



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Escuela de Derecho
Departamento de Derecho Procesal

ACCIONES DE CLASE, UNA JUSTIFICACIÓN DESDE LA EFICIENCIA

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

Nicolás Antonio Palma Peredo

Octubre de 2017

Prof. guía Nicolás Carrasco Delgado

“Estamos habituados a pensar en las disposiciones jurídicas como herramientas importantes para que la sociedad logre su meta de justicia y equidad. En realidad, no es una exageración que la mayoría de las personas, especialmente los abogados, consideren a la ley sólo en su papel de ofrecer justicia. La contribución importante del análisis económico no debiera reemplazar esta idea sino completarla”.

Robert Cooter y Thomas Ulen (1988).

ÍNDICE

RESUMEN	5
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I – LA NECESIDAD DE DAR PROTECCIÓN A INTERESES COLECTIVOS	9
1. El surgimiento de intereses colectivos como el origen del problema	9
a) El concepto de interés y el surgimiento de los intereses colectivos	9
b) Intereses supraindividuales y plurisubjetivos	11
c) Intereses colectivos y difusos	12
d) El problema de la protección de los intereses colectivos	17
2. La protección de intereses colectivos	21
a) La protección de intereses colectivos a través de las acciones de clase	21
i. Antecedentes previos a su conceptualización	21
ii. El surgimiento de las acciones de clase en Estados Unidos	22
iii. La proliferación de las acciones de clase en la década de 1960	24
iv. Conceptualización	26
b) Otras instituciones protegiendo intereses colectivos	28
i. El litisconsorcio	28
ii. La acumulación de autos	29
iii. Las acciones populares	30
3. De la falta de protección de intereses colectivos en Chile	32
a) Protección del patrimonio ambiental	32
b) Protección de la libre competencia	35
c) Protección de derechos constitucionales	36
d) Protección en sede civil	39
4. Planteamiento final de la cuestión: un problema de ineficiencia	42
a) La eficiencia como herramienta al servicio del Derecho	42

b)	El problema en estudio como un problema de ineficiencia	45
5.	Conclusión del primer capítulo	48
 CAPITULO II – ACCIONES DE CLASE, UNA REVISIÓN A SU FUNCIONAMIENTO		 50
1.	Aplicación actual de acciones colectivas en el Derecho nacional	50
a)	La protección de los intereses de los consumidores	50
i.	El inicio del procedimiento	51
ii.	La adecuación del representante	52
iii.	La admisibilidad de la acción	53
iv.	La notificación de la demanda	53
v.	Las indemnizaciones como resultado del proceso	54
vi.	La sentencia	56
b)	Otros procedimientos relevantes	59
i.	Juicios por fallas o defectos en la construcción	59
ii.	Procedimiento de liquidación concursal	60
iii.	El efecto erga omnes de las sentencias en el derecho nacional	63
2.	Funcionamiento de las acciones de clase en Estados Unidos	64
a)	El inicio del procedimiento	65
b)	Reglas especiales durante la tramitación de la acción	69
c)	De la sentencia, su eficacia y ejecución	71
3.	Conclusiones del segundo capítulo	73
 CAPÍTULO III – LAS ACCIONES DE CLASE DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO		 75
1.	La eficiencia como uno de los fines del proceso	75
2.	Justificación económica de las acciones de clase	78
a)	La protección de intereses homogéneos de baja entidad	79
b)	La protección de intereses masivos	83

c) La protección de intereses supraindividuales	84
3. Beneficios concretos de la propuesta	85
a) Disminución de costos administrativos	86
b) Unificación de jurisprudencia	87
c) Acceso a la justicia de pretensiones de baja entidad	88
d) Incentiva la conducta conforme a la ley	89
e) Acceso a la justicia para intereses supraindividuales	89
f) Enforcement privado	90
4. Propuesta normativa de una aplicación genérica de las acciones de clase en el Derecho Nacional	91
CONCLUSIONES	95
BIBLIOGRAFÍA	98
REFERENCIAS NORMATIVAS	103

RESUMEN

La presente tesis presenta razones para justificar desde la perspectiva del análisis económico del derecho la implementación en el Derecho nacional de un procedimiento que permita el acceso a la justicia de pretensiones de carácter colectivo. Para ello plantea primero la necesidad de dar protección a los intereses colectivos y el déficit en que se encontrarían actualmente. En segundo lugar, se realiza una revisión de mecanismos de protección de aquellos intereses a través de las acciones de clase y acciones colectivas. Finalmente, el tercer capítulo presenta las consideraciones económicas que justifican la solución del problema a través del mecanismo de las acciones de clase.

El trabajo logra justificar que la protección de intereses colectivos, sean estos supraindividuales o plurisubjetivos, es un problema al que el Derecho procesal debe prestar atención, plateándolo como un desafío de la sociedad contemporánea. Se establece, asimismo, que otros mecanismos de protección no resultan idóneos para corregir el problema esbozado, como pudiesen ser instituciones procesales vigentes o mecanismos institucionales que no contempla nuestro ordenamiento. Finalmente, al amparo del criterio de eficiencia, como un criterio que permite la evaluación de la política legislativa, se justifica desde diversas aristas la aplicación de la medida propuesta, la que en definitiva promueve la reducción de los costos sociales.

Entre las razones de eficiencia que se presentan se encuentra la reducción de costos del error, la reducción de costos administrativos, el aumento del acceso a la justicia, y el incentivo al actuar conforme a la ley. Todo ello, como veremos, redundará en que un estado social en que existen acciones de clase deberá necesariamente presentarse como más eficiente en comparación a un estado social en que no existen.

INTRODUCCIÓN

Basado en el carácter instrumental del Derecho procesal se funda la presente tesis, que tiene por objeto indagar la utilidad que prestaría la incorporación al ordenamiento jurídico chileno -de una manera amplia y general- de las llamadas acciones de clase, propias del Derecho estadounidense.

Evitando la mera repetición de contenidos y debates bizantinos, se ha intentado en las siguientes páginas analizar una institución de evidente origen extranjero, identificando los eventuales aportes que podría conllevar su inclusión en nuestro sistema. De ese modo, abordando su explicación de manera aprehensible por cualquier lector, y cuestionando a su vez la manera de implementación que ésta ha tenido en diferentes escenarios, se propone una forma de aplicación que teniendo una justificación última en razones de eficiencia, pueda aportar de gran manera a dar protección de los aquí llamados intereses colectivos y a la resolución de los conflictos jurídicos que al respecto se susciten.

Sin perjuicio de la precisión conceptual que podamos establecer en el desarrollo de este trabajo, se puede entender de manera preliminar a este tipo de acciones como aquellas que permiten a una persona, o un “pequeño” grupo de éstas, poner en funcionamiento la actividad jurisdiccional del Estado en representación de un colectivo o clase que comparte un mismo interés, en circunstancias tales que el pronunciamiento institucional acerca del conflicto adquiere validez no solo entre las partes que participan del proceso, sino que sus efectos se extienden a todos los miembros del colectivo, clase, o grupo representado¹.

De este modo las acciones de clase se erigen como una institución doblemente innovadora y singular en nuestro Derecho, en el sentido de abrir paso a un medio poco explotado para solucionar conflictos de interés colectivo, y a su vez, constituir una importante excepción al efecto relativo de las sentencias. Ambos aspectos resultan ampliamente controversiales para el Derecho procesal, pues desafían la naturaleza clásica de las instituciones

¹ GILARDÍ MADARIAGA DE NEGRE, Cecilia. La Legitimación de las asociaciones y las acciones colectivas – Las acciones de clase. En: BRUNO DOS SANTOS, Marcelo A. (Director). *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Fundación de Derecho Administrativo, 2012. p. 79.

en torno al proceso que tienen en principio un profundo carácter individualista, propio de las corrientes liberales que inspiraron la codificación del siglo XIX².

A este respecto, como veremos, en nuestro ordenamiento se han realizado distintas modificaciones en los últimos años que manifiestan su preocupación por los conflictos de interés colectivo (o difuso). La más importante de ellas para el Derecho procesal es la relativa al Derecho del Consumidor en 2004³ que vino a establecer un procedimiento colectivo para la defensa de aquellos intereses. Sin embargo, ha quedado abierta la interrogante por la posibilidad de que una institución como las acciones de clase pueda servir más allá del campo restringido en que hoy se utiliza.

Se plantea como objetivo general de este trabajo el investigar las razones que puedan sostener la aplicación de una institución como las acciones de clase en el Derecho chileno, y a su vez, la procedencia o eventuales conflictos derivados de las pugnas entre *eficiencia* y *justicia* que puedan surgir en los procesos colectivos iniciados a consecuencia de las acciones de clase. En virtud de ello, se deberá describir el escenario procesal en que nos encontramos en relación a la defensa de intereses colectivos; determinar necesidades en relación a aquel escenario procesal; describir distintos modelos de implementación de las acciones de clase en el Derecho comparado; identificar los conflictos que la implementación general de las acciones de clase en el Derecho chileno podría acarrear; proponer un modelo en que se pueda dar cabida a las acciones de clase en el Derecho chileno que sea consistente con las necesidades del mismo; justificar la apertura de nuestro sistema procesal a la defensa de intereses colectivos en distintas ramas del Derecho; y por último, en orden que no en importancia, identificar los aportes de eficiencia que pueden coadyuvar a la aplicación de las acciones de clase en el Derecho nacional.

Para dar cumplimiento a estos objetivos el presente trabajo se divide en tres capítulos, de manera tal que el primero de ellos se propone dar cuenta del surgimiento y fundamento de las acciones de clase en el Derecho comparado y las razones que determinan su necesidad en el Derecho nacional, estableciendo el déficit de nuestro ordenamiento en relación a la tutela jurisdiccional de intereses colectivos; en el segundo capítulo avanzaremos en la descripción de un modelo de acciones de clase, identificando aquellas características que permiten responder a

² PERROT, Roger. La acción en justicia de los sindicatos profesionales, de las asociaciones y de los órdenes profesionales, en: *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae. Sectio Juridica*, t. X, Budapest, 1969: pp. 99 - 106.

³ Ley N° 19.955, de 2004, que modifica la ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.

la necesidades identificadas en el capítulo anterior; y finalmente, en el tercer capítulo se pretende realizar un balance en relación a los beneficios y perjuicios que la aplicación de esta medida conllevaría, concentrándonos en los efectos que se pueden aventurar teniendo como guía al análisis económico del derecho.

El lector podrá apreciar dos pilares fundamentales en esta tesis. Uno que dice relación con la descripción de un modelo normativo que permita alcanzar ciertos fines del proceso judicial a través de las acciones de clase, y otro, en relación a cómo ello es además justificable desde el análisis económico del derecho procesal.

De ese modo, respondiendo a las interrogantes que vayan surgiendo, se pretende justificar un cambio normativo que dé paso a la aplicación general de esta institución, proponiendo un mecanismo cuyo fundamento último se encuentra en la *eficiencia*, entendida de forma preliminar como una reducción de costos procesales y del error, que sea a su vez conciliable con una pretensión de justicia.

CAPÍTULO I – LA NECESIDAD DE DAR PROTECCIÓN A INTERESES COLECTIVOS

Este primer capítulo tiene por finalidad describir el panorama procesal en que nos encontramos, determinando el surgimiento de los llamados *intereses colectivos*, precisándolos conceptualmente, determinando las razones que conducen al Estado a protegerlos, la manera en que lo ha hecho y en definitiva identificar el déficit en relación a esa protección que existe en el Derecho nacional.

A este respecto, cabe advertir que el problema que aquí se suscita no se corresponde totalmente, sin perjuicio de estar relacionado, con la existencia de pluralidad de partes o pluralidad de intereses en un juicio. Aquello existe en el Derecho desde sus inicios, y con ello también diferentes instituciones se han establecido para hacer frente a tal dificultad, como pudiesen ser por ejemplo el litisconsorcio, la acción popular, o la acumulación de autos. Lo que aquí se discute va más allá de esas instituciones y para entenderlo adecuadamente deberemos primero indagar en el surgimiento de los intereses colectivos y su conceptualización.

1. El surgimiento de intereses colectivos como el origen del problema

a) El concepto de interés y el surgimiento de los intereses colectivos

Para entender correctamente el concepto de “interés colectivo” es menester primero precisar el de *interés*, el cual en el ámbito de la doctrina del Derecho procesal se puede conceptualizar al menos de dos maneras, a saber, una objetiva y otra subjetiva.

Para quienes entienden el concepto de interés de una manera objetiva, el mismo consiste en “una relación entre una necesidad del hombre y un quid apto para satisfacerla”⁴. Desde esta perspectiva resulta *interesado* quien está en una posición de necesidad, y lo que le *interesa* es aquello que puede satisfacer aquella necesidad. Entre los exponentes de esta doctrina encontramos a CARNELUTTI⁵, MONTERO AROCA⁶ y BARRIOS DE ANGELIS⁷. Desde la perspectiva subjetiva en cambio, el interés no resulta ser una posición, sino que un juicio de

⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile* I. Padova, Italia: Cedam, 1926, p. 3.

⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile, I funzione e composizione del proceso*. Padova, Italia: Cedam, 1936, p. 7.

⁶ MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso*. Madrid, España: Tecnos, 1976, p. 88.

⁷ BARRIOS DE ANGELIS, Dante (1983). *Introducción al estudio del proceso. La psicología y la sociología del proceso, El ombudsman (La defensa de los intereses difusos)*. Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1983, p. 126.

valor o utilidad que realiza el individuo. Ese juicio de valor puede responder a un acto del intelecto o bien a un acto puramente volitivo, y de esa manera es definido como “una aspiración legítima, de orden pecuniario o moral, que representa para una persona la existencia de una situación jurídica o la realización de una determinada conducta”⁸. Podemos encontrar defendiendo esta posición a autores como COUTURE, MORÓN, o POUND⁹.

Más allá de aquella distinción introductoria acerca del concepto de *interés*, resulta de mayor importancia notar que al menos en su origen ambas doctrinas, tanto la objetiva como la subjetiva, se centran en conceptualizar un interés de carácter individual, es decir, se plantean la pregunta por la necesidad jurídica que tenía una persona, o bien, por la voluntad o intención que tenía ésta. La pluralidad de intereses solo tenía cabida a través del estudio del Derecho Público bajo el concepto de *interés general* o *interés público*¹⁰, cuya tutela procesal se encuentra delimitada a campos restringidos como lo son la jurisdicción penal o la contencioso-administrativa, donde se instituyen órganos públicos que pueden representar aquel interés¹¹.

Esta concepción binaria, entre interés individual e interés general, se rompe con el surgimiento de los llamados intereses colectivos, que nacen como una categoría intermedia, dando cuenta de una *necesidad jurídica o aspiración legítima* ya no solo de un individuo, sino que de un grupo, clase o colectivo.

La conceptualización de estos intereses resulta especialmente difícil en vista de que exige contestar distintas interrogantes, como son por ejemplo si se trata de intereses de naturaleza pública o privada, si deben ser defendidos por el Estado o por los particulares, o bien, si resultan de la agrupación de intereses individuales o de una singularización del interés general.

⁸ COUTURE, Eduardo. *Vocabulario jurídico*. Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1993, p. 344.

⁹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: Colectivos y difusos*. Navarra, España: Aranzadi, 1999, p. 43, haciendo referencia a: i) COUTURE, Eduardo, op. cit. (n. 8), p. 344.; (ii) MORÓN PALOMINO, Manuel. *Sobre el concepto de Derecho procesal*, en: *Revista de Derecho Procesal*, (192), p. 518; (iii) POUND, Roscoe. *A Survey of social Interests*, en: *Harvard Law Review*, vol. 57, 1943, p. 1.

¹⁰ Para efectos de este trabajo, y siguiendo a profesores como Pablo GUTIÉRREZ DE CABIEDES y Maite AGUIRREZABAL, no se hará distinción entre los conceptos de interés público o interés general. No obstante ello, si se quisiese profundizar respecto al desarrollo de aquellos conceptos véase: SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *La participación del ciudadano de la Administración Pública*. Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales, 1980, pp. 131 y s.; BUJOSA VADELL, Lorenzo. *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*. Barcelona, España: Bosch, 1995, p. 48 y s.

¹¹ Cabe precisar que incluso en los casos en que reconocemos la puesta en práctica de instituciones que actúan en representación del interés general, aquello corresponde a la *individualización* de aquel interés bajo la personificación de aquella institución estatal, y en ese sentido la pluralidad vuelve a tratarse de una manera singular.

De ese modo, a fin de conceptualizar adecuadamente a estos intereses, cabe distinguir entre dos tipos o clases de intereses colectivos, que resultan ser radicalmente diferentes: los intereses supraindividuales y los intereses plurisubjetivos u homogéneos.

b) Intereses supraindividuales y plurisubjetivos

Los *intereses supraindividuales*, son definidos como aquellos que trascienden la esfera de lo meramente individual, estando marcados por la impersonalidad e indivisibilidad, rompiendo de ese modo con el concepto de derecho subjetivo clásico que ponía acento en el individuo¹². Se trata de intereses que no pertenecen a una persona física o jurídica determinada, sino a una comunidad amorfa, flexible, con identidad propia, y no siempre determinable¹³⁻¹⁴. Dentro de este tipo de intereses colectivos podemos encontrar la protección del patrimonio ambiental, el patrimonio cultural, y en general concreciones de Derechos de Tercera Generación que encuentran fundamento en valores como la solidaridad.

Por otro lado, los *intereses plurisubjetivos*, también llamados *intereses homogéneos*, corresponden a la agrupación de intereses de naturaleza individual y de titularidad exclusiva, pero que por circunstancias de hecho son agrupados¹⁵. De ese modo no es extraño que cierta parte de la doctrina no los considere como intereses colectivos propiamente tales, sino que señalarían que se trata de intereses individuales *que se ejercen* de modo colectivo¹⁶. No obstante ese intento de exclusión, es necesario entender que los *intereses homogéneos* forman parte del problema en estudio, pues es justamente en la acumulación o agregación de intereses individuales donde se producen los mayores desafíos procesales en la actualidad, como ya veremos.

Son ejemplos de intereses plurisubjetivos u homogéneos los que tienen los habitantes de un mismo edificio con problemas estructurales, los estudiantes a los que se les realizan cobros abusivos en sus créditos, las víctimas de una estafa piramidal, o los clientes de una determinada Isapre que modifica unilateralmente su contrato cada año, y en general, los conflictos que se

¹² AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos), en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 (1): pp. 69 -91, p. 74.

¹³ GIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*. México: Editorial Porrúa, 2003, p. 32.

¹⁴ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite, *op cit.* (n. 12), p. 74.

