio material o moral de los individuos que lo componen. Se trata de la ofensa a intereses no patrimoniales colectivos que presentan una base fáctica común, aunque no exista una previa relación jurídica entre sus miembros y acarrea un rebajamiento inmediato de la calidad colectiva de vida”⁸⁴.

Desde Argentina, Matilde Zavala de González plantea que “[e]l perjuicio colectivo es único, aunque expandido entre los sujetos, a los cuales llega indivisiblemente por la inserción en el

⁸⁰ MOLINARI (2018), p. 521.

⁸¹ GONZÁLEZ (2018) *Op. Cit.* p. 125.

⁸² ZAVALA (1999), p. 145.

⁸³ El artículo 6° párrafo VI del Código de Defensa del Consumidor indica que uno de los derechos básicos de los consumidores es: “La efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales, colectivos y difusos”.

⁸⁴ MEDEIROS & GOMES (2019), p. 45.

conjunto, a raíz de una calidad común y significativa en el contexto lesivo: por padecer sida, por habitar en un cierto lugar, por pertenecer a una determinada raza o nacionalidad, por ejercer una específica función o actividad profesional”⁸⁵.

El daño moral colectivo tiene su nacimiento y justificación a partir de las nuevas relaciones de consumo, de negocios y, en último término, relaciones del día a día que tienen lugar en una sociedad de masas. No es posible dimensionar y entender este tipo de perjuicios dentro del lenguaje decimonónico de nuestro Código Civil, en donde el individualismo liberal que lo caracteriza pone al centro a la persona humana, regulando cómo puede celebrar actos jurídicos para disponer de distintos bienes, por eso regla quién es capaz de celebrarlos, de qué forma, a través de cuáles instrumentos, cómo puede formar sociedades, cuáles son los remedios flanqueados por la ley en caso de incumplimientos y, finalmente, qué pasa con estos bienes cuando la persona fallece. Este nuevo entendimiento de relaciones y lazos entre distintas entidades da paso a una protección de ciertos bienes comunes que son transversales a las individualidades, por ejemplo, el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, el respeto por ser miembro de un pueblo originario, por pertenecer a comunidades de disidencia sexual, por contener la calidad de consumidor final o material, entre otros.

En palabras de Zavala de González: “En anteriores concepciones, ofuscadas por el individualismo, pareciera que ciertos bienes, por ser todos o de muchos, no son de nadie. Por eso, quedaban sin protección cabal, pese a que gran cantidad de personas o toda la comunidad estaban interesadas en su preservación. Los árboles no dejaban ver el bosque: se tutelaba “cada árbol” (sujeto), pero no el sistema como tal (el “bosque”, conjunto aglutinado de sujetos). En la actualidad, la masificación y propagación de los peligros, así como su carácter diluido e imbricado, exigen un cambio de enfoque, en cuya virtud el derecho de daños se ocupe no sólo de lo “mío exclusivo”, sino también de lo “mío y de otros”: “lo nuestro””⁸⁶.

Se suma a esta explicación González Cazorla, quien agrega que “[e]l daño moral colectivo se erige como respuesta al notable cambio que han tenido las relaciones de consumo en el ámbito

⁸⁵ ZAVALA (1999). *Op. Cit.* p. 146.

⁸⁶ *Ibid.* p. 147.

supraindividual de personas, en donde uno o más proveedores entrelazan su actividad con un número importante de personas, consideradas como un todo, a quienes les afectan las consecuencias derivadas de la infracción a sus derechos o intereses”⁸⁷.

c. ¿Cómo entiende el daño moral colectivo la LPC?

A partir de esta definición de daño moral colectivo, resta preguntarse cómo es entendido por la Ley de Protección al Consumidor posterior a su modificación mediante la Ley 21.081. Como ya ha sido mencionado reiteradamente en este trabajo, el nuevo artículo 51 N° 2 de la LPC permite la indemnización por el daño moral colectivo. Con el objeto de recordar, este numeral prescribe:

Inciso segundo: “Las indemnizaciones que se determinen en este procedimiento podrán extenderse al daño moral siempre que se haya afectado la integridad física o psíquica o la dignidad de los consumidores. Si los hechos invocados han provocado dicha afectación, será un hecho sustancial, pertinente y controvertido en la resolución que reciba la causa a prueba”.

A partir de la lectura de este artículo, llama la atención que el legislador haya señalado que se extenderá la indemnización al daño moral cuando *se afecte la integridad física o psíquica o la dignidad de las personas*. Los dos primeros elementos, integridad física y psíquica, claramente dan cuenta de una dimensión personal de vulneración. Se trata de un planteamiento subjetivo de daños, toda vez que el grado de afectación en cada consumidor respecto a estas partidas necesariamente debe ser analizado de manera individual. Si bien no niego que un hecho ilícito puede potencialmente atentar contra distintas personas (daños individuales) a la vez, produciendo entonces una afectación a una gran masa de personas, pareciera ser que el legislador entendió “daño moral colectivo” como un cúmulo de intereses afectados o, como dice Zavala de González, se trataría en verdad de daños morales plurales. Es preciso distinguir bien ambas nociones de perjuicios, esto es, daño moral colectivo y daños morales plurales, ya

⁸⁷ GONZALEZ (2021) *Op. Cit.* p. 124.

que separar ambos conceptos tiene una trascendencia práctica al momento de probar los daños reclamados.

De esta forma, Barrientos explica que “[e]n efecto, la reglamentación nos lleva a pensar que, en verdad, no se regula el “*daño moral colectivo*”, entendido como un interés que pertenece a la colectividad considerada como un todo (v.gr. indemnizaciones a pueblos, comunidades, agrupaciones, etc.); sino que, más bien, estaríamos frente a *intereses individuales homogéneos* (la sumatoria de los intereses individuales de los sujetos determinados que componen una colectividad afectada). Y si la naturaleza del perjuicio indemnizatorio se mide por la lesión a la integridad física o psíquica o la dignidad de los consumidores ¿quién está mejor en posición para decir cómo y cuándo dichos consumidores sufren daño moral? Parece ser que, precisamente, sería cada consumidor afectado quien se encontraría en la mejor posición para acreditar sus propios perjuicios morales”⁸⁸.

Esta idea se refuerza en el inciso cuarto del numeral 2 del artículo 51, al señalar: “*En la determinación del daño moral sufrido por los consumidores, el juez podrá establecer un monto mínimo común*”. Si entendemos que una de las funciones de la indemnización es compensatoria, necesariamente se producirán “*infravaloraciones*” y “*sobrevaloraciones*” en los montos estimados prudencialmente por el o los jueces. La valoración *in abstracto* colectivamente es “*dogmáticamente incompatible con la naturaleza subjetiva del daño moral*”⁸⁹.

Por ello es que al siguiente inciso se indica que: “*En caso de que se estableciere un monto mínimo común, aquellos consumidores que consideren que su afectación supera dicho monto mínimo podrán perseguir la diferencia en un juicio posterior que tendrá como único objeto dicha determinación, sin que pueda discutirse en él la procedencia de la indemnización*”, dando razón, entonces, a que el legislador pensó realmente en perjuicios particulares. Resulta interesante preguntarse qué sucedería en los casos contrarios, cuando el monto común determinado sea superior a la verdadera afectación sufrida por el consumidor y reciba, entonces, un monto superior de indemnización.

⁸⁸ BARRIENTOS (2017).

⁸⁹ MUNITA (2019), p. 227.

Como se mencionó, en las relaciones de consumo un mismo hecho ilícito cometido por parte de un proveedor puede terminar dañando a muchos consumidores, en distintos grados, como por ejemplo, vender alimentos en mal estado o con componentes nocivos, lanzar publicidad ofensiva o cometer actos de discriminación a un determinado grupo de la sociedad, entre otros. Pese a lo anterior, este trabajo está centrado en el daño moral colectivo producido en los consumidores a propósito del ilícito de la colusión, uniéndolo con ello el mundo de la libre competencia junto al de la protección a los derechos de los consumidores. Así las cosas, y centrados en esta última idea, lo cierto es que es bastante difícil poder acreditar que a raíz de este atentado contra la libre competencia se pueda producir un perjuicio en la esfera personal de los consumidores, sea una afectación psíquica o física. Extenderlas a que constituyen una forma de daño moral colectivo como fue descrito anteriormente sería forzoso, salvo, quizás, en aquellos casos en que el bien afectado sea algún medicamento. Sin embargo, el precepto anteriormente citado incluye otra categoría adicional: la dignidad.

En la siguiente parte se analizará cómo probar racionalmente el daño moral colectivo producido en los consumidores derivado de una colusión, estudiando a partir de la teoría racional de la prueba, los distintos estadios de la actividad probatoria, el estándar de prueba y, finalmente, qué es lo que debe ser probado en el juicio colectivo.

IV. CUARTA PARTE

a. El daño moral se prueba

Durante un tiempo la jurisprudencia nacional, a diferencia de lo que planteaba la doctrina, se inclinó por eliminar la exigencia probatoria del daño moral argumentando que, dada la naturaleza y dimensión personal, espiritual y subjetivo, no era posible dar cuenta de una afectación en el seno interno de las personas ya que no era una partida capaz de ser evaluada en dinero⁹⁰. Como se podrá notar, esta postura se alineaba con el concepto más primitivo del daño extrapatrimonial, entendido como *pretium doloris* y que fue analizado arriba.

Posteriormente, surgió una corriente que, ya ampliando la noción del daño moral a una afectación de derechos subjetivos, se limitaba a exigir la prueba de esa vulneración de derechos para dar por zanjada la comprobación del daño, sin demostrar el vínculo entre el perjuicio padecido y los hechos, solución que implica lo mismo que no exigir su prueba⁹¹.

El gran problema con estas tesis es que se deja al arbitrio de los jueces la existencia del perjuicio y con ello la justificación del monto de las partidas indemnizatorias. El daño es una institución única dentro de la responsabilidad civil y como tal se debe acreditar siempre su existencia, ya sean daños patrimoniales o morales, y en este último, también en su dimensión colectiva.

Sin ir más lejos, la misma LPC en su artículo 51 N° 2 señala que, si los hechos invocados han producido una afectación a la integridad física, psíquica o a la dignidad de los consumidores, serán hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos en la resolución que reciba la causa a prueba. Al que se le suma el inciso sexto del artículo 50 de la LPC que prescribe:

⁹⁰ CÁRDENAS & GONZÁLEZ (2007), p. 216. Femenías agrega que: “los jueces tenderán a excluir la exigencia probatoria del daño moral, por cuanto estiman, que la dificultad que entrañaría la prueba del mismo haría imposible obtener una indemnización por esta partida para el afectado, ya que resultaría una quimera intentar acreditar el dolor experimentado, o el pesar o malestar que se ha padecido. FEMENÍAS (2011), p. 37.

⁹¹ *Ibid.* p. 217.

“Para los efectos de determinar las indemnizaciones o reparaciones que procedan con motivo de denuncias y acciones **será necesario acreditar el daño**. Asimismo, en el caso de acciones de interés colectivo se deberá acreditar el vínculo contractual que liga al infractor y a los consumidores afectados” (destacado propio).

Exigir la prueba de los daños extrapatrimoniales se funda en principios procesales y en razones sustantivas.

Desde una mirada procesal, nuestro sistema jurídico consagra a nivel constitucional el *principio al debido proceso*, entendido como “el derecho a un justo y racional procedimiento y conlleva el deber de la motivación de las decisiones de autoridad, especialmente, de las resoluciones judiciales”⁹².

El debido proceso implica contar con sentencias motivadas y el derecho a defensa. Respecto de la justificación de las sentencias, los jueces siempre deben exteriorizar el razonamiento de sus decisiones, tomando en consideración todos los antecedentes que se les presentan en los procedimientos en tiempo y forma, los que serán, en definitiva, las pruebas para acreditar los enunciados sobre los hechos invocados. Si no se cumple con este principio, el Derecho cuenta con mecanismos de control, regulando un sistema de recursos. Por su parte, respecto al derecho a la defensa en materia probatoria, se debe señalar que los actores de un procedimiento siempre tendrán la posibilidad de presentar descargos -manifestado en el principio de bilateralidad de las audiencias- que les permite rendir prueba para desvirtuar posiciones alegadas.

En ambas dimensiones (sentencias motivadas y derecho a defensa), la prueba del daño moral se constituye en una garantía en contra de la arbitrariedad judicial⁹³.

Finalmente, como razones sustantivas, se ha dicho que “el daño es un hecho excepcional y por consiguiente de aplicación restrictiva”⁹⁴ y que, además, para una correcta aplicación del

⁹² *Ibid.* p. 220.

⁹³ *Ibid.* p. 221.