¹⁵ *Ibid.*, p. 74.

¹⁶ *Ibid.*, p. 74.

pueden suscitar en materia de Derecho del Consumidor, donde un proveedor puede afectar de manera similar a una gran cantidad de consumidores, los que tienen una relación contractual únicamente con el proveedor, pero que eventualmente podrían agruparse para exigir el resarcimiento del daño causado.

De ese modo, debe entenderse a los *intereses colectivos*, en términos del profesor Sergi COROMINAS, como “intereses que trascienden la dimensión individual de los derechos subjetivos clásicos, ya sea por su naturaleza *supraindividual* o bien por requerir de un tipo de tutela colectiva en vista de su carácter *plurisubjetivo*”¹⁷ (la cursiva es agregada).

Cabe desde ya hacer una precisión metodológica en cuanto a que los intereses colectivos que genuinamente *surgen* durante el siglo XX son los llamados supraindividuales, toda vez que la categoría de intereses plurisubjetivos u homogéneos correspondería a un problema ya existente en el Derecho que dice relación con la acumulación o suma de intereses particulares en un mismo proceso. Ahora bien, sin perjuicio de aquella precisión, lo cierto es que tanto intereses supraindividuales como plurisubjetivos toman un realce durante la segunda mitad del siglo XX, rompiendo, como ya decíamos, la estructura binaria que primaba bajo la concepción de un Estado liberal donde existían intereses individuales, reconducibles a un derecho subjetivo que cada sujeto hacía valer, y cuestiones de interés general, que el Estado tutelaba a través de las instituciones públicas.

c) Intereses colectivos y difusos

A esta matriz ya identificada, de intereses colectivos que se distinguen entre supraindividuales y plurisubjetivos, debemos añadir otros dos conceptos, a propósito de la distinción que realiza nuestro Derecho, como algunas otras legislaciones, en torno a la diferenciación entre intereses colectivos y difusos.

En ese sentido, en Chile, el Título IV de la ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, en su artículo 50 inciso tercero señala que “el ejercicio de las acciones puede realizarse a título individual o en beneficio del interés colectivo o difuso de los consumidores”. Y luego expresa una distinción tripartita, señalando: “Son de *interés individual* las acciones que se promueven exclusivamente en defensa de los derechos del consumidor

¹⁷ COROMINAS BACH, Sergi. *La legitimación activa en las acciones colectivas*. Tesis (Doctor en Derecho). Girona, España, Universidad de Girona, 2015, p. 20.

afectado. / Son de *interés colectivo* las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual. / Son de *interés difuso* las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos”. (La cursiva es agregada).

De ese modo, nuestra legislación volvería a distinguir entre dos tipos de intereses colectivos, a saber, uno en donde es posible determinar al grupo o clase que lo compone y otro en donde ello no es posible, y el conjunto en consecuencia se entiende indeterminado; a los primeros los nombra como intereses “colectivos” y a los que serían de un conjunto indeterminado los denomina “difusos”.

Aquella clasificación de los intereses colectivos tiene un correlato en la doctrina y la legislación comparada. Así por ejemplo se pronuncia la profesora Maite AGUIRREZABAL, quien entiende que los intereses difusos serían “aquellos intereses supraindividuales de naturaleza indivisible de los que son titulares sujetos indeterminados unidos por circunstancias de hecho”¹⁸; diferenciándolos de los intereses colectivos, que también serían de naturaleza supraindividual e indivisible, pero que entre los titulares de esos intereses existiría algún tipo de vinculación jurídica¹⁹.

La profesora AGUIRREZABAL, siguiendo lo expresado por Antonio GIDI, entendería que la clasificación de los intereses en colectivos y difusos solo aplicaría a los intereses supraindividuales y no sería aplicable a los intereses plurisubjetivos u homogéneos, los que corresponderían a una tercera categoría totalmente diferente. El presente trabajo no comparte aquel criterio de clasificación, en tanto no parecieran haber razones para aquella exclusión, la que, como veremos, en el fondo se sustenta en una tautología, por la que se excluye a los intereses homogéneos de su tratamiento como colectivos, o bien en una falacia de antigüedad, en que se repite el tratamiento que se les dio en el pasado, sin analizar en profundidad las causas del problema.

Se debe tener presente que la clasificación que se hace entre intereses colectivos y difusos, tanto en nuestro ordenamiento como en el Derecho comparado, se encuentra en las

¹⁸ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite, *op cit.* (n. 12), p. 75.

¹⁹ *Ibid.*, p. 75.

normas sobre protección a los derechos de los consumidores, y en consecuencia parece lógico incluir a los intereses homogéneos en el análisis, toda vez que corresponden al caso paradigmático de acumulación de intereses individuales que se agrupan para hacer frente a un problema común, siendo la protección de intereses supraindividuales excepcional en esta área del Derecho.

Así por ejemplo se entiende que estamos frente a intereses homogéneos de carácter colectivo cuando la demanda es realizada por un grupo de consumidores afectados por el corte de algún servicio contratado por cada uno de ellos de manera individual, de modo tal que existe una agrupación de aquellos intereses individuales a través de un único procedimiento. Por otra parte, estaríamos frente a la afectación de un interés supraindividual cuando la conducta de un proveedor afecte al mercado en su conjunto, como por ejemplo, a través de una conducta anticompetitiva como la colusión, y se actúa en razón de proteger no el interés individual de cada consumidor, sino un interés supraindividual, propio de la comunidad afectada, en cuanto a que los actores en el mercado al que ella acude respeten las normas que lo regulan. Son ejemplos de ello los requerimientos que realizó la Fiscalía Nacional Económica en nuestro país a propósito de la colusión de las empresas de buses en las rutas hacia el litoral central, o el caso de los ginecólogos de la provincia de Maule, que afectaron a una comunidad territorialmente determinada, pero difícilmente individualizable.

En cuanto a otros casos de legislaciones que den cuenta de la distinción entre interés difuso y colectivo podemos mencionar la legislación brasileña, la mexicana y el Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica.

La legislación brasileña resulta especialmente relevante para esta revisión, en tanto desde una perspectiva histórica puede explicar en gran parte las disputas conceptuales respecto a la inclusión o no de los intereses homogéneos como intereses colectivos, toda vez que el ordenamiento brasileño fue pionero a nivel Latinoamericano y una de las primeras regulaciones en el mundo que se planteó la protección procesal de los intereses colectivos, materializando aquello a través del Código de Defensa del Consumidor en 1990²⁰, y que Chile tomó como modelo años más tarde²¹.

²⁰ Cabe tener presente que el debate en relación a la defensa de los intereses de los consumidores en Brasil data de mucho antes de su codificación: parte con Ley de Delegada N° 4, de 26 de Septiembre de 1962, continúa con la creación de diversas asociaciones durante la década del 70' que dieron vigor a la lucha por la defensa de intereses colectivos de los consumidores, y que tuvo su máxima expresión con la participación de aquellos grupos en la

La legislación brasileña, también a propósito de la protección a los consumidores, definiría a los intereses difusos como aquellos intereses “transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho”, mientras que por otra parte estarían los intereses colectivos, que serían intereses “transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sea titular un grupo, una categoría o una clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base”²².

Podemos ver como en ambos casos se refiere a intereses de carácter transindividual y de naturaleza indivisible, descartando a través de estas normas la defensa de intereses homogéneos.

Aquello no puede conducirnos a pensar que esos son los únicos intereses colectivos que merecen protección, pues es únicamente la manera que un Estado reguló esta materia. La única conclusión que se corresponde con aquella evidencia es que existe un problema conceptual derivado de la manera en que los Estados han regulado estos asuntos. Así por ejemplo, mientras en Chile, en Derecho del Consumidor se habla de intereses colectivos y difusos, tomando la nomenclatura brasileña, en Colombia se utiliza la expresión acciones populares y acciones de grupo sin distinguir si los intereses protegidos por aquellos procedimientos son difusos o colectivos²³, o como veremos el propio Derecho norteamericano que, desde una perspectiva bastante pragmática, no realiza distinción alguna, brindándole a todos protección bajo un mismo procedimiento.

En este trabajo se entenderá que la distinción entre intereses colectivos y difusos se hace respecto de un gran género de intereses colectivos que los engloba, intentando con ello entregar una solución holística al problema de los intereses colectivos, sin apartar de manera antojadiza y arbitraria cierta parte del problema.

asamblea constituyente que se desarrolló en la década de los 80’, promoviendo una política de carácter nacional para la defensa de los derechos de los consumidores.

²¹ OVALLE FAVELA, José. Legitimación en las acciones colectivas, *en*: *Boletín mexicano de Derecho comparado*, nueva serie, XLVI, (138): 1057 – 1092, septiembre-diciembre, 2013, p. 1058.

²² Código de Defensa del Consumidor, República Federativa de Brasil, artículo 81.

²³ OVALLE FAVELA, José, *op. cit.* (n. 21), p. 1058.

Es posible todavía agregar una reflexión de orden jurisprudencial proveniente de Argentina, en donde hoy se discute una apertura y aceptación de las acciones de clase²⁴, y cuya discusión tuvo como base una sentencia de la Corte Suprema que realizó una sistematización de las situaciones jurídicas que habilitan para promover la acción de amparo colectiva, incluyendo entre ellos un supuesto en el cual la defensa de un derecho individual podría adquirir, *incidentalmente*, rasgos colectivos²⁵. De ese modo el Tribunal se pregunta por las condiciones bajo las cuales podría resultar admisible que un individuo pueda ejercer una acción respecto de un interés colectivo, y cuáles serían los efectos del pronunciamiento de la Corte respecto de ese problema.

En el considerando noveno del fallo la Corte Suprema de Argentina realiza una distinción tripartita entre lo que serían (i) intereses individuales, (ii) intereses colectivos que protegen bienes colectivos y finalmente (iii) intereses colectivos referentes a intereses individuales homogéneos²⁶. Como es posible notar, aquella distinción coincide con la esbozada más arriba a propósito de intereses individuales, supraindividuales, y plurisubjetivos u homogéneos, destacándose el hecho de que la Corte no considera relevante para la admisibilidad de la acción la determinación o indeterminación de la clase, sino que entiende que ello es un problema posterior, propio de indemnización de un eventual daño.

Revisado lo anterior cabe preguntarse si acaso la distinción entre intereses supraindividuales y homogéneos se corresponde con la distinción entre intereses difusos y colectivos. Aquel cuestionamiento debe ser respondido negativamente, ya que simplificando nuestro esquema conceptual la primera distinción entre intereses supraindividuales y homogéneos está determinada por si los intereses resultan ser indivisibles o no, mientras que la clasificación entre difusos y colectivos responde a si los individuos que participan del grupo son indeterminables o no, de modo tal que si bien siempre los intereses homogéneos deberán ser colectivos, en tanto determinables, aquello no sucede tratándose de los intereses

²⁴ CARNOTA, Walter Las acciones de clase: desde los Estados Unidos a la Argentina, en: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (16), Madrid, España: pp. 93-106, 2012, pp. 102 y 103.

²⁵ TIMPANARO, Adrián. Acciones de clase. Consideraciones respecto a su régimen procesal ante la ausencia de una ley que lo reglamente. En: BRUNO DOS SANTOS, Marcelo A. (Director). *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Fundación de Derecho Administrativo, 2012, p. 290.

²⁶ Corte Suprema de Justicia Nacional de la República Argentina, CSJN, *Halabi*, 2009, *Fallos*, 332: 111.

supraindividuales, que en su carácter de indivisibles podrían ser determinables como indeterminables.

A modo de ejemplo, se puede presentar como un caso de interés supraindividual-difuso el de un grupo de afectados por la contaminación de una ciudad, que tienen un interés propiamente transindividual y que no permite la determinación uno a uno del grupo afectado²⁷; por otra parte, como un caso de interés supraindividual-colectivo podemos reconocer el que tienen los trabajadores de una empresa por la falta de higiene o seguridad, donde existe un interés transindividual del grupo “trabajadores”, pero en donde sí podría individualizarse a los afectados en virtud de la relación contractual de base.

Baste con lo dicho para entender adecuadamente el marco conceptual relativo a la defensa de intereses colectivos, que a su vez introduce el problema o desafío que estas materias imponen al Derecho como explicaremos en el siguiente apartado.

d) El problema de la protección de los intereses colectivos

Revisado el concepto de interés colectivo cabe ahora responder a la pregunta por los problemas o desafíos que se presentan para el Derecho a partir del surgimiento de estos intereses. En ese sentido es necesario examinar el propósito del Derecho como ciencia y en particular de las normas procesales.

El Derecho procesal se ha definido como “aquella rama del Derecho que a través de un conjunto de normas y principios regula la actividad judicial de los Estados para la aplicación de las leyes de fondo”²⁸. Aquella actividad se hace visible para los ciudadanos a través del cumplimiento de la función jurisdiccional de los Estados, que a su vez se ha definido como “el poder deber que tiene el Estado para conocer y resolver, por medio del *proceso* y con efecto de cosa juzgada, *los conflictos de intereses de relevancia jurídica* que se promueven en el orden temporal, dentro del territorio de la República”²⁹ (la cursiva es agregada).

²⁷ Si bien este problema será tratado más adelante, adviértase desde ya el hecho de que la actividad de individualización de los miembros de la clase en muchos casos deviene en una actividad imposible o en demasía costosa, siendo ello una razón para tener que buscar alternativas orientadas a la disminución de los costos que requiere proveer de justicia en casos de conflictos colectivos.

²⁸ NÚÑEZ OJEDA, Raúl y PÉREZ RAGONE, Álvaro. *Manual de Derecho Procesal Civil Parte General*. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2013, p. 2.

²⁹ COLOMBO CAMPBELL, Juan. *La competencia*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004, p. 45.

Bajo estos parámetros conceptuales los distintos ordenamientos jurídicos en el mundo han llevado a cabo dicha actividad *jurisdiccional* dando solución a los *conflictos de intereses de relevancia jurídica*, modificando de tiempo en tiempo las distintas instituciones y normas que se ponen en juego para lograr su cometido.

Entre las distintas razones de adecuación de aquellas reglas se encuentra, desde al menos la segunda mitad del siglo XX, el surgimiento de un deber para el Estado de tutelar los llamados *intereses colectivos*, como un tipo de interés de relevancia jurídica distinto a los tradicionales.

La doctrina, sin distinciones, ha entendido que la importancia de esta nueva categoría de intereses, que demandan protección jurisdiccional, surge en respuesta a los cambios *sociales, económicos, políticos y culturales* propios de la sociedad contemporánea, y que como veremos, y ya advertíamos en el apartado anterior, no calza ni con la mirada individualista del interés particular, ni con la lógica pública del interés general.

Entre las causas económico-sociales de su surgimiento, la sociología se refiere al fenómeno de *socialización*³⁰⁻³¹, como aquel en que la masificación de las relaciones económicas y sociales ha conducido a la mayor complejidad de las relaciones entre los individuos.

De un modo más concreto se señala al crecimiento económico post revolución industrial, la explosión demográfica y los movimientos migratorios como los factores que han determinado una transformación social que da lugar a nuevas necesidades de vertiente colectiva, desarrollándose actividades que afectan ya no sólo al individuo considerado aisladamente, sino que a grupos, clases o categorías de individuos. Y es que solo por dar un ejemplo, lo que antes era entendido como un problema sencillo de dos partes en un contrato, en este nuevo escenario propio de la mecánica de masas de la sociedad contemporánea, puede devenir en un conflicto de centenares o incluso miles de personas contra una misma empresa.

De ese modo, las causas económico-sociales aquí esbozadas se presentan como la principal razón para incluir dentro del paraguas o género de los intereses colectivos a los intereses homogéneos, que como advertíamos cierta doctrina intentaba desvincular del problema.

³⁰ Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, Pablo, *op. cit.* (n. 9), p. 66.

³¹ COROMINAS BACH, Sergi. *op. cit.* (n. 17), p. 19.

A su vez, factores políticos y culturales han influenciado las respuestas a estas nuevas necesidades sociales. Por ejemplo, la aspiración de mejorar la calidad de vida sustentada en el concepto de dignidad de la persona y el empoderamiento de los ciudadanos de sus derechos llevó a su vez a la conceptualización de los llamados Derechos de Tercera Generación o de la Solidaridad, poniendo de manifiesto la superación de un modelo individualista-liberal propio de la codificación decimonónica³².

De este modo, son los factores políticos y culturales los que justifican el surgimiento de intereses colectivos de vertiente supraindividual, que como veremos, son los que la corriente del Derecho continental más ha examinado.

Todos aquellos elementos y factores condujeron a que los instrumentos utilizados hasta las primeras décadas del siglo pasado no pudiesen responder de manera adecuada a los conflictos colectivos que se producían en nuestra sociedad, ya sea por la *cantidad* o *cualidad* que tenían los intereses en juego, que siendo de naturaleza colectiva ponían en jaque a las instituciones creadas bajo la filosofía liberal-individualista del siglo XIX³³. Ese fue justamente el desafío que reconoció la doctrina de mediados del siglo XX, que entre otros, fue esbozada de manera prístina en una conferencia pronunciada por Mauro CAPPELLETTI, al señalar que:

“No es necesario ser sociólogo profesional para reconocer que nuestra sociedad es una sociedad de producción, de intercambios y de consumo en masa, ciertamente también de conflictos en masa. De allí se sigue que también las situaciones de la vida, que el Derecho debe reglamentar, se han vuelto más y más complejas. Al mismo tiempo, la protección jurisdiccional -la justicia- a su vez será invocada ya no solamente contra violaciones de carácter individual, sino también y cada vez más frecuentemente de carácter esencialmente colectivo, en el sentido de que conciernen especialmente a las agrupaciones, a las clases, a las colectividades. ... Y bien, parece claro que en el cuadro de estos nuevos, gigantescos fenómenos sociales, tan atractivos como peligrosos si no son dominados a tiempo por el hombre, el Derecho, instrumento de organización de las sociedades, debe asumir tareas y tomar dimensiones desconocidas hasta ahora”³⁴.

³² ROSALES RIGOL, Cecilia. La modernización del Estado en el reconocimiento y la tutela efectiva de los intereses difusos, *en*: *Revista chilena de derecho*, Número Especial: pp. 249-258, 1998, p. 252.

³³ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite, *op. cit.* (n. 12), p. 69 – 70; ROSALES RIGOL, Cecilia, *op. cit.* (n. 32), p. 253; GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo, *op. cit.* (n. 9), p. 67; COROMINAS BACH, Sergi. *op. cit.* (n. 17), p. 20.

³⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *La protección de intereses colectivos y de grupo en el proceso civil* (Conferencia pronunciada el 14 de marzo de 1975, con ocasión de la Asamblea General de la Sociedad de legislación comparada), pp. 74 y 75.

El reconocimiento de que los *conflictos de intereses de relevancia jurídica* podían tener una naturaleza colectiva en virtud de estas causas socioculturales se sumó al hecho de que desde la perspectiva constitucional, por causas similares, se superó la concepción de los estados liberales dando paso a la aparición del Estado Social de Derecho, dejando atrás la posición pasiva del Estado que se limitaba al reconocimiento de los derechos de las personas, y que dio lugar a una posición activa del mismo, situándose como *garante* y *promotor* de aquellos derechos³⁵.

De esta manera la protección jurisdiccional de los intereses colectivos se transformó en un imperativo, planteando a su vez la dificultad práctica de poder brindar aquella protección a través de las normas procesales existentes, lo que redundaba en consecuencia en la necesidad de su modificación.

Y es que mientras el proceso en su formulación clásica parte de conceptos como el de *legitimación ad causam* que exige una relación entre el sujeto y el objeto del proceso, en el caso de los intereses colectivos nos encontramos frente a conflictos donde no necesariamente existe una titularidad del derecho propiamente tal en ninguno de los miembros de la clase o grupo, o existiéndola, el objeto del litigio suele ser indivisible e incuantificable³⁶, determinando la improcedencia de aquellas vetustas categorías.

De ahí entonces que desde la década de 1960 en el mundo hayan proliferado regulaciones en torno a los intereses colectivos, creando distintos mecanismos de protección, siendo uno de ellos las acciones de clase, pero también desarrollándose otros, como lo son el Defensor del Pueblo en el caso sueco (Ombudsman), órganos administrativos como la Procuraduría General en México, o el Attorney General en Inglaterra³⁷.

Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/27085/24432>, con fecha de consulta el 21 de octubre de 2017, a las 20:30 horas.

³⁵ MAIORANO, Jorge. *El Ombudsman, defensor del pueblo y de las instituciones republicanas*. Buenos Aires, Argentina: ediciones Macchi, 1987, p. 11.

³⁶ COROMINAS BACH, Sergi. *op. cit.* (n. 17), p. 20.

³⁷ DÍAZ SALVO, Grace y GÓMEZ OPORTO, Renato. *Análisis Descriptivo y Crítico de las Acciones de Clase en el Derecho del Consumidor*. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2005, pp. 22-42.

2. La protección de intereses colectivos

Este segundo apartado tiene por finalidad exhibir el surgimiento de las acciones de clase como un mecanismo idóneo para dar respuesta al problema de falta de protección de intereses colectivos, y a su vez mostrar las principales diferencias que presentaría esta institución con otros mecanismos existentes.

a) La protección de intereses colectivos a través de las acciones de clase

Para una adecuada conceptualización de las acciones de clase resulta conveniente referirse al proceso histórico que moldeó esta institución, siendo posible distinguir aquel devenir en tres partes, a saber, (i) los antecedentes previos a su conceptualización, (ii) el surgimiento en Estados Unidos, y por último, (iii) su proliferación a partir desde la década de 1960 en el mundo (occidental).

i. Antecedentes previos a su conceptualización

Pareciera ser, como lo sostiene la doctrina más autorizada, que los primeros antecedentes de las acciones de clase los encontraríamos en la práctica de *Bill of Peace* o Acuerdos de Paz que celebraban las Cortes de Equidad (Equity courts) en el Reino de Inglaterra durante los siglos XVII y XVIII³⁸. En aquel escenario el surgimiento de esta institución tenía un doble propósito: por un lado, que las personas que tuviesen pequeños reclamos unificados por un mismo interés no perdieran la oportunidad de ejercitarlos, y por otro, permitía a la Corte dar solución mediante un decreto aplicable a toda la comunidad del asunto controvertido sin necesidad de un nuevo pronunciamiento³⁹.

Con todo, existen elementos que marcan distancia entre aquella incipiente regulación y las actuales acciones de clase, entre ellos se encuentra el hecho de que en ese entonces se relegaba este tipo de soluciones únicamente a conflictos de poca entidad que se ventilaban en Cortes de Equidad, como lo pudiesen ser pequeños conflictos vecinales. A su vez, otra diferencia dice relación con que mediante el decreto de la Corte no se podían establecer

³⁸ HAUSFELD, Michael *et al.* Antitrust class proceedings – Then and now. En: *The Law and Economics of Class Actions, Research in Law and Economics*, (26): 77-133, 2014, pp. 80-81.

³⁹ Para ver con más detalle, consultar: ROWE, Thomas. A distant mirror: The bill of peace in early American mass torts and its implications for modern class actions, en: *Arizona Law Review*, (39): 711 -718, 1997. Disponible en: http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1084&context=faculty_scholarship, con fecha de consulta 20 de octubre de 2017, a las 20:00 horas.

reparaciones monetarias a los afectados, sino que únicamente se podían dictar resoluciones declarativas, en el sentido de determinar un modo de actuar a futuro⁴⁰.

A partir de lo anterior debemos entender que si bien ello no coincide exactamente con lo que hoy llamamos acciones de clase, esboza por primera vez la idea de una representación genérica y un pronunciamiento común por parte del adjudicador, constituyéndose como el antecedente por antonomasia de lo que estas acciones serán años más tarde.

ii. El surgimiento de las acciones de clase en Estados Unidos

Teniendo presente aquel antecedente, a mediados del siglo XIX la Suprema Corte de Estados Unidos tomó los principios medulares de lo que era el *Bill of Peace*, y creó la *Federal Equity Rule N° 48*, de modo tal que también en Estados Unidos los procesos colectivos se iniciaron a través de tribunales de equidad.

En lo relevante, la Regla N° 48 sostenía la posibilidad para el tribunal de prescindir de ciertos demandantes o demandados cuando el gran número de ellos determinase manifiestos inconvenientes y demoras en el juicio, siempre y cuando fuese posible representar todos los intereses en cuestión⁴¹.

En virtud de lo complejo que resultaba su aplicación, la regla N° 48 no tuvo mayor acogida, y rara vez se utilizó⁴². De ahí entonces que en 1912 la Suprema Corte realizara un nuevo intento, con la llamada *Federal Equity Rule N° 38*, que simplificaba el supuesto de hecho de la norma, señalando en términos muy sencillos: “cuando el asunto sea de interés común o general para muchas personas que constituyen una clase tan numerosa que haga impracticable llevarlos a todos ante el tribunal, uno o más pueden demandar o defender a todos”⁴³.

Aquella redacción se mantuvo hasta 1938, cuando la Suprema Corte promulga las Reglas Federales del Procedimiento Civil, siendo este estatuto el que por primera vez, en la regla N° 23, utiliza la expresión *class actions* para referirse a la institución procesal que da solución a estos conflictos de interés colectivo.

⁴⁰ HAUSFELD, Michael *et al.*, *op. cit.* (n. 38), p. 80 – 81.

⁴¹ *Ibid.*, p. 80 – 81.

⁴² *Ibid.*, p. 80 – 81.

⁴³ Traducción libre: “When the question is one of common or general interest to many persons constituting a class so numerous as to make it impracticable to bring them all before the court, one or more may sue or defend for the whole”, Federal Rule N° 38 de 1912, Estados Unidos de América.

La regla N° 23 señalaba que “*si las personas que constituyen una clase son tan numerosas que hacen impracticable la comparecencia de todas ante el tribunal, algunas de ellas, una o varias, si aseguran fielmente la representación adecuada de todas las demás, pueden, en nombre de todas, demandar o ser demandadas*”⁴⁴.

Esta norma es de gran importancia en nuestro estudio, toda vez que en ella se innovó en materias fundamentales como permitir que la sentencia incluya el pronunciamiento sobre la indemnización de perjuicios, y por ser la primera vez que este procedimiento podía ser utilizado de forma general para resolver cualquier conflicto (y no solo aquellos que se discutiesen en las cortes de equidad).

A su vez la regla diferenciaba tres tipos de acciones de clase: (i) *true class actions*, (ii) *hybrid class actions*, y (iii) *spurious class actions*. La primera de las categorías se refería a aquellas acciones que buscaban la tutela colectiva de los intereses de todos los afectados sin exclusión, por lo que la sentencia que decidía el conflicto afectaba a toda la clase. La segunda categoría respondía a la tutela que requerían ciertos derechos reales cuando se encontraban en propiedad de un colectivo de personas. La tercera, y última de las distinciones, obedecía a cautelar pretensiones en principio diferentes, pero que tuvieran cuestiones comunes. En estos dos últimos casos el sistema establecía un mecanismo por el que los interesados se hacían parte del proceso, de modo tal que los resultados del mismo solo tenían efectos en quienes hubiesen manifestado su voluntad de incorporarse al proceso.

Un lector atento al asunto que aquí se trata puede percatarse con rapidez del problema manifiesto de aquella regulación, en tanto, el esquema de las *hybrid class actions* y *spurious class actions* no presenta diferencias con otras instituciones procesales como el litisconsorcio o la acumulación de autos del Derecho continental; ello sin perjuicio de las observaciones al sistema de *true class actions* que aplicaba los efectos de la sentencia a todos los miembros de la clase sin mayores distinciones. En virtud de ello, fue necesario modificar la norma, y de ese modo desde 1966, a través de una nueva reforma, el sistema norteamericano de acciones de clase adquirió la fisonomía que tiene actualmente.

Finalmente, se debe constatar que el modelo inglés y el norteamericano justificaron de manera diferente esta institución, en tanto, mientras uno buscaba conseguir que intereses de baja entidad no quedasen sin protección, en el caso del modelo norteamericano se prescinde de

⁴⁴ Traducción de Pablo Gutiérrez de Cabiedes en GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo, *op. cit.* (n. 9), p. 450.

calificar los intereses de los solicitantes, y se concentra en solucionar los problemas prácticos que acarrea el hecho de que muchos individuos participen del mismo juicio.

iii. La proliferación de las acciones de clase en la década de 1960

Lo primero que se debe constatar es que la nomenclatura de “acciones de clase” es propia del Derecho norteamericano, utilizándose por el Derecho continental para referirse a ello la expresión de “tutela jurisdiccional de intereses colectivos”, o bien alguna referencia similar a intereses supraindividuales, difusos, homogéneos, u otros equivalentes.

Cabe advertir al respecto que resulta casi anecdótica la proliferación conceptual que existe para referirse a esta materia, y de ahí la importancia de entender con claridad la matriz desarrollada en las páginas previas, a fin de evitar confusiones y de entender a cabalidad todas las aristas del problema.

A su vez, vale la pena detenerse y resaltar un punto, y es que las acciones de clase que nacen en la cuna de liberalismo económico como mecanismos procesales que atienden a la cantidad de intereses individuales comprometidos en un juicio resurgen como solución a los problemas que derivaban de la protección de intereses supraindividuales en un Estado Social de Derecho desde el último tercio del siglo XX⁴⁵, donde el fundamento último se encontraba en la protección de esta nueva clase de derechos que se fundaban en la solidaridad, intentando proteger lo que se conceptualizó como Derechos de Tercera Generación.

Ello explica que la tendencia a la protección de intereses colectivos en sistemas de Derecho continental, usualmente, no sea a través de un procedimiento genérico, sino que en ramas particulares del Derecho, pues su tendencia ha sido dar protección a los intereses supraindividuales y lo ha hecho a través de instituciones públicas o bien procedimientos particulares en aquellos ámbitos, siendo ejemplos paradigmáticos en Chile la creación de la Fiscalía Nacional Económica (FNE), el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), el Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM), u otros, que velan por alguna clase de interés supraindividual entendido como una singularización del interés general, y en consecuencia una necesidad pública de protegerlo.

Sin embargo, el problema que plantea esa estrategia es que constantemente están apareciendo nuevos intereses colectivos sin que la legislación avance en igual velocidad. De ese

⁴⁵ COROMINAS BACH, Sergi. *op. cit.* (n. 17), p. 16.

modo, por ejemplo, hace unos años en el país se creó el Tribunal Ambiental, pero no se creó ninguna institución pública destinada a la defensa de ese interés ante aquel tribunal, tomando el desafío una organización no gubernamental (ONG), que siendo una institución de Derecho privado hoy vela por la defensa del medioambiente, autodenominándose justamente Fiscalía del Medioambiente (FIMA).

Las consideraciones anteriores resultan útiles para poder diferenciar cada vez que se examine una legislación, cualquiera sea ella, si lo que ha hecho es consagrar un mecanismo de acceso a la justicia en razón de (i) proteger intereses que de manera individual quedarían desprovistos de protección a la manera de Inglaterra, o bien, (ii) busca defender los intereses individuales de un conjunto de individuos que de otra manera podrían atochar el sistema judicial con múltiples pretensiones similares a la manera norteamericana, o bien, (iii) se trata de dar reconocimiento y acceso a la justicia a intereses supraindividuales, que no pueden ser protegidos sino a través de mecanismos de representación en tanto el objeto mismo del interés resulta indivisible.

Aquellas respuestas no se plantean de ninguna manera como excluyentes entre sí, sino que por el contrario, este trabajo sugiere e intentará justificar que los Estados decidan entender que todas son razones válidas, sin embargo, a partir de la elección que se haga de ellas nace una exigencia de coherencia, toda vez que aplicando el ya conocido adagio, *allí donde exista la misma razón debe operar la misma disposición*, no resultaría justificado que ciertos intereses colectivos resultasen desprotegidos siendo que otros -que se encuentran en la misma situación- sí lo estuviesen. Aquella falta de coherencia solo podría ser explicable en función de una legislación poco razonada y negligente.

Habiendo extendido de sobremanera aquellas importantes precisiones solo cabe cerrar este acápite reafirmando la generalidad con que los distintos Estados han recogido alguna formulación de las acciones de clase para dar protección jurisdiccional a -algunos- intereses colectivos, siendo parte de la lista entre muchos otros Inglaterra, Estados Unidos, Rusia, Japón, España, Suecia, Israel, Grecia, Brasil, México, Colombia y como ya se ha adelantado, en algunos aspectos nuestro propio país⁴⁶.

⁴⁶ GIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *op.cit.* (n. 13).

iv. Conceptualización

Como resultado de este devenir histórico es posible caracterizar a las acciones de clase de modos diferentes, atendiendo a elementos que en ocasiones resultan determinantes para el funcionamiento de la misma en los Estados que las utilizan, pero que conceptualmente no pertenecen necesariamente a su esencia. En vista de ello la doctrina ha dado definiciones generales del siguiente tenor:

Pablo GUTIÉRREZ DE CABIEDES define a las acciones de clase como aquellas “acciones judiciales dotadas de un procedimiento específico, por medio de las cuales una o varias personas actúan en el proceso defendiendo sus derechos o intereses y los de todas aquellas personas que se encuentran en una misma o similar situación jurídico material”⁴⁷.

Es posible notar que este autor considera como elemento determinante el que se trate de un procedimiento particular, que permita dar soluciones colectivas a quienes se encuentren en igual o similar situación. De ese modo no resulta ser de su esencia el modo en que los interesados concurren al proceso, la forma en que su interés resulta ser representado, ni tampoco si con ello se resuelve necesariamente el problema para la totalidad de personas que se encuentren en aquella situación.

Cecilia GILARDÍ, por su parte, entiende las acciones de clase como “aquellas en las que una persona o un pequeño grupo de personas, pueden representar a un gran número de individuos, todos poseedores de un derecho o interés común”⁴⁸.

Esta definición apunta a un elemento particular de las acciones de clase en virtud de la cual es necesario que exista un miembro del grupo que actúe en representación de los otros, es decir, que su actuar no se debe únicamente a la defensa de su interés particular. Asimismo esta definición tampoco considera como un elemento de la esencia que la sentencia tenga un efecto *erga omnes*, permitiendo esta definición incluso la posibilidad de que operen mecanismos de representación tácitos.

Finalmente, y en sentido similar, María del Pilar HERNÁNDEZ las define como “El recurso procesal que posibilita el tratamiento procesal unitario y simultáneo de un elevado

⁴⁷ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo, *op. cit.* (n. 9), p. 447 y 448.

⁴⁸ GILARDÍ MADARIAGA DE NEGRE, Cecilia, *op. cit.* (n.1), p. 79.

número de titulares de pretensiones jurídicas individuales, mediante la intervención en el juicio de un único exponente del grupo”⁴⁹.

Esta definición pone el énfasis en la defensa de intereses plurisubjetivos u homogéneos, y no parece incorporar nuevos elementos al debate. Al contrario, parece poco preciso referirse a las acciones de clase como un “recurso”, teniendo presente que aquella palabra en nuestra disciplina tiene una acepción bastante especial, y no debe ser usada como simple sinónimo de “instrumento”.

Dicho lo anterior es posible concluir ante todo que la definición de acciones de clase deberá contener elementos esenciales, pero su delimitación final corresponderá a la configuración que se haga de ella por cada Estado. Así por ejemplo, y tal como veremos más adelante, no es un asunto resuelto si resulta de la esencia de este tipo de acciones que su sentencia tenga un efecto *erga omnes*, pudiendo matizarse aquel resultado por medio de sentencias que tienen efecto *secundum eventum litis*, o bien, en una doctrina más extrema, un efecto relativo que se extiende a un grupo que ha sido representado dentro del proceso.

Ahora bien, más allá de las definiciones que podamos recabar en esta investigación resulta provechoso reconocer los objetivos por los cuales se instauran este tipo de procesos en cada sistema. En ese sentido Antonio GIDI ha precisado que las acciones de clase responden a tres objetivos, a saber, (i) proporcionar economía procesal, (ii) acceso a la justicia, y (iii) efectividad del derecho material⁵⁰.

De ese modo es posible reconducir cada uno de los objetivos que remarca el autor a los objetivos que históricamente se han presentado como causa de la aparición de las acciones de clase. Por ejemplo, cuando GIDI plantea que las acciones colectivas promueven el ahorro de tiempo y dinero en la tramitación del proceso, es justamente lo que buscaba la Suprema Corte de Estados Unidos con la instauración de las acciones de clase; cuando se plantea que permitiría el acceso a la justicia de *grupos hiposuficientes*, que no pueden saber que sus derechos han sido violados o que no cuentan con la iniciativa u organización adecuada para poder hacerlos valer en juicio, entonces reconocemos las razones que tuvo el Reino de Inglaterra para

⁴⁹ HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar. *Mecanismos de tutela de los intereses difusos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, p. 124.

⁵⁰ GIDI, Antonio. Las acciones colectivas en Estados Unidos, *en: Direito e Sociedade (Curitiba)*, (3): pp.117-150, enero-junio, 2004, p. 117.

instaurar las Cortes de Equidad; y finalmente, cuando lo que se busca es la efectividad del derecho material tutelado de forma colectiva, entonces estamos frente a la protección de intereses supraindividuales.

b) Otras instituciones protegiendo intereses colectivos

Antes de continuar, resulta necesario diferenciar a las acciones de clase de otro tipo de soluciones a problemas de masas. De ese modo parece apropiado responder: ¿Por qué el litisconsorcio, la acumulación de autos, las acciones populares, o la instauración de instituciones públicas que defiendan el interés colectivo no son satisfactorias para enfrentar el problema más arriba esbozado?

i. El litisconsorcio

Sin tener la intención de revisar en profundidad esta institución⁵¹, bastará por ahora entender que el litisconsorcio o acumulación subjetiva de pretensiones “se produce cuando en cada uno de los lados o posiciones aparecen varias personas unidas como demandantes o demandados (litisconsortes)”⁵².

La doctrina ha justificado la existencia de esta institución en virtud de diversas razones, tales como el respeto al debido proceso, en función del principio de bilateralidad de la audiencia, así como bajo el entendimiento del respeto a los derechos de terceros ajenos al proceso, pero que son *partes* en la relación material, dando coherencia y utilidad a la sentencia⁵³.

La utilidad que reporta el litisconsorcio como una institución procesal no puede ser puesta en duda. No obstante ello, es necesario diferenciarla de lo que aquí hemos llamado acciones de clase o acciones colectivas. Y es que mientras estas últimas constituyen el establecimiento de un procedimiento, el litisconsorcio se limita a describir una situación procesal de pluralidad de partes, independiente de si aquella situación (y sus efectos) se producen en un procedimiento ordinario o especial.

⁵¹ Para una revisión más profunda se recomienda (i) DÁVILA MILLÁN, María Encarnación. *Litisconsorcio necesario, concepto y tratamiento procesal*. Barcelona, España: Bosch, 2º edición, 1992; (ii) NÚÑEZ OJEDA, Raúl y PÉREZ RAGONE, Álvaro, *op. cit.* (n. 28).

⁵² GRILLO LONGORIA, Rafael. *Derecho Procesal Civil I – Teoría General del Proceso Civil*. La Habana, Cuba: Editorial Félix Varela, 3ra edición, 2006, p 112.

⁵³ NÚÑEZ OJEDA, Raúl y PÉREZ RAGONE, Álvaro, *op. cit.* (n. 28), p. 357.

De ese modo es perfectamente posible que en una acción de clase se produzca un litisconsorcio activo si varios miembros del grupo desean concurrir al juicio a hacer valer sus derechos de manera directa (en la medida que lo permita la regulación).

Con todo, debe quedar claro que la sola existencia del litisconsorcio no es suficiente para hacer frente a un eventual problema de pluralidad de partes, en tanto habrá situaciones en que el litisconsorcio resulte *impracticable* en virtud de la cantidad de partes a las que habría que hacer concurrir a un juicio. Tal como revisaremos más adelante a propósito del modelo estadounidense, aquellas razones prácticas no solo corresponden a la gran cantidad de personas involucradas, sino también, por ejemplo, a su diversidad geográfica, a sus condiciones para asumir el juicio, o bien por el simple hecho de tratarse de un interés difuso, donde no es posible determinar a los interesados.

Como resultado de ambas consideraciones anteriores resultará sencillo advertir importantes diferencias entre las acciones de clase con la figura del litisconsorcio, como por ejemplo: (i) en las acciones de clase existe una parte que inicia el juicio en representación de un colectivo, sin necesidad de que cada uno de ellos concurra al proceso, o bien que (ii) a través de las acciones de clase el representante hará valer el interés de todos los miembros del grupo⁵⁴, mientras que en el litisconsorcio cada parte puede tener un interés diferente.

ii. La acumulación de autos

Un segundo mecanismo que permite dar solución a conflictos que envuelven pluralidad de intereses es la acumulación de autos. Mediante esta institución se permite la agrupación de juicios que requieren ser resueltos por una misma decisión en razón de compartir sus fundamentos de hecho o de derecho. La doctrina ha definido la acumulación de autos como “la agrupación de dos o más procesos que se han iniciado y que se tramitan separadamente, existiendo entre ellos una relación tal, que sea del todo conveniente tramitarlos y fallarlos en

⁵⁴ Con todo, cabe hacer presente que esta última diferencia resulta ser una pretensión política de la institución, pero que en la práctica ha tenido algunos inconvenientes en virtud de la dificultad que representa el que un miembro de la clase pueda efectivamente hacer valer el interés de los miembros del grupo al que se supone representa. En ese sentido véase: LEMOS, Margaret. Aggregate Litigation goes public: representative suits by state attorneys general, en: *Harvard Law Review*, (126): pp. 486-549, 2012.

conjunto, a fin de evitar que se pronuncien sentencias contradictorias, que se multipliquen inútilmente los juicios y que las partes incurran en gastos y molestias innecesarios”⁵⁵.

Bajo este concepto nos encontramos con una institución que tiene presente los eventuales costos del error al tramitar de forma separada juicios que deben tener una solución común, evidenciándose razones de eficiencia para su procedencia. Sin embargo, esta institución que justamente apunta a evitar la multiplicación inútil de juicios y el aumento de gastos innecesarios no logra ser la respuesta idónea al problema en revisión, en tanto nos reconduce a un caso de litisconsorcio, y en consecuencia, a las deficiencias que ya revisábamos en el apartado anterior. Carece de sentido intentar la acumulación de autos ahí donde el litisconsorcio resulta impracticable, y donde las mismas razones de eficiencia podrían conducirnos a una mejor solución.

En definitiva, considerar que la acumulación de autos permitiría hacer frente a la falta de protección de intereses colectivos, sean estos supraindividuales u homogéneos, difusos o colectivos, deviene en una falta de comprensión de las dimensiones del problema que plantea el fenómeno de la socialización ya descrito.

iii. Las acciones populares

Finalmente resulta oportuno marcar las diferencias existentes entre las acciones de clase con las llamadas acciones populares. Mario CASARINO define a las acciones populares como “aquellas cuya legitimación activa se encuentra en cualquier persona del pueblo, y es ejercida en el solo interés de la comunidad”⁵⁶. En el mismo sentido, los profesores ALESSANDRI y SOMARRIVA señalan que se trataría de “aquella que se reconoce a cualquier persona para la defensa de un interés público, y sobre todo a aquellas que, por el hecho que lo contraviene, también han sufrido o pueden sufrir un daño en su interés privado”⁵⁷.

⁵⁵ Definición de Jaime Parot Silva, en: STOEHLER MAES, Carlos. Disposiciones Comunes a todo Procedimiento. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 5ta. edición, 1995. p. 127.

⁵⁶ CASARINO VITERBO, Mario. *Manual de Derecho Procesal, Colección Manuales Jurídicos N° 43*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica, 4ta. Edición, T. VI, 1986, p. 109. Citado en: DELGADO SCHNEIDER, Verónica. La protección del Medio Ambiente a través de las acciones populares del artículo 948 del Código Civil de Andrés Bello: Un estudio histórico-comparativo, en: TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio y MARTINIĆ GALETOVIC, María Dora (Editores), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*. Santiago, Chile: Lexis Nexis, T. II, 2005, pp. 907-937.

⁵⁷ ALESSANDRI, Arturo, y SOMARRIVA, Manuel. *Curso de Derecho Civil (Actualizado por Antonio Vodanovic)*. Santiago, Chile: Editorial Nascimento, 2° Edición, Tomo II, 1957, p. 951.

En atención a estas definiciones existe una tentación en cuanto a homologar las acciones populares con las acciones de clase o colectivas, y así lo ha hecho cierta doctrina, confundiendo ambas instituciones en razón de sus fines o fundamentos, en tanto ambas amparan intereses colectivos⁵⁸. Sin embargo, las diferencias son prístinas:

- En primer lugar, la acción popular requiere reconocimiento expreso por parte de la ley para que una persona inicie un procedimiento conforme a las reglas generales, mientras que las acciones colectivas o de clase se plantean como un procedimiento especial en virtud del cual se pueden proteger intereses colectivos, de modo tal que los intereses protegidos por ellas no deben ser señalados taxativamente por el legislador.
- En segundo lugar, las acciones colectivas o de clase requieren siempre que quien interpone la acción lo haga en interés propio, ya sea personal o de grupo, mientras que en el caso de las acciones populares aquella circunstancia no es exigida, bastando la calidad de ciudadano, pueblo, o miembro de la comunidad⁵⁹. Esta diferencia resulta determinante, en tanto, no cualquiera estaría legitimado para ejercer una acción de clase, debiendo acreditarse dicha condición.

Esta última diferencia podría llevar a pensar que existe una superioridad de las acciones populares por sobre las acciones de clase, en la medida que existiría una mayor posibilidad de que personas intervengan en la protección de intereses colectivos, sin embargo, ello no resulta ni sostenible ni aplicable en nuestro Derecho, toda vez que los intereses colectivos sobre los que versa este trabajo tienen un importante sustrato privado, no siendo coherente con los principios del Derecho nacional el que terceros ajenos a la relación jurídica puedan disponer en juicio de aquellos intereses. De ese modo, las acciones populares deben estar limitadas exclusivamente a lo público, en interés del “populus”, tal como fueron concebidas en Roma⁶⁰.

⁵⁸ DÍAZ SALVO, Grace y GÓMEZ OPORTO, Renato, *op. cit.* (n. 37), p. 11.

⁵⁹ Llama la atención en el desarrollo de esta investigación el artículo 101 de la Constitución Española, que exige la calidad de ciudadano español para el ejercicio de la acción popular en materia penal, excluyendo con ello a los extranjeros ofendidos por el delito (los que son salvaguardados por el Ministerio Público). En ese sentido: LATORRE, Virgilio. *Acción popular/ acción Colectiva*. Madrid, España: Civitas Ediciones, 2000, p. 51.

⁶⁰ DELGADO SCHNEIDER, Verónica, *op. cit.* (n. 56), p. 908.

3. De la falta de protección de intereses colectivos en Chile

En este tercer apartado nos avocaremos al estudio de casos en que es posible reconocer la existencia de intereses colectivos, sean estos supraindividuales u homogéneos, pero que no han recibido la respuesta más idónea para su protección dentro del Derecho nacional, y de esa manera justificar la necesidad de una propuesta como la que se plantea en esta tesis.

Lamentablemente, por las circunstancias propias del desarrollo de los intereses colectivos en el mundo, el estudio de esta parte de la investigación es esencialmente casuístico, lo que implica el riesgo de no incluir en nuestra revisión alguna materia en la que existe un interés colectivo, sea este supraindividual o plurisubjetivo. Ello, como veremos en el capítulo tres de este trabajo, es un argumento para que el legislador, a futuro, opte por tutelar los intereses colectivos a través de mecanismos procesales genéricos.

a) Protección del patrimonio ambiental

Entre los intereses supraindividuales de mayor relevancia se encuentra la protección del patrimonio ambiental, siendo esta una de las áreas que con frecuencia la doctrina utiliza de ejemplo para referirse a la necesidad de tutela de un objeto que perteneciendo a todos, no pertenece a ninguno exclusivamente.

En esta área del Derecho, las novedades procesales más importantes las encontramos a partir de la ley N° 20.600, que crea los tribunales ambientales. Desde el punto de vista procesal, el título III de la mencionada ley contempla las normas del procedimiento, que en particular en su artículo 18 responde a la pregunta sobre quién puede actuar como parte ante el tribunal.

El mencionado artículo señala que quienes podrán intervenir como parte ante el tribunal variarán conforme el asunto discutido, distinguiendo siete casos, que en lo medular refieren situaciones en que, (i) o se trata de atacar la ilegalidad de un acto, (ii) o se persigue la reparación del medioambiente, o (iii) se conocen reclamaciones respecto de resoluciones administrativas derivadas de los procesos que se llevan ante el Servicio de Evaluación Ambiental (SEIA)⁶¹.

En lo pertinente a nuestra investigación, se puede señalar que la tutela jurisdiccional que nos ocupa se otorga a las personas naturales o jurídicas que resulten afectadas por los actos de

⁶¹ A modo de ejemplo, cuando se trata de conocer de las reclamaciones que se interponen en contra de los decretos supremos que declaran zonas del territorio como latentes o saturadas, podrá ser parte cualquier persona que considere que los decretos en cuestión no se ajustan a lo dispuesto en el artículo 50 de la ley N° 19.300, de Bases Generales del Medioambiente, y le causan perjuicio (Artículos 17 N° 1 y 18 N° 1 de la ley N° 20.600, que crea los tribunales ambientales).

particulares o de la administración, debiendo siempre tener que acreditar el propio interés en ello.

Cabe hacer notar que nuestra legislación ambiental distingue la acción de reparación de la acción indemnizatoria, siendo la primera aquella que tiene por finalidad reponer el medioambiente o alguno de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado⁶², correspondiéndole su conocimiento al Tribunal Ambiental; mientras que la segunda acción, la indemnizatoria, tendría por objeto perseguir una compensación en dinero por alguno de los afectados, y se debe ejercer ante la justicia civil⁶³. Lo anterior se explica porque la ley entiende que la acción de reparación busca proteger un interés supraindividual, a saber, el medioambiente, mientras que la acción indemnizatoria busca la protección de un interés individual.

De este modo se advierte desde ya que no existe en materia ambiental una acción colectiva para solicitar la indemnización de perjuicios por daño al medioambiente, es decir que, si bien se protege el interés desde el punto de vista supraindividual, queda desprotegido desde el punto de vista plurisubjetivo u homogéneo, lo que deberá ser examinado en las próximas páginas a propósito de los intereses colectivos en el proceso civil.

Cabe precisar que no se debe confundir el mecanismo procesal utilizado por la legislación ambiental para proteger el medioambiente como un tipo de “acción popular”. Como revisamos en el apartado anterior, las acciones populares prescinden de exigir la existencia de un interés como condición de admisibilidad de la acción, mientras que en la normativa aquí en estudio ello siempre es exigido, debiendo, en el caso de los ciudadanos o personas jurídicas que los representen, demostrarse la existencia de un perjuicio o la participación previa en el proceso administrativo⁶⁴, y tratándose de órganos públicos, en particular de los municipios, se deberá acreditar que los hechos que han ocasionado daños han ocurrido dentro de la comuna. La única excepción a esto sería la legitimación que tendría el Estado, a través del Consejo de Defensa del Estado (CDE), quien se encuentra legitimado siempre, lo que a su vez determina que no exista un órgano especial que persiga los daños al

⁶² Artículo 2° literal (s) de la ley N° 20.600, que crea los tribunales ambientales.

⁶³ Artículo 3° de la ley N° 20.600, que crea los tribunales ambientales.

⁶⁴ La manera de abrir el procedimiento a un gran número de personas requiere de la participación previa en el proceso llevado ante el SEIA, sea con motivo de una Declaración de Impacto Ambiental (DIA) o en virtud de un Estudio de Impacto Ambiental (EIA).

medioambiente, como lo existen en otras áreas del Derecho, sino que se reconduce la defensa de aquel interés al órgano genérico de la defensa del Estado.

A partir de la aclaración anterior es también posible observar que el sistema chileno puede ser entendido como mixto, en el sentido de que permite la defensa del patrimonio ambiental tanto a individuos particulares (sean personas naturales o jurídicas afectadas), como a órganos públicos (municipalidades y el propio Estado).

En relación al problema de la pluralidad de intereses que se pueden presentar tratándose de conflictos medioambientales cabe destacar una regla a propósito de la acción de reparación, contenida en el artículo 18 de la ley en revisión, la que señala que deducida la demanda por alguno de los titulares de la acción no podrán interponerla los restantes interesados, sin perjuicio de poder actuar como terceros coadyuvantes, y de aplicarse las normas del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil⁶⁵. Aquellas normas llaman la atención porque adelantan un método por el cual se puede resolver el eventual problema respecto a que un litigante negligente agote la oportunidad procesal para exigir una reparación, y con ello impida el ejercicio del derecho por el resto del colectivo, grupo o clase representado, o peor aún, cree incentivos perversos para que un agente litigue contra sí mismo a fin de agotar la oportunidad procesal de los otros interesados. Sobre este aspecto debatiremos con mayor profundidad en el capítulo dos y tres de este trabajo.

A modo de conclusión de lo revisado, podemos ver que en esta materia existe una protección del interés supraindividual, que siendo de carácter difuso, entrega su resguardo tanto a instituciones estatales como a particulares. A su vez, que lo relativo a la defensa de intereses homogéneos derivados del daño al medioambiente se reconduce a la aplicación de las normas de responsabilidad civil.

De este modo un primer problema que se puede apreciar deriva de las condiciones materiales en que se propone la tutela jurisdiccional del interés de los ciudadanos en ser reparados, pues ante la afectación del interés supraindividual, los miembros del grupo al momento de exigir una indemnización individual quedan en la situación que revisábamos antes, ya sea, de los ciudadanos ingleses previo a las creación de cortes de equidad, o a los norteamericanos previo a las acciones de clase propiamente tales, ya que la cuantía de las

⁶⁵ Artículo 18 N° 2, y 18 inciso final de la ley N° 20.600, que crea los tribunales ambientales.

acciones de responsabilidad civil que podrían ejercer los ciudadanos afectados sería tan baja que no existirían incentivos suficientes para litigar, o bien, en el caso opuesto, si aquellos incentivos existiesen, habría un cúmulo tan alto de juicios que elevaría los costos del proceso, abriéndose de ese modo la justificación económica de las acciones de clase, como se señala al final de este mismo capítulo.

b) Protección de la libre competencia

La regulación pertinente se encuentra contenida en el decreto ley N° 211, de 1973, que fijó las normas para la defensa de la libre competencia, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra en el decreto con fuerza de ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción publicado el 07 de marzo de 2005, actualizado y modificado por diferentes leyes desde esa fecha.

En su formulación actual la normativa citada contempla, en su artículo 2°, que corresponderá al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) y a la Fiscalía Nacional Económica (FNE), dar aplicación a las normas que fija la ley para el resguardo de la libre competencia en los mercados.

En el caso particular, la institucionalidad en sede de libre competencia está estructurada para que en principio sea la FNE quien reciba denuncias, investigue, y eventualmente presente un requerimiento ante el TDLC, a fin de que este último sea quien sancione las conductas catalogadas como anticompetitivas, sin perjuicio de que eventualmente un particular podría presentar una demanda ante el mismo Tribunal⁶⁶.