⁹⁴ FEMENÍAS (2011) *Op. Cit.* p. 41.

principio de reparación integral del daño, es menester que aquello presentado o alegado como daño por parte de un actor y cuya pretensión es ser reparado, deba ser acreditado⁹⁵.

b. Afectación a la integridad física, psíquica y a la dignidad

De la lectura de la LPC, se desprende que el legislador se decidió por una categoría calificada de la procedencia del daño moral colectivo, es decir, solo cuando los “hechos” invocados hayan “provocado” una afectación a los siguientes bienes jurídicos: la integridad física o psíquica y la dignidad de los consumidores.

Lamentablemente, y como ha sido desarrollado a lo largo de todo el trabajo, la redacción que tuvo el legislador chileno para regular al daño moral colectivo no fue la mejor porque a la postre termina produciendo más dudas que certezas, llevando a una larga y no pacífica discusión doctrinal y próximamente jurisprudencial sobre la interpretación y el alcance de la ley.

En primer término, la forma en que está escrito el artículo 51 N° 2 inciso segundo de la LPC hace pensar que lo que en verdad se está reconociendo es un cúmulo de intereses individuales homogéneos por contraposición al verdadero significado del daño moral colectivo, entendido como la afectación indivisible a un grupo de individuos. Una posible solución a esto habría sido que, en vez de nombrar los bienes jurídicos susceptibles de afectación, se haya preferido nombrar simplemente que procede la indemnización cuando exista un “daño extrapatrimonial” colectivo.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la redacción dificulta la actividad probatoria toda vez que está pensado desde una dimensión personal al considerar perturbaciones individuales como la integridad física o psíquica. Fuera de casos en que el bien de consumo objeto de la colusión sean medicamentos o algún tipo de alimento especial o suplementario necesario para personas con determinadas necesidades, es difícil imaginarse que este hecho ilícito logre afectar de manera significativa la integridad física o psíquica. No es posible separar el daño producido a nivel personal del producido a nivel colectivo dado que necesariamente

⁹⁵ CÁRDENAS & GONZÁLEZ (2007) *Op. Cit.* p. 221 y FEMENÍAS (2011) *Op. Cit.* p. 41.

para poder probar el segundo por medio de estas categorías calificadas, se debe atender a la persona víctima de la colusión. Como fue mencionado anteriormente de la mano de la profesora Barrientos, nadie más que los propios consumidores afectados serán capaces de demostrar sus propios perjuicios morales.

Pese a lo anterior, aún queda un elemento más por analizar: la dignidad. Esta expresión tiene distintos alcances en el Derecho en general y en el derecho privado en particular⁹⁶. Respecto a la LPC, es posible encontrarla en tres hipótesis: (i) como límite a la dignidad y a los derechos de las personas en los sistemas de seguridad y vigilancia en los establecimientos comerciales (artículo 15 LPC); (ii) como circunstancia agravante de la conducta de un proveedor (artículo 24 LPC); y (iii) como supuesto de reparación del daño moral en los procedimientos de interés colectivo o difuso (artículo 51 N° 2 inciso segundo LPC).

Pero ¿qué debemos entender por dignidad? Este concepto resulta difícil de definir debido a que se encuentra en constante avance y evolución debido a su textura abierta. Una primera aproximación sería que “la dignidad no es aquella virtud de un “dignatario” –proveniente de su estatus, títulos o jerarquías–, sino una calidad inherente a todo ser humano, sin excepción, y simplemente por el hecho de ser tal (y de ahí que sea apropiado apellidarla “humana”)”⁹⁷.

El término se extrapoló de lo simplemente moral al derecho durante el siglo XX a través del progreso en la concepción de los derechos humanos, recogidos en diversos tratados, como consecuencia de la degradación humana vivida durante la Segunda Guerra Mundial⁹⁸.

Para Tapia, la dignidad recogida dentro del ordenamiento “no es más que la expresión jurídica de la noción kantiana de la autonomía, esto es, tratarse a sí mismo y a los demás nunca como un medio sino como un fin en sí mismo. Es toda diferencia, en la filosofía kantiana, entre lo que

⁹⁶ TAPIA (2020), p. 1022.

⁹⁷ TAPIA (2021), p. 37. Para la Dra. Gisela López Fuentes, la dignidad debe ser entendida como “el interés inherente a toda persona por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada”. Citada en GONZÁLEZ (2021) *Op. Cit.* p. 134.

⁹⁸ TAPIA (2021), *Op. Cit.* p. 37. Tapia, parafraseando a Jürgen Habermas, señala que “al menos en la modernidad siempre ha existido una conexión implícita entre la noción moral de dignidad humana y la concepción jurídica de los derechos humanos, pues ha sido el vehículo mediante el cual el sustrato igualitario y universalista de la moral se ha trasladado al derecho”. TAPIA (2021), p. 38.

tiene precio y lo que tiene dignidad”⁹⁹. De esta forma, se desprende que la persona afectada en su dignidad es instrumentalizada para conseguir algún objetivo específico y para el tema que nos convoca, los consumidores son instrumentalizados, utilizados como un medio y no como un fin, para poder obtener ganancias supra-competitivas gracias al sobreprecio que pagan en aquellos bienes y servicios objeto de una colusión.

Cobraré, evidentemente, una especial atención en aquellos productos que sean sensibles o de primera necesidad, y que en nuestro país tuvimos la experiencia en los casos de colusión del papel tisú, de la carne fresca de pollo, de pañales y de remedios. Sin ir más lejos, respecto a este último, la sentencia de la Corte Suprema que confirmó la sanción de dicha colusión afirmó que “el interés económico se sobrepuso a la dignidad humana, a la vida y a la salud de las personas”¹⁰⁰.

Bajo esta noción de dignidad, el daño moral colectivo “no se sitúa como la mera insatisfacción de bienes colectivos, sino como un menoscabo del plan de vida de las personas, sus proyecciones y la calidad de la misma en un entorno masivo”¹⁰¹.

De esta forma, dada la redacción de la LPC, la afectación en la dignidad de los consumidores surge como la vía más sensata para lograr probar el daño moral colectivo entendido de la forma correcta (afectación indivisible a un grupo de personas) al darle un sentido más objetivo del mismo, o si se prefiere para evitar discusiones, al daño extrapatrimonial a nivel colectivo. Más allá de una afectación física o psíquica individual de cada consumidor como lo indica la LPC, en aquellas situaciones en que la colusión, el hecho ilícito, logre mermar la calidad de vida de las personas (v.gr. pagando un precio superior, no pudiendo acceder al bien o servicio, o conformándose con uno de menor calidad), se producirá un daño moral colectivo.