Al respecto, podemos evidenciar rápidamente como, al igual que en el caso anterior, la protección del interés supraindividual resulta ser mixto, toda vez que se encuentra protegido tanto por la institucionalidad pública como por la posibilidad de que los propios particulares den inicio al procedimiento.

En virtud de lo anterior es que para efectos de esta investigación, debido a lo robusto que resulta el encuadre y protección de este interés no ahondaremos más en él. Ahora bien, sí resulta pertinente preguntarse por las hipótesis de responsabilidad derivadas de la declaración mediante sentencia condenatoria del TDLC respecto de ilícitos anticompetitivos. En particular,

⁶⁶ Artículos 18 y 20 del DL N° 211 de 1973, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra en el decreto con fuerza de ley N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción publicado el 07 de marzo de 2005.

debemos precisar que al respecto existen normas relativamente nuevas que modificaron el panorama procesal para exigir esas reparaciones.

En ese sentido, previo a la modificación que realiza la ley N° 20.945, publicada en agosto de 2016, los consumidores afectados por los ilícitos anticompetitivos debían exigir sus reparaciones ante los tribunales ordinarios de justicia, tramitando su acción conforme a las reglas del procedimiento sumario, y que en la práctica eran llevadas a cabo por asociaciones de consumidores o el SERNAC conforme lo posibilita el artículo 51 de la ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. Sin embargo, con la entrada en vigencia de la nueva ley, se modifica el artículo 30 del decreto ley N° 211, haciendo competente al propio TDLC para conocer de la acción indemnizatoria de perjuicios que haya lugar con motivo de la sentencia condenatoria por ilícitos anticompetitivos que hubiese dictado el mismo tribunal.

Cabe precisar que, manteniendo una legislación coherente, la ley N° 19.496 también fue modificada en su artículo 51, haciendo referencia expresa al modo en que, con el fin de tutelar el interés colectivo o difuso de los consumidores, cualquiera de los órganos o colectivos señalados en el inciso primero de aquel artículo podrían interponer la acción indemnizatoria ante el TDLC.

En esta materia es posible notar una importante diferencia entre las normas en revisión con lo que encontrábamos en materia ambiental, donde la indemnización debía siempre exigirla un particular y nunca en representación de los otros afectados. De este modo, más que una situación de déficit normativo, en esta área del Derecho, en tanto le son aplicables las normas de protección a los consumidores, vemos que existe una amplia y correcta aplicación de los intereses colectivos que hay en juego, surgiendo como interrogante entonces no la manera de tutelar este interés, sino que cuestionarse por las razones que tuvo el legislador para dar tanta protección a unos intereses colectivos y no a otros.

c) Protección de derechos constitucionales

Intentando abordar distintas áreas del Derecho, cabe ahora referirse a las normas procesales que rigen las acciones constitucionales. En particular, resulta de nuestro interés referirnos a la hipótesis de recursos de protección en que existan intereses colectivos envueltos.

El artículo 20 inciso primero de la actual Constitución Política de la República consagra el recurso o acción de protección, señalando en lo medular que, el que por causas de actos u

omisiones arbitrarios o ilegales sufra la privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de algunos de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 de la Constitución, podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato todas las providencias necesarias para establecer el imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

Al respecto resultan de especial interés la multitud de recursos de protección que se presentan año a año para detener las alzas en los planes de salud que efectúan las Instituciones de Salud Previsional (Isapre).

En el caso particular de nuestro estudio, resultan ser derechos conculcados por las Instituciones de Salud Previsional mediante el alza unilateral de los planes de salud de sus clientes (i) el de la igualdad ante la ley (Art. 19 N° 2 de la CPR), (ii) el de acceso a la salud (Art. 19 N° 9 inciso 2° de la CPR), y (iii) el de propiedad (Art. 19 N° 24 de la CPR), en virtud del fenómeno de *propietarización de los derechos*⁶⁷.

Sin perjuicio de la jurisprudencia uniforme de las Cortes de Apelaciones del país, refrendada por la Corte Suprema, que sistemáticamente acogen los recursos presentados por los usuarios, la mayoría de las Isapres se mantienen de manera contumaz en su conducta, lo que conlleva a que cada año las distintas personas deban, de manera individual, presentar nuevamente un recurso o acción de protección en base a la carta que notifica el alza del precio o cambio de plan.

En virtud de ello se ha incrementado de sobremanera el número de causas que deben conocer las Cortes de Apelaciones, así por ejemplo, en 2014 el número de recursos de protección en esta materia llegó a 99.512 recursos, subiendo el año 2015 a 133.233⁶⁸, y tan solo

⁶⁷ En ese sentido: (i) VERGARA BLANCO, Alejandro. La propietarización de los derechos, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (XIV): pp. 281-291,1992; (ii) CORDERO QUINZACARA, Eduardo. La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno, en: *Revista de Derecho*, Vol. XIX, (1): pp. 125-148, julio 2006.

⁶⁸ LA TERCERA, *Aumentan a 133 mil los recursos de protección contra isapres*. Chile, 03 de febrero de 2016, disponible en: <http://www.latercera.com/noticia/aumentan-a-133-mil-los-recursos-de-proteccion-contra-isapres/>, con fecha de consulta 08 de agosto de 2017, a las 14:00 horas.

entre enero y septiembre de 2016 ya alcanzaban la cantidad de 158.724 recursos, determinando un crecimiento superior al 50% en relación a los registrados el año 2015 en el mismo periodo⁶⁹.

Se evidencia de ese modo que se trata de un fenómeno que va al alza, y que está muy lejos de ser un conflicto jurídico en que se pongan en choque intereses únicamente individuales. Por el contrario, se trata de un conflicto típicamente colectivo, donde es posible reconocer a un gran número de afectados que se vinculan con su Isapre en función de una relación jurídica de base, y donde es posible identificar a cada uno de los recurrentes, correspondiéndose en consecuencia con el concepto que más arriba revisamos acerca de los intereses plurisubjetivos u homogéneos.

Cabe advertir que el problema no solo es relevante desde el punto de vista de la cantidad de intereses en juego, sino también por la magnitud de costos que ello implica, que a modo referencial se pueden expresar a través del pago de las costas que las Isapres deben pagar al término de cada proceso, las que llegaron el año 2016 a más de 30 mil millones de pesos⁷⁰. Ello debe sumarse a otros costos, como son los gastos propios del aparataje estatal para proveer justicia en el caso concreto, traducido, en horas de funcionarios, papel, espacio físico, y evidentemente el costo de oportunidad de no poder destinar aquellos recursos a otros casos.

De manera muy distinta a la preocupación que el Estado manifestó tratándose de otros intereses colectivos, no encontramos ninguna muestra institucional que permita aproximar una solución a este problema, sino que por el contrario, parecieran haber frenos institucionales importantes. Así por ejemplo, en 1999 la Corte Suprema, en relación a la defensa colectiva que intentó la Organización de Consumidores y Usuarios de Chile (ODECU), en nombre de sus miembros, en relación a la afectación de derechos que implicaba la manera en que entregaban los servicios las empresas de generación eléctrica, resolvió que *“la acción de protección no es una acción popular y por lo tanto, no puede ser deducida respecto de los consumidores, porque éstos no tienen derechos pasivos, y en consecuencia no tienen derechos garantizados por la Constitución”*⁷¹.

⁶⁹ EL MERCURIO, *Recursos de protección por alzas de planes de isapres crecen 50% en el año y seguirían al alza*. Chile, 11 de octubre de 2016, disponible en: <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=297805>, con fecha de consulta 08 de agosto de 2017, a las 14:00 horas.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Revista Derecho y Jurisprudencia, XCVI, Tomo 2º, 1999, Parte Segunda, Sección Séptima, p.179.

La jurisprudencia citada manifiesta el principio con el cual actúan las Cortes de Apelaciones no solo en los casos de Derecho del Consumidor, que hoy tienen una protección bastante privilegiada, sino en todos sus casos, siendo por ejemplo, inadmisibles interponer una acción en favor de comunidades indígenas, trabajadores, o pobladores en un sentido genérico⁷².

Si bien el nuevo Auto Acordado N° 94/2015 sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales, en su número 2°, contempla que el recurso podría ser interpuesto no solo por el afectado, sino que también por cualquiera a su nombre aunque no tenga para ello mandato especial, el carácter difuso de los intereses, o bien la abrumante cantidad de los mismos, conlleva finalmente a su precaria o nula protección.

De ese modo, la situación aquí descrita pareciera calzar perfectamente con la situación que enfrentaron las antiguas Cortes de Equidad, en tanto, no existe una vía por la cual requerir la justicia frente a afectaciones a intereses comunes, pero que no tienen una cuantía suficiente que logre superar la expectativa de reparación, o bien, como en el caso de las Isapres, en que existen incentivos económicos suficientes para la litigación, pero la cantidad de casos determinan un atochamiento importante de nuestro sistema judicial.

d) Protección en sede civil

Una de las preguntas más relevantes que debe responder este trabajo corresponde a si es posible identificar intereses colectivos de naturaleza civil que merezcan tutela jurisdiccional. Aquella importancia viene dada en la medida que es el Derecho Civil el que con mayor frecuencia afecta la vida de las personas, y el que se ha entendido como el Derecho general y supletorio respecto de todas las otras áreas del Derecho. De ese modo, si tal como aquí se pretende, se quiere justificar una herramienta procesal que sea de aplicación general, entonces, esta herramienta debe reportar alguna utilidad al Derecho Civil.

A este respecto, debemos responder afirmativamente a la interrogante anterior, en el sentido de que sí existen intereses colectivos que siendo de naturaleza civil merecen protección jurisdiccional. Encabeza la lista la indemnización por daño al medioambiente como revisábamos en uno de los apartados anteriores, y a la que se pueden sumar desde el ámbito

⁷² En el mismo sentido y con mayor profundidad véase: CASTELLÓN VENEGAS, Hugo Agustín. Acción popular y Recurso de Protección, en: *Gaceta Jurídica*, (262): Lexis Nexis: pp. 7 – 19, abril, 2002.

supraindividual las acciones en defensa de intereses de algún pueblo originario, o incluso, como señala cierta jurisprudencia internacional podemos encontrar acciones en defensa del *honor* de un colectivo o comunidad que no tiene existencia como persona jurídica. Desde el ámbito de los intereses plurisubjetivos u homogéneos abundan aún más ejemplos, siendo posible traer a la vista las diferentes estafas piramidales que se han hecho públicas en nuestro país, los desastres ocasionados por negligencias en la construcción, las responsabilidades derivadas de los casos de colusión previos a la ley N° 20.945, los cobros indebidos a los estudiantes por sus créditos universitarios, o de manera más trivial, casos más sencillos, como pudiese ser la afectación de personas por la realización de loteos irregulares.

Las circunstancias antes mencionadas dan cuenta de casos en que existen intereses colectivos que siendo de relevancia jurídica deben ser tutelados por el ordenamiento. En ese sentido, cabe precisar que no se trata de situaciones a las que el Derecho no tenga ninguna respuesta, y es que la lógica decimonónica-individualista entrega una respuesta institucional a esta clase de problemas, el punto está en si acaso esa respuesta es suficientemente buena, o si puede ser mejor.

No es intención de este trabajo deslegitimar instituciones que traen innumerables beneficios como lo son las normas procesales en relación al litisconsorcio, la acumulación de autos, las acciones populares, la notificación por avisos, o desde el punto de vista sustantivo, las reglas en relación a las obligaciones simplemente conjuntas, solidarias, indivisibles, o todas aquellas relativas a las personas jurídicas. De ese modo, no se trata de argumentar que nuestro ordenamiento no resiste más sin incorporar mecanismos procesales para tutelar estos intereses, sino que pareciera ser recomendable que mejoremos nuestras reglas procesales en relación a los nuevos desafíos que tiene el Derecho.

A modo de ejemplo, se puede esgrimir como un caso en que estas reglas pueden prestar utilidad en el ámbito civil el correspondiente a la determinación de la responsabilidad extracontractual derivada del desborde del Río Mapocho en abril de 2016. Este caso consiste, básicamente que en el contexto de unas obras de mejoramiento que llevaba a cabo la concesionaria Costanera Norte se desvió el cauce original del río sin tomar las medidas preventivas necesarias para evitar que el mismo se desbordara con ocasión de las lluvias de la época. El resultado fue conocido por todos los chilenos: el río Mapocho se abrió paso por gran

parte de avenida Providencia, afectando a locales comerciales y edificios del sector, paralizando la ciudad de Santiago y dejándola literalmente dividida a la mitad.

El caso en revisión plantea una cantidad indeterminada de afectados, pero que tienen como responsable a personas determinadas⁷³. La lógica individualista de nuestras reglas actuales invitaría a que cada uno de los afectados iniciara procedimientos separados para reclamar sus daños, así por ejemplo, cada local comercial, cada administración de edificio residencial, cada municipalidad, cada persona que perdió su vehículo, y así en general cada uno de los afectados. Sin embargo, cabe la pregunta por si aquello resulta ser el medio más eficiente (y justo) para solucionar cada caso.

Habrán seguramente en el grupo de interesados en su reparación quienes tengan suficientes incentivos para litigar, y por tanto, quieran y puedan acceder a servicios judiciales que logren hacer justicia en el caso concreto. Sin embargo, no es posible asegurar que todos estén en la misma situación. Habrán quienes no tengan seguros para sus automóviles, otros que habiendo apostado todos sus recursos a su emprendimiento ni siquiera estén en posición de cotizar por servicios judiciales, o simplemente entiendan que sus perjuicios de baja entidad no son suficientes para tomar la decisión de requerir una reparación por vía judicial. En todos aquellos casos no se iniciará ningún proceso, y quedarán en consecuencia sin reparación aquellos daños⁷⁴.

Exploraremos más adelante el estudio de la reducción de costos procesales y del error que puede traer el hecho de discutir de manera conjunta, en un solo proceso, al menos algunos de los elementos relativos a la determinación de la responsabilidad.

Estas reflexiones están íntimamente vinculadas al debate en relación a la comprensión que se tiene de la administración de justicia, y de si es acaso un bien público o no, como pasamos a revisar a continuación en el último apartado de este primer capítulo.

Por ahora, baste con lo dicho para entender que es razonable pensar en que el Derecho Civil tiene algo que decir a propósito de intereses colectivos no solo en especialidades como el

⁷³ LA TERCERA, *Quién es responsable por el desborde del río Mapocho*. Chile, 18 de abril de 2016, disponible en: <http://www.latercera.com/noticia/quien-es-responsable-del-desborde-del-rio-mapocho/>, con fecha de consulta 08 de agosto de 2017, a las 14:00 horas.

⁷⁴ Para una revisión acerca de las consideraciones de justicia y de eficiencia de iniciar acciones o de no poder iniciar acciones por falta de recursos, se recomienda: KAPLOW, Louis y SHAVELL, Steven. *Fairness versus Welfare*, en: Harvard University Press, Cambridge, pp. 225-250, 2006.

Derecho del Consumidor, sino que en todo caso en que se discuta la determinación de responsabilidades por hechos que hayan afectado a un gran número de personas, clase o colectivo.

4. Planteamiento final de la cuestión: un problema de ineficiencia

a) La eficiencia como herramienta al servicio del Derecho

El análisis económico del derecho constituye una herramienta que dando aplicación a los principios de la economía en la ciencia jurídica, logra compatibilizar los fines perseguidos por ambas ciencias a fin de obtener no solo normas o disposiciones que responden a un criterio de justicia, sino que también a un parámetro de *eficiencia*⁷⁵.

Existen ciertos campos del Derecho que han dado cabida de manera directa a la aplicación de criterios de *eficiencia*, como lo pudiesen ser por ejemplo la regulación sanitaria, la distribución de costas procesales, o la normativa concursal. En nuestro campo de estudio entonces la pregunta consiste en saber si es posible que *el proceso* se encuentre estructurado de manera óptima considerando los recursos disponibles (utilización del análisis económico del derecho desde la perspectiva del legislador) y, en virtud de ello, utilizar criterios de eficiencia (y no sólo de justicia) al momento de resolver conflictos jurídicos (utilización del análisis económico del derecho desde la perspectiva del juez). De ser efectivo lo anterior, entonces, se podrán utilizar como guía, tanto para la creación como la puesta en práctica del Derecho, las consideraciones que puedan formularse desde la óptica del análisis económico del mismo. En lo sucesivo nos concentraremos fundamentalmente en la perspectiva de eficiencia del legislador.

Sin ser el motivo principal de este trabajo, es posible sostener que las razones de “economía procesal” que suelen esgrimirse para tomar decisiones legislativas tienen un trasfondo en los derechos fundamentales, y que en particular se pueden reconducir al concepto de debido proceso. La doctrina entiende que aquella garantía fue integrada en nuestra Constitución Política a través del artículo 19 N° 3 inciso sexto, estableciendo que corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

⁷⁵ COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 18 y 19.

De lo anterior es posible concluir que existe un mandato constitucional que exige que el proceso no tenga únicamente un propósito de justicia, sino también *que ella sea alcanzada de manera racional*, lo que tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido en el sentido de que existan fundamentos y razonabilidad en el proceso, estableciendo una debida proporcionalidad entre los fines y los medios dispuestos para lograr aquellos fines⁷⁶.

De ese modo es perfectamente posible entender que el proceso tiene una exigencia de alcanzar la justicia a través de medios proporcionales, o dicho de otra manera: *eficientes*.

Es necesario, sin embargo, distinguir desde un inicio dos formas en que se puede utilizar a la economía en nuestro campo de estudio, determinando la diferencia entre el análisis económico del derecho positivo y normativo.

El análisis económico del derecho positivo tiene por finalidad preguntarse por la manera en que se afecta el comportamiento humano con la existencia de una determinada regla. Se trata de un análisis descriptivo (ontológico) que no tiene por finalidad cambiar la realidad, sino que simplemente explicarla⁷⁷⁻⁷⁸.

Por otro lado, el análisis económico puede servir como guía prescriptiva (deontológica) para la evaluación de las normas jurídicas, planteándose la pregunta por cómo su configuración podría establecer escenarios sociales en que la asignación de recursos sea más eficiente. Este tipo de trabajo se ha denominado análisis económico del derecho normativo⁷⁹⁻⁸⁰.

Teniendo esta investigación la finalidad de indagar acerca de cómo podría resultar más eficiente la reclamación de los intereses que un colectivo tendría en torno a una determinada situación jurídica, en lo que sigue, tomaremos como guía al análisis económico del derecho normativo, intentando explicar cómo es que el estado social en que existen mecanismos procesales que permiten dar protección de una manera amplia y general a los intereses colectivos (llámese estado social Y) es más eficiente que el estado social en que nos encontramos actualmente (llámese estado social X).