En el siguiente apartado se analizará la actividad probatoria para demostrar dicho perjuicio.

⁹⁹ *Ibid.* pp. 38-39.

¹⁰⁰ Corte Suprema, del 07 de septiembre del 2012, en *Fiscalía Nacional Económica con Farmacias Ahumada S.A. y Otros* (2012). Rol 2578-2012.

¹⁰¹ GONZÁLEZ (2021) *Op. Cit.* p. 136.

c. Prueba del daño moral colectivo en sede de libre competencia

En general, cuando se estudia el derecho de daños, son pocos los textos que lo abordan también desde una mirada procesal. Esta división dicotómica del derecho civil “sustantivo” y el derecho procesal “adjetivo” pareciera ser que obliga a los estudiantes de Derecho a aprender ambas disciplinas por carriles separados. Sin embargo, desde mi punto de vista, estudiar sobre el derecho de daños debe ir esencialmente acompañado desde la dimensión procesal ya que de esta forma se consigue un mejor entendimiento de la labor del juez y las partes al enfrentarse a estos casos.

Ferrer señala: “Seguramente no se discutirá que una de las funciones principales del Derecho es dirigir la conducta de sus destinatarios. (...) Para conseguir motivar la conducta, el legislador suele añadir la amenaza de una sanción para quien no cumpla con la conducta prescrita. Pero, para que ello resulte efectivo, los sistemas jurídicos desarrollados prevén la existencia de órganos específicos –jueces y tribunales– cuya función principal es la determinación de la ocurrencia de estos hechos a los que el Derecho vincula consecuencias jurídicas y la imposición de esas consecuencias a los sujetos previstos por el propio Derecho”¹⁰².

En otras palabras, el sistema jurídico busca modelar las conductas de las personas y establece sanciones y/o relaciones jurídicas cuando se produzcan determinados hechos, los cuales deben ser acreditados ante un tribunal. Solo de esta forma será posible exigir el cumplimiento de dichas sanciones o relaciones jurídicas. De esta afirmación se desprende lo virtuoso del estudio del derecho de daños junto a la visión procesal, principalmente en cuanto a la actividad que realizan los jueces dentro del procedimiento. Por medio de la acreditación de los enunciados sobre hechos, será posible dar por probado el daño (en este trabajo, el daño moral colectivo) y sus respectivas consecuencias jurídicas. Por esa razón, no basta con que de una sentencia condenatoria de colusión por parte del TDLC y la CS se desprenda, *ipso facto*, la obligación de indemnización de daño moral por parte de los sancionados; es deber de quien alega aquel

¹⁰² FERRER (2007), pp. 29-30. En igual sentido, el profesor Peñailillo indica que el objeto de la prueba son los hechos o actos jurídicos y que “solo demostrando la existencia de cierto hecho o acto se obtendrá el reconocimiento jurídico y el Derecho sancionará el derecho subjetivo y la correlativa obligación o la relación jurídica de que se trata”. PEÑAILILLO (1989), p. 3.

perjuicio demostrar en un juicio distinto que se produjo la vulneración, lo que sin dudas es una ardua tarea.

Así las cosas, los jueces del TDLC por medio de su actividad probatoria, regulado por normas de fondo y forma, deberán conocer de datos o evidencias para sostener que son verdaderas o falsas las premisas de hecho¹⁰³ que manifiestan que se produjo un daño moral colectivo derivado de una colusión. Se razona, entonces, que “los jueces son quienes en la vida pública administran la manera en que las reglas se vuelven un tipo de verdad”¹⁰⁴.

Como la prueba de los enunciados de los hechos se da en un contexto jurídico normado por reglas de fondo y forma, y a diferencia de la actividad probatoria en otras disciplinas, jamás será posible obtener una “verdad absoluta”, sino que más bien a una verdad aproximada o por correspondencia¹⁰⁵ y de ahí que Ferrer señale que la decisión que se adopte dentro del proceso respecto a la prueba de los hechos “se caracteriza necesariamente por su producción en un contexto de incertidumbre”¹⁰⁶.

Lo anterior conlleva a entender que las decisiones de los jueces dentro de su actividad convivirán siempre con errores y por eso es que el ordenamiento, dentro de una teoría racional de la prueba, entrega reglas de estándar de prueba, entendidas como “aquella que determina el umbral de suficiencia probatoria para un determinado grupo de casos y que permite distribuir los errores que se producirán en el conocimiento de los hechos”¹⁰⁷. En el caso de procedimientos indemnizatorios ventilados ante el TDLC, al tratarse propiamente de una materia de derecho privado, y en específico, del derecho de daños, el estándar debe ser el de prueba preponderante, distribuyendo los riesgos de manera simétrica.

Exigir un estándar más elevado, como el de prueba clara y convincente o bien el de más allá de toda duda razonable, debe ser desechado por dos motivos. El primero de ellos es porque se trata

¹⁰³ VALENZUELA (2019), p. 181.

¹⁰⁴ *Ibid.* p. 179. En igual sentido, FERRER (2007) *Op. Cit.* pp. 29-31.

¹⁰⁵ Para Carnelutti, “Probar, en efecto, ya no significará demostrar la verdad de los hechos controvertidos, sino determinar o fijar formalmente los hechos mediante determinados procedimientos”. Citado en FERRER (2007) *Op. Cit.* p. 24.

¹⁰⁶ FERRER (2007) *Op. Cit.* p. 24.

¹⁰⁷ VALENZUELA (2019) *Op. Cit.* p. 182.

del estándar general aplicado en los procesos civiles patrimoniales, siendo el mínimo para dar por probado racional y epistemológicamente una hipótesis. En segundo lugar, porque sería desnaturalizar la intención de la ley a dar protección a los consumidores, exigiendo un estándar más alto y casi imposible de alcanzar.

Asimismo, respecto a la valorización de la prueba, la LPC en el último inciso del artículo 50 C prescribe que “la prueba se apreciará siempre conforme a las reglas de la sana crítica”, cuestión que repite en el artículo 51 y en el inciso segundo artículo 30 del DL 211. La sana crítica es el sistema libre de valoración, por oposición a un sistema de valoración legal o tasada, que encuentra como límite para el juez las máximas de la experiencia, los principios de la lógica y los conocimientos científicos¹⁰⁸.

Ahora bien, ¿qué debe ser probado? Cabe recordar que lo que busca este trabajo es analizar la prueba del daño moral colectivo derivado de una colusión. Para ello, se mencionó *supra* que la LPC señala que procederá de manera calificada cuando los “hechos invocados” hayan “provocado” una afectación a la integridad física, psíquica o la dignidad de los consumidores. A continuación, se indicó que, de las categorías recién nombradas, la dignidad es la única que permite dar un sustento objetivo al perjuicio moral colectivo y ello ocurrirá cuando se demuestre que los consumidores, al ser instrumentalizados para obtener los beneficios del acto anticompetitivo, ven mermada su calidad de vida.

Por otro lado, la ley menciona que al demandante le basta “señalar el daño sufrido y solicitar la indemnización que el juez determine”¹⁰⁹, por lo que solo se trata de una prueba de existencia y no de magnitud. Así las cosas, la parte demandante enunciará que ocurrieron determinados hechos y los ministros del TDLC, para que den por probado aquello, tendrán que responder a tres cuestiones¹¹⁰: (i) que estos enunciados sobre hechos son una instancia de la clase de hechos regulados por la ley; (ii) si se encuentran respaldados por pruebas; y (iii) si la prueba aportada logra superar el umbral de suficiencia probatoria.

¹⁰⁸ CARBONELL (2019), p. 602 y VALENZUELA (2019), p. 178.

¹⁰⁹ Lo mismo exige el inciso final del artículo 50: “Para los efectos de determinar las indemnizaciones o reparaciones que procedan con motivo de denuncias y acciones será necesario acreditar el daño”.

¹¹⁰ Siguiendo el esquema presentado en CARBONELL (2019), p. 595.

La teoría racional de la prueba, defendida desde hace varios años por el profesor Jordi Ferrer, explica que la actividad probatoria puede ser dividida, al menos, en 3 momentos o hitos: (i) etapa de inclusión probatoria; (ii) de valoración de la prueba; y (iii) de decisión probatoria.

Respecto a la primera de ellas, en que las partes aportan prueba al juicio, la LPC en el inciso segundo del artículo 50 C indica que “las partes podrán realizar todas las gestiones destinadas a acreditar la infracción y a probar su derecho, pudiendo valerse de cualquier medio de prueba admisible en derecho”. Además, el artículo 51 N° 2 explicita que el juez, de oficio o a petición de parte, puede ordenar un peritaje para poder establecer un monto mínimo común.

Ahora bien, lo que se debe probar son los hechos que, según la parte demandante, han provocado un daño moral colectivo. Siguiendo a Tapia, “siendo un daño inmaterial, resulta imposible probar la realidad del padecimiento (del dolor, de la humillación, etc.), sino solo aquellos hechos, externos y objetivos, que permiten inferir que ellos provocaron tal afectación”¹¹¹. Por lo tanto, se deben presentar todos aquellos antecedentes que den cuenta de lo acontecido, lo que incluye, por supuesto, la sentencia condenatoria dictada por el mismo TDLC. El inciso segundo del artículo 30 del DL 211 recalca que, al resolver sobre la acción de indemnización de perjuicios, el Tribunal fundará su fallo en los hechos establecidos en la sentencia condenatoria que sirvan de antecedente a la demanda.

La prueba pericial, por su parte, servirá para crear todos los grupos y subgrupos que sean necesarios para identificar a los consumidores afectados. Respecto a este punto es preciso analizar un posible problema que surgirá cuando se intente iniciar esta acción colectiva. La LPC es clara en distinguir aquellos intereses que son colectivos de aquellos que son difusos. En el primero de ellos, se trata de un grupo determinado o determinable de consumidores que se encuentren ligados a un infractor por medio de un vínculo contractual. En cambio, los intereses difusos tendrán lugar cuando las acciones se promuevan en defensa de un número indeterminado de consumidores¹¹². A su vez, respecto los intereses colectivos, los consumidores deben acreditar el *vínculo contractual* que los liga con los proveedores.

¹¹¹ TAPIA (2020) *Op. Cit.* p. 1032.

¹¹² Artículo 50 inciso quinto LPC.

Si se sigue una interpretación restrictiva de lo anterior, solo aquellos consumidores que hayan contratado directamente con la empresa coludida podrían contar con la legitimación activa para poder iniciar una acción judicial. En otras palabras, solo si se hubiera adquirido un producto exclusivamente a una productora de estos bienes, sin pasar por intermediarios como pueden ser un almacén o un supermercado, el consumidor podría acreditar el acto jurídico oneroso.

No obstante, mantener una interpretación de estas características es atentatorio contra el mismo espíritu de la LPC, que busca, precisamente, la protección a todos los consumidores y que los define como “las personas (...) que, en virtud de cualquier acto oneroso, adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios”¹¹³. En ese orden de ideas, la interpretación más lógica debe ser aquella que aboga por un concepto amplio de consumidor, el cual será aquel individuo que adquiere, utiliza o disfruta de un bien en virtud de haberse celebrado en algún eslabón de la cadena productiva un acto oneroso¹¹⁴. Lo anterior se sustenta en la teoría de los contratos conexos el cual “implica que todos los intervinientes en la cadena de consumo estén vinculados a través de una serie de convenciones que, aun cuando jurídicamente independientes entre sí, están económicamente entrelazadas”¹¹⁵.

El SERNAC deberá disponer de un sistema de registro rápido y expedito que facilite la comprobación del vínculo jurídico, el que deberá ser apoyado por el perito para lograr dividir a los consumidores en los distintos grupos. Ejemplos de ellos, pueden ser los consumidores que pagaron un sobreprecio o aquellos que, manteniendo un patrón de compra del bien, debieron dejar de consumirlo; también sería posible dividirlos según estrato social o mercado geográfico, según sea el consumo del producto en un determinado nivel socioeconómico o regional; otros según rangos etarios y así en un sin fin de grupos con determinadas características comunes. Esta búsqueda de consumidores afectados puede ser apoyada por los mismos proveedores ya que el inciso final del artículo 51 prescribe que estarán obligados a entregar al tribunal todos los instrumentos que obren o deban obrar en su poder y que tengan relación con la cuestión debatida. Así, por ejemplo, en aquellas situaciones en que el consumo sea directo con las empresas coludidas, como en los casos Farmacias o Supermercados, se podrían aportar bases de datos que

¹¹³ Artículo 1º N°1 LPC.

¹¹⁴ HERNÁNDEZ Y GÁTICA (2019), p. 24.