⁷⁶ SOTO KLOSS, Eduardo. *El recurso de protección, Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1982, p. 189.

⁷⁷ POSNER, Richard. *El análisis económico del Derecho*. México DF: Fondo de la Cultura Económica, 1992, p. 28.

⁷⁸ COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *op. cit.* (n. 75), p. 14.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 14.

⁸⁰ POSNER, Richard, *op. cit.* (n. 77), p. 28.

Cabe precisar, que dentro del gran campo de estudio que significa el análisis económico del derecho, en este trabajo nos concentraremos en particular en los aspectos procesales, dando lugar al llamado análisis económico del derecho procesal. Este análisis, en términos de COOTER y ULEN, supone que un estado social determinado es más eficiente en tanto en él se minimizan los *costos sociales (CS)*, que en el caso del proceso están representados por la suma de dos tipos de costos: los costos administrativos (CA) y los costos del error (CE)⁸¹.

$$\min CS = CA + CE$$

Para su mejor comprensión, entendemos a los *costos administrativos* como los gastos que deben soportar tanto las partes como el Estado para poder llevar a cabo la actividad judicial. Se trata del precio por poner en funcionamiento la actividad jurisdiccional, y se pueden observar por ejemplo, en los honorarios de abogados, ministros de fe y jueces, en costos del intercambio de información, de investigación, e incluso en los gastos de materiales para conseguir el éxito de las tareas que implica el proceso⁸². Por su parte constituyen *costos del error procesal* los detrimentos de utilidad que se generan cuando la decisión judicial es incorrecta; así sucede por ejemplo si se considera responsable a una parte inocente, o bien cuando considerándose responsable a la parte culpable, se lo hace de forma o por una cantidad incorrecta⁸³.

Lo anterior se desprende de uno de los principio básicos de la economía, y es que los recursos son escasos y las necesidades ilimitadas, sin que la administración de justicia pueda escapar a aquella realidad. En ese sentido, aplicándolo a nuestra área de interés, el legislador tiene una limitación material, no pudiendo despilfarrar recursos con el fin de conseguir justicia, pero a su vez, no puede dejar de destinar cierta cantidad mínima de recursos en tanto el abaratamiento del proceso puede traer consigo la imposibilidad de alcanzar sus fines, determinando errores en la aplicación del Derecho⁸⁴.

⁸¹ COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *op. cit.* (n. 75), p. 477.

⁸² CALABRESI, Guido. *El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. (Traducción de Joaquín Bisbal). Barcelona, España: Editorial Ariel, 1984, p. 349.

⁸³ COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *op. cit.* (n. 75), p. 477.

⁸⁴ NÚÑEZ OJEDA, Raúl (editor) y CARRASCO DELGADO, Nicolás (Coordinador). *Presente y futuro del Derecho Concursal procesal Chileno, una revisión desde el análisis económico del Derecho*. Santiago, Chile: Editorial Thomson Reuters, 2014, p. 20.

De este modo la eficiencia se presenta como un criterio por el cual el proceso deberá lograr alcanzar sus fines de justicia con la exigencia de minimizar al máximo posible los costos administrativos, sin dejar de contemplar la necesidad de dar una respuesta jurídicamente correcta a quienes requieran de la administración de justicia.

b) El problema en estudio como un problema de ineficiencia

La pregunta que queda abierta conforme lo razonado en los apartados anteriores es si el proceso de administración de justicia que hoy se utiliza en Chile para dar protección a los intereses colectivos resulta (o no) eficiente, o en términos de COOTER y ULEN, si es acaso posible transitar de un estado social X a un estado social Y, donde veamos minimizados los costos sociales.

Es necesario antes de continuar precisar que existe una diferencia entre la minimización de costos sociales y minimización de los costos que sufren los particulares. El problema debe ser entendido como un problema social, colectivo, público, y no a la manera individualista decimonónica de la que ya hemos hablado, en tanto los costos privados y los costos sociales que implica el proceso judicial no son lo mismo. En ese sentido se han pronunciado autores como SHAVELL, MENELL, KAPLOW, y otros, determinando la diferencia entre el valor privado y el valor social de los juicios en el sistema legal⁸⁵. MENELL explica que “el valor privado de la demanda se determina únicamente comparando la pérdida de un demandante individual con su costo de llevar a cabo la demanda. Por lo tanto, cuando los demandantes varían en sus pérdidas individuales, algunos encontrarán valor y otros no, independientemente del valor social de demandar. Por el contrario, el valor social de los juicios se basa en los *costos agregados* de todos los demandantes, ya que son aquellos los costos que determinan la decisión de los causantes del daño”⁸⁶ (la cursiva es agregada).

Lo anterior a su vez ha generado interesantes debates en la literatura del análisis económico del derecho en torno a la pregunta por cómo conciliar los incentivos de las partes

⁸⁵ Téngase como referencia: (i) MICELI, Thomas. The Social versus Incentive to Sue, en: Economics Working Papers, (12): pp. 1 -19, abril, 2008. Disponible en http://digitalcommons.uconn.edu/econ_wpapers/200812, con fecha de consulta 25 de junio de 2017, a las 12:00 horas; (ii) SHAVELL, Steven. The social versus the private incentive to bring suit in a costly legal system, en: *Journal of Legal Studies*, (XI): pp. 333-339, junio 1982; (iii) KAPLOW, Louis. Private versus Social Costs in Bringing Suits, en: *Journal of Legal Studies*, (15): 371-385, 1986; (iv) MENELL, Peter. A Note on Private versus Social Incentives to Sue in a Costly Legal System, en: *Journal of Legal Studies*, (12): 41-52, 1983.

⁸⁶ Traducción libre. MICELI, Thomas, *op. cit.* (n. 85), p. 4.

con lo que sería socialmente apropiado respecto del uso del sistema judicial⁸⁷⁻⁸⁸. Aquellas discusiones pueden darnos cierta luz respecto de cómo dar protección a los intereses colectivos a través del proceso velando por la reducción de costos administrativos y del error.

Realizada aquella precisión cabe ahora reconducir los antecedentes señalados en este capítulo como problemas de ineficiencia de la siguiente manera:

(i) Por un lado se encuentra la existencia de intereses individuales de baja entidad que no serían demandados sin la existencia de instituciones que otorgaran facilidades para ser exigidos, ya sea a través de órganos públicos o permitiendo la agrupación de particulares. Ello representa por antonomasia un ejemplo de cómo la racionalidad económica conduce a las personas a decidir si acceder o no a los servicios judiciales, evaluando el valor privado de demandar, el que en este caso, sería demasiado elevado en relación a la expectativa de ganancia. Aquello en términos económicos lo reconocemos como un problema de barrera de entrada, y en términos jurídicos redundaría en definitiva en la limitación del derecho de acceso a la justicia.

Cabe hacer presente que la situación descrita solo puede ser catalogada como “problema” en tanto entendamos que los intereses en juego son dignos de protección jurisdiccional, y que por tanto la desprotección masiva de aquellos intereses genera un costo social mayor que los costos administrativos para satisfacer aquella necesidad.

Así ha sucedido por ejemplo en materia de protección al consumidor, donde las reclamaciones indemnizatorias pueden ser solicitadas ante jueces de Policía Local, que al menos en su pretensión política, se presentan como “de más fácil acceso” que los Juzgados de Letras; con todo, como hemos revisado, no todos los intereses plurisubjetivos u homogéneos gozan de tal privilegio, debiendo, por ejemplo, las reclamaciones indemnizatorias en materia ambiental ser reclamadas ante la justicia ordinaria civil, teniendo que soportar los litigantes mayores costos a la hora de llevar adelante el respectivo proceso judicial.

Las maneras de dar solución a este problema es justamente lo que se discute en este trabajo, siendo una posibilidad el permitir la agrupación de aquellos intereses al momento de iniciar una acción judicial.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 4.

⁸⁸ SHAVELL, Steven, *op. cit.* (n. 85), p. 1.

(ii) La segunda posibilidad es que se configure la hipótesis opuesta, esto es, que existiendo suficientes incentivos para litigar se produzca el atochamiento del sistema judicial por la alta demanda de los servicios judiciales⁸⁹.

El problema en términos económicos es evidente: los recursos son escasos y las necesidades ilimitadas, por lo que toda decisión de disposición de recursos implica necesariamente un costo de oportunidad, materializado en la renuncia de destinar aquellos recursos a solucionar otros problemas. De este modo nace un imperativo para el ente que administra los recursos judiciales de intentar disminuir los costos del proceso, independientemente si estos son soportados finalmente por las partes o por el Estado.

(iii) El tercer y último escenario dice relación con el tratamiento de los intereses supraindividuales. En este caso la falta de protección por parte del Estado no está dada por el incumplimiento al imperativo de minimización de los costos sociales como en los casos anteriores, sino que está relacionado con comprensión que se tiene de la necesidad pública de la provisión de justicia.

En ese sentido el problema que se identifica en relación a los intereses supraindividuales no es uno en el que debamos reducir los altos costos administrativos o del error en el que estemos incurriendo, sino que es un problema previo, determinado por la falta de provisión de servicios judiciales que den lugar a reclamaciones de grupos, clases o colectivos afectados, cuando éstos no pueden ser singularizados como sucede con los derechos de los “pueblos originarios”, “trabajadores”, “habitantes de un lugar determinado”, o “consumidores”, en tanto son afectados como colectividad.

Lo anterior no tiene que ver con el debate acerca de si la justicia debe entregarse como un bien público⁹⁰ o privado⁹¹, pues aquella discusión presupone el acceso a los servicios judiciales, y en consecuencia discute la manera de acceder a ellos. El problema aquí planteado es una denuncia para que en primer lugar exista la oferta de servicios judiciales que permitan la representación de un colectivo más allá de las instituciones actualmente existentes.

⁸⁹ MERY, Rafael. *Una aproximación Teórica y Empírica a la Litigación Civil en Chile*, 2006, pp. 5-6. Disponible en: http://works.bepress.com/rafael_mery_nieto/1, con fecha de consulta 10 de agosto de 2017, a las 21:50 horas.

⁹⁰ NÚÑEZ OJEDA, Raúl y CARRASCO DELGADO, Nicolás. Análisis económico de la administración de justicia: ¿La justicia como bien público o privado?, en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 42, (2): pp. 595-613, 2015.

⁹¹ CORREA, Jorge; PEÑA, Carlos; VARGAS, Juan Enrique. ¿Es la justicia un bien público?, en: *Perspectivas*, vol. 3, (2): pp. 389-409, 2000.

5. Conclusión del primer capítulo

Conforme lo revisado hasta esta parte, el escenario que enfrentamos es uno en el que existe un deber de tutela ya no solo de intereses individuales, sino también de intereses supraindividuales y plurisubjetivos, abriendo el espectro de fines que debe alcanzar el sistema judicial. Ello, en tanto los Estados tienen a través de su función jurisdiccional un deber de dar respuesta a los conflictos de relevancia jurídica que se susciten en su territorio. Ese deber se ha extendido dado el surgimiento de nuevos tipos de conflictos. De modo tal que no es una cuestión voluntaria, sino que un imperativo el dar protección a los intereses colectivos, de relevancia jurídica, que surjan en la sociedad.

Asimismo, se pudo dar cuenta en este capítulo que aquella necesidad no es puramente teórica, sino que en nuestro presente podemos identificar problemas concretos que se derivan de la conservación de instituciones heredadas de corrientes liberales-individualistas, que no se ajustan a las necesidades de la época, marcada por cambios sociales, económicos, políticos y culturales.

Sabemos que en particular el Derecho nacional ha logrado tutelar algunos de estos intereses, pero ha dejado campos importantes sin la debida protección, ya sea en su faz supraindividual o plurisubjetiva. Revisamos en ese sentido diversas áreas del Derecho como son los conflictos constitucionales, ambientales, civiles, en donde existen conflictos colectivos, siendo incluso posible enumerar algunos casos más, como por ejemplo en el ámbito del Derecho Administrativo, en relación a la afectación que un solo acto o resolución puede tener en un conjunto importante de ciudadanos, determinando alguna clase de Responsabilidad del Estado, o bien, en el ámbito del Derecho Comercial, donde surge la necesidad de reunir y proteger los intereses de accionistas minoritarios en relación a los actos o decisiones que tomen los mayoritarios. A este último respecto, sin embargo, debemos reconocer que la legislación comercial se hace cargo de diversas maneras de ese problema, pero que en todo caso nuevamente nos encontraríamos con una legislación sectorial dejando de lado la posibilidad de abrir paso a normas y principios comunes.

Hemos dicho que aquellos intereses pueden demandar una respuesta institucional en virtud de dos razones distintas, las que serían por un lado, la calidad de los intereses en juego, y por otro la cantidad de los mismos, y que aquello condiciona la solución que queramos otorgar, abriéndose como una alternativa la utilización de las acciones de clase, las que desde

una perspectiva histórica se han mostrado como una herramienta flexible y útil a los diferentes tipos de necesidades.

Finalmente, vinculamos y explicamos aquellas necesidades en términos de perjuicios económicos, ya sea por la necesidad de reducción de costos sociales, o por el deber de proveer servicios, creando oferta en el mercado. Con todo, cabe advertir que para determinar si un estado social Y (posterior) es más (o menos) eficiente en comparación a un estado social X (anterior), deberemos primero precisar qué entendemos por un estado social “más eficiente”. Al respecto, en el capítulo tres de este trabajo revisaremos cómo la propuesta normativa que más adelante se explica puede ser predicada de *eficiente*. De ese modo cerramos este capítulo con la expectativa de poder construir y luego justificar una herramienta procesal que permita responder a los nuevos desafíos que nuestro Derecho hoy presenta.

CAPITULO II – ACCIONES DE CLASE, UNA REVISIÓN A SU FUNCIONAMIENTO

El objetivo de este segundo capítulo es responder a la pregunta por cómo funciona un procedimiento de acciones de clase, y de ese modo describir cómo se pueden satisfacer las necesidades planteadas en el capítulo anterior. Para ello, en la primera parte se presentarán los acercamientos a las acciones de clase en que el Derecho nacional ya ha incursionado, y en la segunda parte del capítulo se describe el modelo de acciones de clase utilizado en Estados Unidos por ser el referente obligado en virtud de su antigüedad y completitud. A la luz de aquellos antecedentes se explicarán las distintas instituciones y variantes que puede presentar un sistema de acciones de clase.

1. Aplicación actual de acciones colectivas en el Derecho nacional

a) La protección de los intereses de los consumidores

Con la ley N° 19.955 de 2004, que modifica la ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (en adelante LPC), se introdujo en el Derecho nacional el primer mecanismo de tutela de intereses colectivos por vía de un procedimiento especial, alterando sustancialmente las normas y principios clásicos del Derecho procesal.

Sin perjuicio de pequeñas modificaciones que se le hicieron a aquel sistema original en 2011, a través de la ley N° 20.543 y la adecuación con los procesos derivados de sentencias condenatorias en 2016 a través la ley N° 20.945, el sistema se ha conservado esencialmente igual desde su origen.

Conforme a la información publicada por el Servicio Nacional del Consumidor (en adelante, Sernac), esta herramienta procesal ha sido utilizada con gran éxito. Así por ejemplo, dentro de los años 2014 a 2016 el Sernac ha llevado a cabo un promedio de 58 mediaciones y 17 juicios colectivos por año, siendo beneficiados en ese periodo aproximadamente tres millones de consumidores como señala en su cuenta pública anual⁹².

El procedimiento que pasamos a revisar está regulado en solo 14 artículos que exponen con claridad la forma de actuar de las partes, del juez, y aquellos aspectos del proceso que resultan ser una excepción a las reglas generales.

⁹² Cuenta Pública del Servicio Nacional del Consumidor año 2016, disponible en <http://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2014/03/2017.03.28-PPT-cuenta-publica-FINAL-30.03.2017-1.pdf>, con fecha de consulta 19 de julio de 2017, a las 10:50 horas.

i. El inicio del procedimiento

El procedimiento inicia por demanda. Son legitimados activos, alternativamente, conforme al artículo 51 N° 1 de la LPC: (a) el Servicio Nacional del Consumidor, (b) una asociación de consumidores constituida a los menos con seis meses de anterioridad a la presentación de la acción, y que cuente con la debida autorización de su asamblea para hacerlo, o, (c) un grupo de al menos 50 consumidores afectados en un mismo interés (debidamente individualizados).

Tratándose de los literales a y b, la ley señala que no será necesario acreditar la representación de los consumidores en cuyo interés se actúa, postergando la determinación de la clase a un momento posterior a la sentencia, de acuerdo a las reglas contenidas en el artículo 54 E de la LPC. Si bien la regla es sencilla, cabe realizar ciertas precisiones a fin de evitar eventuales confusiones. En ese sentido, se debe primero diferenciar el interés “de quien inicia la acción” del interés “de los consumidores protegidos por la misma”, en tanto sí puede ser un asunto controvertido al inicio del proceso la calidad para ser parte de quien realiza la demanda⁹³, postergándose únicamente la discusión en torno a la calidad de miembro de la clase que puedan tener los otros miembros del grupo. Asimismo, aquella presunción simplemente legal en torno al interés de los consumidores afectados que sean señalados en la demanda no debe conducirnos a considerar que esta acción corresponde a una especie de acción popular como ya nos hemos pronunciado más arriba, en tanto sí se exige en definitiva la existencia de un interés⁹⁴.

En cuanto al literal c, en relación a ser legitimado activo un grupo de al menos 50 consumidores afectados en un mismo interés, cabe hacer presente que la exigencia de individualización de cada uno de los consumidores que inicia la acción no le resta el carácter de acción colectiva o de clase al procedimiento, y no debe confundirse como un caso de simple litisconsorcio. El carácter de acción de clase no viene dado por la mera existencia de una colectividad, sino por tratarse de un procedimiento especial con las consecuencias que él

⁹³ Para profundizar en los problemas derivados de la capacidad procesal u otros en torno a la legitimación activa en estos procesos, véase: (i) BIANCHI, Alberto. *Las acciones de clase. Una solución a los problemas procesales de la legitimación colectiva a gran escala*. Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1998; (ii) CHAHUÁN, Luis. *Acciones Colectivas. La Legitimación activa y otros problemas procesales en relación con dichas acciones*. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2011.

⁹⁴ Supra: Capítulo I, N° 2, letra c.

implica, tales como, por ejemplo los efectos de la sentencia si no se realiza la respectiva reserva de derechos⁹⁵.