¹¹⁵ *Ibid.*

son recogidos al momento del pago en forma de “sistemas de puntos o beneficios” o “clubes” y que cuentan con la información de los clientes y el nivel de consumo de estos.

Volviendo a las etapas de la actividad probatoria, la segunda de ellas es la valoración de la prueba acompañada en el juicio e intenta responder si los hechos están respaldados por los medios probatorios. Ya se mencionó anteriormente que la prueba debe ser valorada bajo el sistema de la sana crítica, basado en los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y en los conocimientos científicos. Pues bien, en esta fase “se aprecia la capacidad de las pruebas para corroborar uno o más enunciados sobre hechos”¹¹⁶.

Entonces, lo que se querrá conseguir es, mediante los antecedentes obtenidos, aceptar que un hecho ha ocurrido. Esto es lo que González Lagier denomina “inferencia probatoria” que, de forma simplificada, “es un razonamiento que conecta la información disponible con la hipótesis fáctica o enunciado sobre hechos a probar, mediante un enlace”¹¹⁷. González Lagier distingue entre dos tipos de enlaces, epistemológicos o normativos, según el origen de este. Los segundos vienen dados por una norma legal o jurisprudencial, y los primeros de una generalización de experiencias previas (máximas de la experiencia) o del conocimiento científico, siendo este tipo de enlaces los que importan para este trabajo. Tienen como finalidad tratar de acercarse en la mayor medida posible a la verdad acerca de los hechos que se intentan inferir y su fuerza vendrá dada por la solidez del argumento inductivo en el que descansan¹¹⁸.

De ahí que tengan como estructura: “si se da el hecho *p*, entonces probablemente se dará el hecho *q* (generalización empírica)”¹¹⁹ o, en otras palabras, que existen razones epistémicas para creer que *p*. En el ámbito de este estudio, el hecho *p* será la colusión entre actores del mercado que provocan un alza de precios de bienes y servicios de primera necesidad, obteniendo beneficios mediante la instrumentalización de los consumidores que ven mermada su calidad de vida, y *q* será la afectación a la dignidad de los consumidores entendida como una de las causales del daño moral colectivo.

¹¹⁶ CARBONELL (2019) *Op. Cit.* p. 602.

¹¹⁷ *Ibid.* p. 605.

¹¹⁸ GONZALEZ LAGIER (2007) y CARBONELL (2019), p. 605.

¹¹⁹ CARBONELL (2019) *Op. Cit.* p. 605.

La última etapa de la actividad es la decisión probatoria, intentando responder si la prueba aportada logra superar el umbral de suficiencia probatoria (prueba preponderante) y tomará la forma de “está probado que p ” o “no está probado que p ”. No es lo mismo a decir que “es verdad que p ” porque nunca será posible afirmar la premisa fáctica con absoluta certeza debido al escenario de incertidumbre en que se desarrolla el razonamiento, sumado a las reglas de forma y fondo que la regulan, las cuales algunas de ellas serán incluso contra epistémicas.

Como su nombre lo indica, en esta etapa se decide. Los ministros deberán resolver si la confirmación de la hipótesis de p es o no suficiente para superar el estándar de prueba exigido y, cuando se alcance ese umbral, se afirmará que “existen razones prácticas para *aceptar* que p ”¹²⁰. En los hechos discutidos en este trabajo, “existen razones prácticas para *aceptar* que la colusión utilizó a los consumidores como medios y no como fin para obtener ganancias supra-competitivas, lo que provocó un menoscabo en la calidad de vida de los consumidores [afectación a la dignidad]”, acogiendo, entonces, una acción colectiva indemnizatoria de daños morales colectivos.

De esta forma queda completado el análisis de la prueba del daño moral colectivo siguiendo la teoría racional de la prueba presentada por el profesor Jordi Ferrer. Resta ahora referirse brevemente a ciertas críticas de las que han sido objeto las reformas a este procedimiento.

d. Comentarios adicionales

Si bien no son los puntos centrales de este trabajo, corresponde abordar someramente algunas materias que han sido cuestionadas: (i) montos mínimos comunes; (ii) interés difuso; (iii) conexión con el daño punitivo.

La LPC apunta que se deben hacer todos los grupos y subgrupos que sean necesarios para poder identificar a los consumidores que eventualmente sufrieron un daño. Algunas advertencias que ha hecho la doctrina es que con ello se transgrede la naturaleza personalísima del daño moral y que, además, por la función compensatoria de la indemnización, existirían personas que

¹²⁰ CARBONELL (2019) *Op. Cit.* pp. 609-610.

recibirían un monto inferior al realmente sufrido, o bien, en los casos más graves, un monto superior. Un primer comentario respecto a esto es que el daño moral colectivo debe ser analizado fuera de las lógicas individualistas del Código Civil, como ya fue explicado cuando se desarrolló este concepto. Respecto a la segunda prevención, como señalan Jana y Tapia, la indemnización del daño moral no necesariamente tiene una función compensatoria y que sería más correcto hablar de una función satisfactoria en atención a los bienes jurídicos involucrados. La LPC se hace cargo de ello al permitir a un consumidor en particular iniciar un nuevo juicio posterior que tendrá como único objetivo perseguir la diferencia entre el monto mínimo común y lo que el consumidor considere que fue el verdadero valor del daño, sin poder discutirse la procedencia de la indemnización.

En cuanto a la protección de los consumidores por interés difuso, algunos autores opinan que este grupo no tendría la legitimación activa para ser parte de una indemnización porque no se estaría cumpliendo con el requisito de certeza del daño al no poder ser identificados. Pues bien, el artículo 51 N° 2 de la LPC establece que el daño moral puede demandarse dentro de las “indemnizaciones que se determinen en este procedimiento” y el procedimiento dispone que el “procedimiento” se aplica cuando se vea afectado el “interés colectivo o difuso de los consumidores”¹²¹. Sumado a ello, el SERNAC en noviembre del 2020 publicó una circular interpretativa en la cual se sostiene que mediante la doctrina “*Cy-près*”¹²² es posible distribuir las indemnizaciones y/o reparaciones de los intereses difusos. La define “como el conjunto de mecanismos indirectos de distribución que tienen por objeto servir como forma de reparto de una indemnización cuyos destinatarios son indeterminados o indeterminables”¹²³. Explica que es un método compatible con ordenamiento jurídico, pero que debe ser aplicado de forma excepcional y subsidiario en aquellas situaciones de difícil determinación de los beneficiarios, como ocurre con la reparación de la afectación de un interés difuso.

Por último, en relación con el eventual vínculo entre daño moral colectivo y daños punitivos, se puede afirmar que cumplen objetivos distintos ya que una figura es sancionatoria y la otra es

¹²¹ TAPIA (2020) *Op. Cit.* p. 1016. Pie de página.

¹²² Su nombre deriva del vocablo “*si près comme possible*” que significa “tan cerca como sea posible”.

¹²³ Circular interpretativa sobre mecanismos alternativos de distribución de indemnizaciones, reparaciones, devoluciones y compensaciones por afectaciones a los intereses colectivos y difusos. Resolución Exenta N° 759, 06 de noviembre de 2020.

reparatoria. Efectivamente se podrá aumentar en un 25% el monto de la indemnización cuando concurren alguna de las agravantes del artículo 24 c) de la LPC, por remisión del artículo 53 C letra c), siendo una de esas causales haber dañado, de forma grave, la dignidad de los consumidores. Será lógico que se tiendan a confundir ambos elementos al momento de establecer un monto por los jueces, pero estas instituciones poseen naturalezas distintas toda vez que el daño debe ser probado, a diferencia de la sanción civil¹²⁴.

¹²⁴ *Ibid* p. 1018.

CONCLUSIONES

La incorporación del daño moral colectivo en la Ley de Protección a los Consumidores supone un gran desafío para todos los operadores del Derecho, lo que se refuerza aún más si se añaden componentes de la libre competencia. A lo largo de este trabajo se abordaron distintas dificultades, discusiones e interpretaciones sobre este nuevo concepto en distintos estadios procesales, poniendo especial atención a la actividad probatoria que deberán realizar los ministros del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, quienes son los llamados a resolver las acciones colectivas indemnizatorias que deriven del ilícito de colusión.

Mediante el consumo las personas procuran satisfacer sus necesidades elementales y alcanzar una cierta calidad de vida. Es por ello por lo que acuden al *mercado* para obtener bienes y servicios, siendo los consumidores, por regla general, el último eslabón de la cadena de consumo y el más débil entre sus participantes. Por eso, cuando se producen colusiones dentro de los mercados se provocan graves consecuencias, causando daños anticompetitivos y daños indemnizables. Respecto a estos últimos, el daño moral colectivo tomó protagonismo en estas páginas.

Por medio de acciones de clase, los eventuales afectados pueden iniciar un juicio indemnizatorio que deberá ser ventilado ante el TDLC, siguiendo el modelo de las *follow-on actions*, que permiten interponer este tipo de acción una vez que se encuentra ejecutoriada la decisión jurisdiccional que confirma el ilícito anticompetitivo y condena a los involucrados. Además, al conceder el efecto positivo de la cosa juzgada, se beneficia a los consumidores ya que el juicio indemnizatorio se reduce a la determinación del daño y la relación de causalidad entre el perjuicio y la colusión, lo que los libera de demostrar en el juicio los hechos constitutivos del ilícito.

La LPC no goza de una buena técnica legislativa y eso queda demostrado en cómo entiende el daño moral colectivo y las causales de procedencia en su indemnización, principalmente al prescribir condiciones evidentemente personales, como son las afectaciones físicas y psíquicas. Pareciera ser que realmente pensó en daños individuales plurales, en vez de un daño único expandido de forma indivisible en un conjunto de personas a partir de sus características

comunes, a miembros de una colectividad, como es el verdadero sentido del daño moral colectivo que ha sido desarrollado en las experiencias del derecho comparado.

El daño moral colectivo tiene su justificación a partir de las nuevas relaciones sociales, de consumo y negocios. No será posible entender, interpretar y aplicar este perjuicio extrapatrimonial bajo el lenguaje decimonónico del Código Civil, que se funda en principios individualistas liberales. Este nuevo entendimiento de relaciones y lazos entre distintas entidades da paso a una protección de ciertos bienes comunes que son transversales a los grupos que conforman las sociedades, por ejemplo, los consumidores de un determinado mercado, los cuales serán quienes terminen pagando los costos económicos de un acto ilícito como la colusión.

Sin perjuicio de lo anteriormente dicho, la indemnización de este perjuicio también procede cuando se afecte a la dignidad de los consumidores. Este concepto ha sido difícil de definir y conceptualizar debido su textura abierta y constante evolución, sin embargo, parece evocar un sentido de reivindicaciones contra humillaciones y respeto a los seres humanos como condición inherente de ser tal, y surge como la vía más idónea para poder demostrar el perjuicio moral padecido por la masa de consumidores afectados.

Una expresión de vulneración a la dignidad ocurrirá cuando se instrumentalice a los consumidores para llevar a cabo la colusión, por ejemplo, quienes a partir del hecho ilícito tendrán que pagar un sobreprecio, disponer de una menor oferta o alcanzar solo bienes de una calidad inferior, provocando así una merma en la calidad de vida.

Esta manera de entender la vulneración a la dignidad de los consumidores sirve como parámetro objetivo de daño moral colectivo, el que siempre debe ser acreditado por la parte demandante. Para ello será su deber aportar al juicio todos los antecedentes que serán complementados al informe de peritos y la información aportada por las demandadas, cuando corresponda, para que los ministros del TDLC, mediante un ejercicio de inferencia probatoria, se pronuncien señalando que “existen razones prácticas para *acceptar* que la colusión utilizó a los consumidores como

medios y no como fin y así obtener ganancias supra-competitivas, lo que provocó un menoscabo en la calidad de vida de los consumidores” y de esta forma conceder el daño moral colectivo.