Iniciado el proceso, la ley establece una limitación a quien sea demandante en un proceso colectivo, en tanto no podrá, mientras el proceso se encuentre pendiente, deducir demandas de interés individual fundadas en los mismos hechos (Art. 51 N° 5 de la LPC).

Siendo estas las principales reglas vigentes en cuanto al inicio del procedimiento, cabe hacer presente una modificación que se ha sugerido de manera constante por el Sernac relativa a ampliar la acotada lista de legitimados activos en el procedimiento al menos para algunos órganos públicos como la Subsecretaría de Telecomunicaciones, el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones, el Ministerio de Vivienda y Urbanismo, y el Ministerio de Educación. Así lo da cuenta tanto el proyecto de ley que ingresó el Poder Ejecutivo que se materializó en la reforma de 2004 a la LPC, como en los comentarios sobre la gestión y perspectivas de futuro para el Sernac que realizó su ex Director, José Roa, antes de dejar su puesto⁹⁶.

ii. La adecuación del representante

Por las características propias de las acciones de clase, se deben tomar medidas especiales a fin de asegurar que el representante de la clase sea capaz de llevar adelante el juicio colectivo.

Al igual que como veremos en la legislación comparada, dentro de la LPC existe una regla de adecuación de la defensa, que realiza un control judicial respecto al mandatario de la clase o grupo, a fin de que este sea el más adecuado para proteger eficazmente los intereses de los afectados, pudiendo ser removido por el juez si éste considera que el abogado no cumple apropiadamente su rol. Con todo, la ley no especifica qué es lo que debe entenderse por una conducta adecuada, dejando aquello a interpretación de los jueces en el caso concreto.

Asimismo, en el caso chileno, si el juez estima que las actuaciones de los distintos abogados entorpecen la marcha regular del juicio solicitará a los legitimados activos que son parte en el proceso que nombren a un procurador común de entre sus respectivos abogados, dentro del plazo de diez días, y subsidiariamente el mismo juez lo nombrará de entre los abogados de las partes (Art. 51 N° 7 de la LPC).

⁹⁵ Supra: Capítulo I, N° 2, letra b.

⁹⁶ Cuenta Pública del Servicio Nacional del Consumidor, Gestión 2005-2010 y perspectivas de futuro, disponible en <http://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2012/04/cuenta-de-gestion-Sernac-de-2005-a-2010.pdf>, con fecha de consulta 09 de agosto de 2017, a las 10:05 horas.

iii. La admisibilidad de la acción

El artículo 52 de la LPC dispone que para dar curso a la demanda el juez deberá corroborar la concurrencia de dos requisitos, a saber:

- a) Que la demanda haya sido deducida por uno de los legitimados activos individualizados en el artículo 51.
- b) Que la demanda contenga una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que justifican razonablemente la afectación del interés colectivo o difuso de los consumidores, en los términos del artículo 50.

El referido artículo 50, como ya hemos revisado, simplemente contiene una definición de acciones de interés colectivo y difuso, estableciendo que son aquellas que se promueven en defensa de derechos comunes de un conjunto de consumidores, sean estos determinados o indeterminados, según corresponda.

A partir de la revisión de estas reglas se debe constatar que en el sistema nacional no hay mayor control judicial al inicio del procedimiento colectivo, dejándose aquel control al demandado, quien puede solicitar en su contestación la calificación de *temeraria* de la acción deducida por carecer de fundamento plausible o por haberse deducido de mala fe, lo que se incluirá dentro de los puntos de prueba, y debiendo acreditarse en el término probatorio junto con el resto de hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos.

En el evento que se declare inadmisibile la demanda por no cumplirse los requisitos señalados la acción colectiva sólo podrá deducirse individualmente, sin perjuicio de poder iniciar una nueva demanda colectiva fundada en nuevos antecedentes (Art. 52 inciso 7°)⁹⁷.

iv. La notificación de la demanda

Una de las normas más relevantes en torno a una acción colectiva es aquella que fija la forma de notificación de los miembros de la clase que no han concurrido a iniciar el procedimiento, a fin de evitar vulneraciones al debido proceso. En nuestro sistema aquella regla se encuentra en el artículo 53 de la LPC, que establece la obligación para el demandante de informar a los consumidores que puedan considerarse afectados por la conducta del

⁹⁷ No profundizaremos en relación a las reglas respecto a la tramitación de la acción como a los recursos procesales que proceden en contra de las resoluciones que se dicten en el mismo, en tanto aquellas no se fundan en el carácter colectivo del procedimiento.

proveedor demandado, mediante publicación de un aviso en un medio de circulación nacional y en el sitio web del Servicio Nacional del Consumidor, a fin de que comparezcan a hacerse parte o hagan reserva de sus derechos.

La notificación señalada es de suma importancia en el procedimiento, en tanto marca el hito por el cual ninguno de los afectados podrá iniciar individualmente un juicio contra la demandada y comenzará a correr el plazo de 20 días para hacerse parte o hacer reserva de sus derechos para un juicio individual posterior.

A su vez, la importancia de la notificación viene dada por sus efectos fuera del juicio, y es que a pesar de la conducta pasiva de los afectados, esto es, el no hacerse parte en el juicio o bien no comparecer para hacer reserva de sus derechos, la sentencia les afectará igualmente. De modo tal que para que un efecto de tal naturaleza sea sostenible y conciliable con el debido proceso se hace imperativo un mecanismo de notificación efectivo y no meramente ilusorio.

Finalmente, en este mismo momento se procederá a la acumulación de los juicios individuales que ya se hubiesen iniciado, exceptuando únicamente aquellos en que ya se haya realizado el llamado a oír sentencia.

v. Las indemnizaciones como resultado del proceso

Una particularidad que tiene el proceso nacional en comento, y que es un elemento de la naturaleza, en tanto puede o no estar en la regulación que se haga de las acciones colectivas, es la limitación a las indemnizaciones que se pueden solicitar a través de este procedimiento.

Conforme al artículo 51 N° 2 de la LPC la indemnización que se pida por los demandantes, y que en definitiva se otorgue por el juez, no puede extenderse a resarcir el daño moral de los consumidores, y deberá ser la misma para todos aquellos que se encuentren en igual situación.

A este respecto, vemos una decisión de política legislativa, que con el fin de simplificar el proceso ha excluido del debate una arista del posible daño a los consumidores. En su oportunidad, en la discusión en el Congreso los diferentes Senadores y Diputados consideraron oportunas las aprehensiones de la Cámara de Comercio en cuanto a que la reparación del daño moral por vía de estas acciones podría conllevar a “una situación

conflictiva y bastante perjudicial para la economía”⁹⁸, lo que devino finalmente en que el propio Sernac limitase su propuesta, excluyendo la reparación del daño extrapatrimonial de la reforma de 2004. Aquellas razones a la fecha han cedido frente a la realidad, y desde 2010 distintos sectores se han pronunciado para cambiar aquella circunstancia. Así por ejemplo el propio Director del Sernac en 2010 advirtió la necesidad de ampliar la reparación del daño que se encontraba limitada en el procedimiento colectivo argumentando en función de diversos casos de afectación a intereses colectivos dentro del acontecer nacional⁹⁹. Aquellas ideas fueron recogidas por un grupo de Diputados que presentó en abril del mismo año una moción para modificar la LPC con el fin de permitir la reparación del daño extrapatrimonial a través de acciones colectivas, pero que hoy se encuentra estancado en el Congreso Nacional, sin presentar movimientos desde el año 2014¹⁰⁰.

Si bien no es la intención de este trabajo argumentar la necesidad de la reparación integral del daño a través de acciones colectivas, sino que justificar a las mismas como una herramienta procesal de uso general, resulta apropiado precisar que aquella herramienta podría ver limitada la utilidad social que puede reportar si se implementa de mala manera, y en sentido parece recomendable que se entienda como un procedimiento especial, pero con los mismos alcances de reparación que el procedimiento general. De otro modo se obligaría a los litigantes a iniciar un nuevo procedimiento individual para exigir aquella parte de la reparación que no se consigue a través del procedimiento colectivo, duplicando los costos administrativos, o bien, dejando sin reparación daños ocasionados por la conducta dolosa o culpable de un agente. Este tipo de reparación ya es contemplado en los procedimientos seguidos en juicios por fallas, errores o defectos en la construcción, y no se explica la falta de coherencia para que aquello no sea del mismo modo en procedimientos colectivos que se realicen respecto de otras materias¹⁰¹.

⁹⁸ Historia de la ley N° 19.955, palabras del Honorable Senador José Antonio Viera-Gallo, p. 244.

⁹⁹ Cuenta Pública del Servicio Nacional del Consumidor, Gestión 2005-2010 y perspectivas de futuro, disponible en <http://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2012/04/cuenta-de-gestion-Sernac-de-2005-a-2010.pdf>, con fecha de consulta 09 de agosto de 2017, a las 10:07 horas.

¹⁰⁰ Boletín N° 6904-03, “Modifica ley N° 19.496, con el objeto de permitir la solicitud de indemnización por daño moral en demandas colectivas”, iniciado por moción parlamentaria, fecha de ingreso 21 de abril de 2010.

¹⁰¹ Para obtener una revisión más profunda de esta materia se recomienda revisar: ARANDA VIDAL, Catalina. *El daño moral en las acciones colectivas, análisis del proyecto de ley que modifica la ley N° 19496 sobre protección al consumidor, con el objeto de permitir la indemnización por daño moral en las demandas colectivas*, Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2012, pp. 114 – 127.

Finalmente se debe señalar que a propósito de las indemnizaciones por el daño patrimonial la ley establece que la indemnización a la clase o grupo debe realizarse en igualdad, pero que no por ello se pasarán por alto las eventuales diferencias que existan entre distintos tipos de casos a causa de los mismos hechos, pudiendo en consecuencia el juez determinar subclases de afectados¹⁰². La declaración y determinación del monto de la indemnización deberá estar contenida en la sentencia, distinguiendo a los grupos y subgrupos si correspondiere.

vi. La sentencia

Uno de los aspectos que más controversia suscita en torno a las acciones de clase dice relación con el efecto de la sentencia. La doctrina tradicional¹⁰³ sostiene que tratándose de procesos colectivos nos encontraríamos ante una excepción al efecto relativo¹⁰⁴ de las sentencias, ya sea por su efecto *erga omnes*, *ultra partes*, o *secundum eventum litis*, según su configuración en cada sistema. Ello quiere decir que la resolución que resuelve el asunto controvertido en este caso podría extenderse más allá de las partes del conflicto, o que al menos, en caso de ser favorable para las pretensiones del actor, sus efectos se extenderían a todos los miembros de la clase o grupo representados.

En el sistema nacional, tratándose de la LPC, se establece de forma explícita en el artículo 54 de dicha ley que “La sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad civil del o los demandados producirá efecto erga omnes con la sola excepción de los procesos que no se hayan acumulado conforme el inciso final del artículo 53 o de la reserva de derechos que hayan

¹⁰² En ese sentido el artículo 53 A de la ley N° 19.496 dispone: Durante el juicio y hasta la dictación de la sentencia definitiva inclusive, el juez podrá ordenar, de acuerdo a las características que les sean comunes, la formación de grupos y, si se justificare, de subgrupos, para los efectos de lo señalado en las letras c) y d) del artículo 53 C. El juez podrá ordenar también la formación de tantos subgrupos como estime conveniente.

¹⁰³ Esta interpretación ha sido sujeta a críticas, en tanto es posible sostener que la sentencia no tendría un efecto diferente *ultra partes* como se ha esgrimido, toda vez que es posible explicar sus efectos a través los principios generales del Derecho, y en particular en virtud de mecanismos de representación por los cuales el legitimado activo actuaría representando tácitamente a los miembros de la clase, y en consecuencia estos siempre han debido entenderse como partes en el pleito. En ese sentido véase GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo, *op. cit.* (n. 9), p. 427- 439.

¹⁰⁴ Sin perjuicio de su consagración legal en el artículo 3° inciso 2° del Código Civil, que dispone que “las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”, el mismo debe entenderse como un principio general del Derecho consagrado desde los orígenes del Derecho Romano, que establecía que “la cosa juzgada entre unos no daña ni aprovecha a otros” (*res inter alio iudicata allis non nocet prodest*), y que fue luego recogido en las Partidas, las mismas que fueron fuente material de nuestro Código Civil. En ese sentido véase: VODANOVIC, Antonio, ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel. *Curso de Derecho Civil, Parte general y los sujetos de Derecho, Primera parte*. Santiago, Chile: Editorial Nascimento, 4ta edición, 1971, p.97.

realizado alguno de los afectados”. Al respecto es necesario formular comentarios de distinta índole:

Primero, se debe indicar que en realidad lo que establece la ley, más allá de su literalidad, es un efecto *secundum eventum litis*, es decir, que condiciona la extensión de los efectos de la sentencia dependiendo del resultado favorable o desfavorable del litigio para el actor, ya que tratándose de sentencias absolutorias no existe tal efecto *erga omnes*, de hecho, ni siquiera se extingue el derecho respecto de las partes que concurrieron a representar a la clase, pudiendo cada una de ellas iniciar procedimientos individuales dentro del plazo de prescripción en contra del proveedor.

En segundo lugar, que la propia ley haga alusión a un efecto *erga omnes* supone el establecer una excepción al efecto relativo de las sentencias que en principio solo afectan a las partes que han debatido y formulado alegaciones en un determinado juicio. Con ello se desentiende de eventuales formulaciones doctrinarias que suponen una especie de representación tácita que justifica la extensión de los efectos de la sentencia, como desarrollaremos más adelante¹⁰⁵.

Finalmente, en tercer lugar, si bien nuestro sistema reconoce el llamado efecto *erga omnes* o absoluto de la sentencia, tal efecto está limitado o condicionado a demostrar la calidad de miembro del grupo o clase, en tanto la declaración que realice la sentencia beneficia a todos *aquellos que hayan sido perjudicados por los mismos hechos* (Art. 54 inc. 2º LPC).

Teniendo este acápite finalidades descriptivas no corresponde por ahora evaluar las ventajas y desventajas de esta regulación, no obstante sí resulta apropiado establecer la contraposición de intereses que el legislador deberá ponderar ante una eventual regulación de las acciones de clase. En ese sentido, la pugna se encuentra entre privilegiar por un lado la resolución uniforme de los conflictos y su tratamiento igualitario, versus, por otro lado, dar la debida protección al derecho de defensa de cada uno de los miembros del grupo, y al principio de contradicción que tendrían aquellos “terceros” que se verán afectados por la sentencia sin haber concurrido al proceso.

De ese modo, sin importar la decisión legislativa que se adopte, será necesario establecer mecanismos que permitan compensar los riesgos que una u otra decisión implique. Así por

¹⁰⁵ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo, *op. cit.* (n. 9), p. 427- 439.

ejemplo, en el caso en estudio, en que se decide privilegiar la decisión uniforme y unificada de los procesos el legislador ha debido establecer reglas de adecuación de la defensa, notificación por avisos¹⁰⁶, la posibilidad de hacer reserva de derechos, y ha condicionado los efectos de la sentencia a un resultado “ventajoso” para el grupo de afectados.

A su vez, aquellas herramientas que se brindan a una parte suponen la afectación de la otra, siendo una crítica habitual de esta forma de resolver el conflicto el hecho de que ante el evento de que la parte vencedora en el juicio colectivo sea el demandado, todavía existe la posibilidad de tener que enfrentar innumerables juicios individuales sin poder hacer valer la sentencia del juicio colectivo como excepción de cosa juzgada. Esta crítica, sin embargo, resulta más bien de orden retórico, en tanto desde el punto de vista de la eficiencia, aquella cantidad de juicios que el demandado deba soportar no será mayor en ningún caso al potencial daño que hubiese ocasionado y que en definitiva tendría de no existir un procedimiento colectivo; y a su vez sí permitiría establecer con precisión si se ha producido o no una afectación a los intereses individuales de alguno de los demandantes. No obstante ello, el debate continúa abierto.

A fin de terminar de esbozar la regulación que se hace de la sentencia en la LPC se debe señalar que desde la notificación de la misma se inicia un plazo de 90 días para que los miembros de la clase que no se hayan hecho parte en el proceso ni hayan reservado sus derechos puedan ejercer los derechos establecidos en la sentencia ante el mismo tribunal en que se tramitó el juicio. Es importante hacer notar que no se trata de que existan dos oportunidades para poder aprovechar los efectos de la sentencia, o dos oportunidades para reservar los derechos. La lógica de la norma apunta a una primera oportunidad para determinar al grupo o clase representado, y la posibilidad de que los miembros de la clase quieran defenderse y participar activamente del litigio (conforme el artículo 53 de la LPC), mientras que este segundo plazo, habiendo ya concluido el juicio, busca determinar la aplicación de la sentencia, la que debe ejecutarse sobre personas determinadas, y en consecuencia requiere que

¹⁰⁶ El mismo artículo 54 de la LPC establece ciertas exigencias respecto a la notificación de la sentencia condenatoria, la que deberá realizarse mediante avisos publicados a lo menos en dos oportunidades en los periódicos que el juez determine. Sin perjuicio de ello, además el juez podrá “disponer una forma distinta de notificación en aquellos casos que el número de afectados permita asegurar el conocimiento de todos y cada uno de ellos por otro medio”, permitiendo mediante aquella disposición una amplia libertad al órgano jurisdiccional para requerir distintos medios de notificación.

los miembros de la clase que pudieron eventualmente ser desconocidos a esa fecha se hagan presentes para poder ejecutar el fallo (Art. 54 C de la LPC).

Al respecto, los miembros de la clase podrán concurrir sin más a hacer valer sus derechos (declarados por la sentencia), o bien, teniendo como establecida y cierta la existencia de la infracción y el derecho a una indemnización de perjuicios, discutir en un juicio posterior la determinación del monto de la indemnización en su caso particular.

En cuanto al proceso colectivo, habiendo ya una sentencia condenatoria surge la oportunidad para que el demandante pueda controvertir la calidad de miembro de la clase de alguno de ellos. Al respecto se podrá abrir un término probatorio que se regirá conforme a las reglas de los incidentes.

Una vez fallado el incidente quedará irrevocablemente fijado el monto global de las indemnizaciones o las reparaciones que deba satisfacer el demandado, el que deberá realizar las reparaciones ordenadas, o consignar el monto íntegro en la cuenta corriente del Tribunal.

Eventualmente, si el monto global de la indemnización puede producir a juicio del tribunal un detrimento patrimonial significativo en el demandado de manera tal que pudiera estimarse próximo a la insolvencia, el juez podrá establecer un programa mensual para el pago de las indemnizaciones, o bien autorizar una forma alternativa de pago, exigiendo si fuese necesario alguna caución.