BIBLIOGRAFÍA

- Abeliuk, R. (2001). *Las Obligaciones. Tomo II*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Abeliuk, R. (2014). *Las Obligaciones*. Santiago de Chile: Thomson Reuters .
- Aedo, C. (2014). El concepto de daño moral. Zonas problemáticas. En C. Céspedes, *Estudios de Derecho Privado en memoria del profesor Nelson Vera Moraga* (págs. 149-174). Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Aedo, C. (2006). *Responsabilidad Extracontractual*. Santiago de Chile: Librotecnia.
- Alessandri, A. (1943). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*. Santiago de Chile: Imprenta Universitaria .
- Araya, F. (2005). Daño anticompetitivo y daño indemnizable: un ensayo de confrontación. *Revista chilena de Derecho Privado, N° 4*.
- Banfi, C. (2013). La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del derecho de la competencia. *Revista chilena de Derecho Privado, N° 21*.
- Barrientos, F. (2016). *La garantía legal*. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Barrientos, F. (2017). *Proyecto de ley del Sernac ¿regulación de los daños morales colectivos o un colectivo de daños morales individuales?*
- Barros, E. (2010). *Tratado de Responsabilidad Civil*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Budnik, G. (2019). Indemnización de perjuicios por infracciones a la libre competencia. *Revista chilena de Derecho y Ciencia Política*.
- Carbonell, F. (2019). La irradiación procesal del derecho civil: a propósito de los hechos y de su prueba. En V. autores, *Fundamentos filosóficos del derecho civil chileno* (págs. 587-629). Santiago: Rubicón.
- Cárdenas, H., & González, P. (2007). Notas en torno a la prueba del daño moral: Un intento de sistematización. *Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, vol. 37, núm. 106. Universidad Pontificia Bolivariana. Medellín, Colombia., 213-237*.
- Contardo, J. I., & Cortés, F. (2019). *Cuantificación del daño moral de los consumidores*. Santiago de Chile: DER Ediciones.

- Corral, H. (2004). *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*. Santiago de Chile : Editorial Jurídica de Chile.
- Diez, J. (2012). *El daño extracontractual*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.
- Domínguez, C. (2002). *El Daño Moral*. Santiago: Editorial Jurídica.
- Eyzaguirre, C., & Grunberg, J. (2008). Colusión monopólica. Prueba de la colusión, paralelismo de conductas y factores añadidos. *Revista Anales de Derecho UC*. N° 4.
- Femenías, J. (2011). Notas sobre la prueba del daño moral en la responsabilidad civil. *Derecho y Humanidades*. N°17, 31-46.
- Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- Fiscalía Nacional Económica(2014). *Sanciones justas y óptimas para las infracciones a la libre competencia. Minuta Día de la Competencia* . Santiago: Fiscalía Nacional Económica.
- Fueyo, F. (1990). *Instituciones de Derecho Civil Moderno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica.
- González, F. (2021). Daño moral colectivo en el derecho del consumo chileno: Situación actual y proyecciones. *Latin American Legal Studies*, 122-148.
- González, F. (2019). *Daño moral en el Derecho del consumidor*. Santiago de Chile: DER Ediciones.
- González Lagier, D. (2007). Hechos y conceptos. *Doxa: Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, N°15.
- Hernández, G., & Gatica, M. P. (2019). Protección del consumidor y responsabilidad civil por producto o servicio defectuoso. *Revista de Estudio de la Justicia*, núm. 31, 17-43.
- Hernández, G., & Tapia, M. (2019). *Colusión y daños a los consumidores*. Santiago: Thomson Reuters.
- Jana, A., & Tapia, M. (2004). Daño moral en la responsabilidad contractual a propósito de un fallo de la Corte Suprema de 5 de noviembre de 2001. En V. autores, *Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección Derecho Privado, Tomo I* (págs. 171-209). Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales .
- Lewin, N. (2011). Indemnización de perjuicios por atentados a la libre competencia: el daño anticompetitivo, su relación con el daño civil y la determinación de los perjuicios. *Revista Anales Derecho UC*, N° 6.
- Martabit, M. J., & Molinari, A. (2019). Indemnización del daño moral colectivo tras la reforma: críticas y desafíos. *Academia de Derecho y Consumo*.

- Maturana, J. (2020). La acción de indemnización de perjuicios por ilícitos anticompetitivos desde la perspectiva procesal. *Centro Competencia UAI*.
- Maza, Í. d. (2020). La indemnización del daño en las acciones colectivas masivas: ¿Una promesa incumplida? *Estudios de Derecho Civil XV* (págs. 783-798). Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Medeiros, C., & Gomes, H. (2019). Daño moral colectivo en las relaciones de consumo: caracterización, comparación entre el sistema brasileño y colombiano y la visión del Tribunal Superior de Justicia de Brasil. *Opinión Jurídica*, 37-55.
- Molinari, A. (2018). Improcedencia del daño moral como categoría de afectación al interés colectivo frente al reconocimiento del daño punitivo". En Universidad Diego Portales, *Estudios de derecho civil XIII* (págs. 515-532). Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- Munita, R. (2019). Del daño moral y su cuestionable tratamiento desde la órbita de una acción colectiva o difusa (comentarios a la Ley N° 19496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. *Actualidad Jurídica N° 39*, 207-231.
- Peñailillo, D. (1989). *La prueba en materia sustantiva civil*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Tapia, M. (2020). Daño moral colectivo. En V. autores, *Estudios de Derecho Civil XV* (págs. 1015-1040). Santiago: Thomson Reuters .
- Tapia, M. (2021). Dignidad humana en el Derecho Civil. En Departamento de Derecho Privado. Facultad de Derecho, Universidad de Chile, *Derecho Civil y Constitución* (págs. 35-71). Santiago: Tirant Lo Blanch.
- Ulen, T. (2011). An Introduction to the Law and Economics of Class Action Litigation. *European Journal of Law and Economics*, vol 32, N° 2, 185-203.
- Valenzuela, J. (2019). El juez y la prueba: sobre una comprensión del derecho procesal basada en la actividad probatoria. En M. Vial-Dumas, & D. Martínez, *Pensando al juez* (págs. 177-189). Madrid: Marcial Pons.
- Zavala de González, M. (1999). Los daños morales colectivos, En *Lecciones y Ensayos*, N° 72/73/74, pp. 145-159.

JURISPRUDENCIA CITADA

Sentencia Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 77/2008.

Sentencia Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 82/2009.

Sentencia Tribunal de Defensa de la Libre Competencia 132/2013.

Sentencia Corte Suprema de 01 de junio de 2016. En *Eduardo Urrejola y otros, c. Autopista del Maipo Sociedad Concesionaria S.A.*. Rol N° 10649-2015.

Sentencia Corte Suprema de 18 de octubre de 2017. En *Ana Arias Freire y otros con Municipalidad de Tirúa*. Rol N° 9196-2017.

Sentencia Corte Suprema del 15 de enero de 2018. En *Microgeno S.A. con Ministros de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt*. Rol N° 36734-2018.

Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago del 15 de noviembre de 2005. Rol N° 4577-2004.

Sentencia Corte Suprema del 07 de septiembre del 2012, en *Fiscalía Nacional Económica con Farmacias Ahumada S.A. y Otros (2012)*. Rol 2578-2012.