Con ello concluye el proceso colectivo relativo a las infracciones en contra de los consumidores.

b) Otros procedimientos relevantes

El siguiente apartado tiene como objeto revisar sucintamente otros ámbitos del Derecho en que es posible identificar la aplicación de los principios de un procedimiento colectivo.

i. Juicios por fallas o defectos en la construcción

El año 2010, mediante la ley N° 20.443 se extendió el procedimiento contenido en LPC a los juicios por fallas o defectos en la construcción, modificando el artículo 19 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (DFL N° 458 de 1976).

Si bien en virtud de la investigación y las razones que se exponen en el capítulo tres de este trabajo constituye un avance el extender los procedimientos colectivos a nuevas áreas del

Derecho, la técnica legislativa utilizada merece ciertos reparos. Y es que la aplicación general de un estatuto especial a otro estatuto especial causa evidentes desajustes. Tal como se argumentará más adelante, pareciera más adecuado reglar un procedimiento de acciones colectivas de modo general, y en los estatutos especiales realizar las precisiones que sean pertinentes y no extender reglas especiales como si fuesen reglas generales, como se ha hecho en este caso.

La ley en comento no trae mayores novedades a nuestro estudio en tanto en lo relativo a su procedimiento se limita a un reenvío genérico a la LPC, sin embargo, innova en dos materias del todo relevantes para esta investigación: En primer lugar, avanza en la reparación del daño moral, lo que como sabemos había sido excluido de los juicios por infracción a la LPC. Y en segundo lugar, evitó referirse al efecto *erga omnes* que tendría la sentencia, delimitándolo “al grupo de personas que demuestren ser interesados”.

Ambas innovaciones parecen plenamente oportunas y justificadas. La primera porque obedece a un principio general del Derecho, esto es, la reparación integral de daño, consagrando una legislación más coherente, y con ello justa. Y la segunda innovación, pareciera ser que obedece a un intento de precisión conceptual que no se tuvo el 2004 en la discusión de la LPC, y a su vez a un intento de nuevamente tener una legislación más coherente con los otros principios del Derecho, como lo es el efecto relativo de las sentencias. Sin embargo, aquellas razones obedecen a una especulación interpretativa al no haberse consagrado estas ideas en la discusión en el Congreso Nacional, donde se aprobó el proyecto casi sin discusión¹⁰⁷.

ii. Procedimiento de liquidación concursal

Un segundo caso que merece nuestra atención es el proceso de reorganización y liquidación concursal de empresas y personas establecido en la ley N° 20.720, publicada el año 2014, y que sustituyó la antigua legislación de quiebras. El nuevo procedimiento resulta interesante como objeto de estudio desde diferentes aristas, pero particularmente en lo que respecta a nuestra investigación se pronuncia acerca de un conflicto de carácter colectivo,

¹⁰⁷ Historia de la ley N° 20.443.

presentando un proceso en que se garantizan los derechos de cada uno de los afectados, alcanzando una solución común¹⁰⁸.

En particular, la regulación que se debe tener a la vista para efectos de este trabajo dice relación con la *Resolución de Liquidación* y sus efectos, la que se dicta en caso de que un deudor se allane a la demanda de inicio del Procedimiento Concursal, o bien se rechace su oposición a la misma, conforme a los artículos 117 y 128 de la ley en estudio.

Es mediante la Resolución de Liquidación que el conflicto colectivo exige una solución institucional, en tanto con ella se entiende declarada la situación en que el deudor no podrá hacer frente a sus obligaciones en el futuro. Aquella constatación se realiza no solo en relación a las obligaciones contraídas con la parte demandante, sino en virtud del conjunto de obligaciones a las que debe hacer frente el deudor. En virtud de ello dicha resolución debe contener conforme al artículo 129 de la ley, entre otros, los siguientes elementos.

- La orden de acumular al Procedimiento Concursal de Liquidación todos los juicios pendientes contra el deudor que puedan afectar sus bienes, seguidos ante otros tribunales de cualquier jurisdicción, salvo las excepciones legales.
- La advertencia al público que no pague ni entregue mercaderías al Deudor, bajo pena de nulidad de los pagos y entregas, y la orden a las personas que tengan bienes o documentos pertenecientes al Deudor para que los pongan, dentro de tercero día, a disposición del Liquidador.
- La orden de informar a todos los acreedores residentes en el territorio de la República que tienen el plazo de treinta días, contados desde la fecha de la publicación de la Resolución de Liquidación, para que se presenten con los documentos justificativos de sus créditos bajo apercibimiento de ser afectados por los resultados del juicio sin nueva citación.
- La orden de notificar, por el medio más expedito posible, la Resolución de Liquidación a los acreedores que se hallen fuera del territorio de la República.

¹⁰⁸ No es materia de esta investigación abordar de manera exhaustiva el Procedimiento Concursal, no obstante ello, para una revisión del carácter colectivo de los procedimientos concursales se recomienda la revisión de: BELTRÁN, Emilio. Las deudas de la masa, en: *Publicaciones del Real Colegio de España*, (1): 1986, p.109; JACKSON, Thomas. The Logic and Limits of Bankruptcy Law, en: *Discussion Paper Program in Law and Economics Harvard Law School*, (16): 1985, pp. 26, 31,45; PEINADO, Juan. La distribución de riesgo de insolvencia. En: *Estudios sobre la ley concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*. T.II Madrid, España: Marcial Pons, 2005, pp. 440-441, 444.

- La orden de inscribir la Resolución de Liquidación en los conservadores de bienes raíces correspondientes a cada uno de los inmuebles pertenecientes al Deudor, y de anotarla al margen de la inscripción social de la Empresa Deudora en el Registro de Comercio, si fuere procedente.
- La indicación precisa del lugar, día y hora en que se celebrará la primera Junta de Acreedores.

Asimismo, la ley establece que “la Resolución de Liquidación se notificará al Deudor, a los acreedores y a terceros por medio de su publicación en el Boletín Concursal”

Sin perjuicio de otros aspectos fundamentales del Procedimiento Concursal, lo medular del procedimiento colectivo se desprende de aquella norma, en donde se refleja la necesidad de encontrar una solución común a todos los acreedores, respetando con ello el principio básico en esta materia, esto es, el de la *par conditio creditorum*. De ese modo, y bajo el entendimiento que estamos frente a un conflicto colectivo que requiere una solución común se establece en primer lugar un llamado a los eventuales interesados a hacer valer aquel interés, los que son notificados por medio de la publicación en el Boletín Comercial.

En este caso la necesidad de notificar a todos los interesados para poder resolver el conflicto de carácter colectivo se satisface (o se intenta satisfacer) a través de un tipo de notificación especial. Será una interrogante por resolver para este trabajo cómo lograr satisfacer aquella misma necesidad tratándose de un procedimiento de carácter general, en que los eventuales interesados no son profesionales de un área que revisen de manera constante un Boletín Comercial, o como con cierta ingenuidad establecen algunas de nuestras normas, las publicaciones en el Diario Oficial.

Finalmente, cabe advertir algunos de los efectos de la solución colectiva que se producen concluido el proceso, como es la extinción por el solo ministerio de la ley y para todos los efectos legales de todos los saldos insolutos de las obligaciones contraídas por el deudor con anterioridad al inicio del Procedimiento Concursal de Liquidación (artículo 255 de la ley N° 20.720). Si bien existen variantes, es decir, no todos los procesos concluyen de la misma manera, pudiendo producirse por ejemplo un Acuerdo de Reorganización Judicial, desde la perspectiva de los acreedores el procedimiento permite asegurar que el pago de las obligaciones se realice de manera justa, lo que en la ley se traduce en respetar las reglas de prelación de créditos, evitar fraudes, y satisfacer, en la medida de lo posible, la totalidad de su pretensión.

En este procedimiento, a diferencia de lo que ocurría con la protección a los consumidores, la solución colectiva es imperativa, no pudiendo efectuarse en ningún caso una solución individual. Asimismo, no es procedente un efecto de la sentencia *secundum eventum litis*, que permitía en Derecho del Consumidor el realizar juicios posteriores en contra del proveedor si la solución colectiva no era satisfactoria. Constituye una nueva interrogante entonces zanjar si resulta apropiado ante un eventual proyecto de acciones de clase si permitir o no la realización de juicios posteriores al juicio colectivo.

iii. El efecto erga omnes de las sentencias en el derecho nacional

Este último aparatado tiene por finalidad precisar algunos conceptos en torno al efecto *erga omnes* de las sentencias, y cómo este se ha entendido dentro de nuestro Derecho.

Siguiendo a la profesora Cecilia ROSENDE, se debe entender que las sentencias producen efectos desde dos puntos de vista, a saber, como acto jurídico y como hecho jurídico. De la sentencia como acto se derivan los efectos que la sentencia produce directamente, esto es, los efectos constitutivos, declarativos, y de condena¹⁰⁹, según la pretensión ejercitada, así como el efecto de cosa juzgada. De la sentencia como hecho se desprenden efectos llamados indirectos, colaterales, secundarios o reflejos, que se producen con independencia de la voluntad del juez al dictar la sentencia¹¹⁰.

Aquella matriz conceptual resulta relevante, ya que permite comprender la forma en que una sentencia resulta realmente una excepción al principio de efecto relativo (*res iudicata inter partes*), en tanto solo los efectos directos de la sentencia tienen aquella limitación subjetiva por la que su resultado vincula únicamente a las partes del proceso; los efectos indirectos, en cambio, propios de la consideración de la sentencia como hecho jurídico no tienen una limitación determinada, y en ese sentido es que deben ser respetados como una realidad jurídica por toda la comunidad. De ese modo, cuando cierta doctrina habla de un efecto *erga omnes* respecto a las sentencias constitutivas¹¹¹, no debe entenderse aquello como una excepción al efecto relativo, sino que una consecuencia lógica de que la sentencia es también un hecho, y por ello produce efectos jurídico materiales, modificando la realidad que enfrentan los terceros,

¹⁰⁹ WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil* (tr. Banzhaf), tomo I. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, p. 32.

¹¹⁰ ROSENDE VILLAR, Cecilia. Efectos directos y reflejos de la sentencia, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 3, (3): pp. 489-507, 2001, p. 506.

¹¹¹ VODANOVIC, Antonio, ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel, *op. cit.* (n.104), p. 97.

como puede ser el estado civil de una persona o en general cualquier declaración en relación a algún atributo de la personalidad¹¹². En definitiva, resulta impropio, o a lo menos abusivo del concepto, señalar que aquellas sentencias tendrían efecto *erga omnes*.

Lo que resulta verdaderamente interesante para el Derecho serán aquellos casos en que los efectos directos de la sentencia se extiendan más allá de las partes en juicio, y que ese resultado resulte inmutable a pesar de la falta de comparecencia de los terceros. Tal efecto se encontraría en nuestro sistema en casos muy particulares, y no carentes de objeciones, como lo son las sentencias que acogen la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional¹¹³, y como ya veíamos, la sentencia que declara la responsabilidad del demandado en un procedimiento colectivo conforme a la LPC, con lo reparos que más arriba fueron señalados.

2. Funcionamiento de las acciones de clase en Estados Unidos

En este segundo apartado se explica el modelo norteamericano de acciones de clase, bajo la comprensión de que este sería el modelo original, y que en consecuencia sus instituciones han tenido mayor oportunidad de ser probadas en la práctica. Asimismo, este modelo tiene la particularidad de que evita las distinciones entre los distintos intereses que logra proteger, siendo en consecuencia útil a los distintos fines que hemos señalado en el capítulo I.

Para dar cuenta del modelo norteamericano resulta necesario hacer referencia a la ya referida regla N° 23 de 1966. La mencionada regla se subdivide en ocho literales, titulados de la siguiente forma: (a) requisitos previos; (b) tipos de acciones de clase; (c) certificación de la clase; (d) normas de procedimiento; (e) normas de desistimiento o transacción; (f) normas de apelación; (g) designación del abogado de la clase; y (h) los costos que debe soportar la clase¹¹⁴. Para efectos de su explicación y mayor claridad dividiremos esta presentación en tres partes, describiendo primero las reglas sobre el inicio del procedimiento, luego aquellas que modifiquen normas sobre la tramitación de la acción, haciéndonos especialmente cargo de los

¹¹² GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil* (revisada y adaptada por ARAGONESES, Pedro.), Tomo I. Madrid, España: Civitas, 4ta edición, 1998, 510.

¹¹³ El efecto *erga omnes* de la sentencia del Tribunal Constitucional se traduce en que la misma tendrá un efecto derogatorio de un precepto legal que antes era de aplicación general, y luego del pronunciamiento de la sentencia es expulsado del ordenamiento jurídico. En ese sentido véase: MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristian. *Los Recursos Procesales*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2da edición, 2012, p. 574.

¹¹⁴ Federal Rules of Civil Procedure de 1966, Rule N° 23, Estados Unidos de América.

mecanismos que contempla el Derecho norteamericano para evitar perjuicios a miembros de la clase que se encuentren ausentes o respecto de aquellos que se quieran desvincular de los efectos de la sentencia, para finalmente revisar los efectos de la sentencia y su ejecución.

a) El inicio del procedimiento

Lo primero que se debe tener a la vista es la existencia de requisitos copulativos que se entienden como condiciones de admisibilidad de la acción para que una persona o grupo de personas se pueda beneficiar de este procedimiento. Ellos son cuatro, a saber:

- 1) *Impracticability of joinder*: Este requisito exige, en términos de la Regla N° 23, que la clase sea tan numerosa que el litisconsorcio no sea practicable. No solo se refiere a un conflicto masivo en términos de cantidad, sino que tanto la doctrina como jurisprudencia norteamericana han entendido que se tiene por cumplido el requisito si los diferentes miembros de la clase se encuentran, por ejemplo, disgregados geográficamente, o tienen otro tipo de dificultades para apersonarse en el proceso¹¹⁵. Se establece de ese modo una primera diferencia en la forma de establecer los requisitos de admisibilidad de la acción con el modelo que adoptó la LPC en Chile, en tanto en nuestro país presumimos aquella *impracticabilidad* conforme a quien actúa en representación de la clase o grupo, sin que el Sernac u otro de los legitimados activos deban demostrar aquella circunstancia.
- 2) *Commonality*: Este requisito exige que existan cuestiones comunes, de hecho o de Derecho, en la petición que se plantea al tribunal. Con el adquire fundamento la existencia de la institución en estudio, y en la actualidad se entiende como la necesidad de que exista al menos de forma abstracta un interés común entre los miembros de la clase¹¹⁶. En aquel sentido Antonio GIDI señala que “si cada miembro del grupo tuviera un derecho distinto, basado en hechos distintos, con material probatorio distinto, invocando una causa de pedir distinta, no existiría la posibilidad de tutela uniforme. Una acción colectiva sería imposible”¹¹⁷.

¹¹⁵ En ese sentido: (i) BUJOSA VADELL, Lorenzo. El procedimiento de las acciones de grupo en los Estados Unidos de América, en: *Justicia*, (I): pp.67-124, 1994; (ii) NEWBERG, Herbert y CONTE, Alba. *Newberg on Class Actions*. Colorado, Estados Unidos: Shepard's/McGraw-Hill, 3ra edición, 1992.

¹¹⁶ EISENBERG, Theodore y YEAZELL, Stephen C. The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation, en: *Harvard Law Review*, (93): 465–517, 1980, p. 515.

¹¹⁷ GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas...* (n. 50), p. 119.

En nuestro Derecho aquel requisito coincide con el contemplado en el artículo 52 letra b de la LPC que exige que se trate de una acción de interés colectivo (o difuso).

- 3) *Typical claims*: Este requisito exige que las pretensiones o defensas de los representantes sean típicas respecto de los otros miembros de la clase. Mientras los requisitos anteriores dicen relación con la clase misma, en este caso se examinan las alegaciones que haga el representante de la clase, se trata de un filtro de *representatividad*. Si las alegaciones del representante no pudiesen extenderse a toda la clase no sería justo que luego los efectos de la sentencia también les fuesen atribuidos.

En nuestro Derecho este elemento no se ha considerado como requisito de admisibilidad de la acción, sin perjuicio de lo que se pueda establecer en relación a una exigencia de adecuación o de una defensa adecuada, conforme la siguiente exigencia.

- 4) *Adequacy of representation*: Finalmente, este cuarto requisito plantea que exista una representación adecuada (y equitativa) del interés de los miembros de la clase. Esta exigencia, al igual que la anterior, se vincula al representante, y examina sus condiciones para defender el interés colectivo en el sentido de observar sus cualidades personales, tales como sus medios económicos para hacer frente al juicio, su motivación, su disponibilidad, e incluso su condición física y psicológica¹¹⁸⁻¹¹⁹. Se deberá observar en particular, por ejemplo, que no exista colusión con la contraparte que pueda perjudicar los intereses de la clase.

Pareciera ser que el Derecho nacional combina la evaluación de los dos requisitos anteriores, y al momento de evaluar la adecuación del representante lo hace en relación a cuestiones tanto de fondo (por ejemplo, las alegaciones del representante), como de forma (al condicionar quienes podrían ser representantes estableciendo un conjunto limitado de legitimados activos).

Acto seguido de los *requisitos previos*, el aparatado (b) de la Regla N° 23 señala otros presupuestos para que se dé lugar al procedimiento, que no se exponen de manera copulativa, sino que se corresponden con alguna hipótesis de hecho en la que se debe encajar para iniciar el procedimiento, ellos son:

¹¹⁸ NEWBERG, Herbert y CONTE, Alba, *op. cit.* (n. 115), p. 125.

¹¹⁹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo, *op. cit.* (n. 9), p. 453.

- 1) Si el ejercicio de acciones individuales entrañaría un riesgo de: (a) sentencias contradictorias o (b) sentencias que dispongan de los intereses de terceros o impidan sustancialmente la aptitud de éstos para proteger sus intereses¹²⁰;
- 2) Que el actuar de la parte que se opone a la clase haga apropiada una sentencia inhibitoria o declarativa¹²¹;
- 3) Que el tribunal considere que la solución por vía de acción de clase es mejor que cualquier otra forma de solución, pudiendo valorar los intereses en juego, las dificultades o beneficios en la tramitación, etc.

Las dos primeras hipótesis parecen claras y autoexplicativas, la tercera en cambio utiliza un lenguaje que permite al tribunal ampliar discrecionalmente los supuestos en que el procedimiento resulta aplicable, resultando su eventual aplicación más discutida. Llama la atención el criterio que la ley ha utilizado para hacer ello posible, en tanto la regla, en su traducción más literal, reza: “que una acción de clase sea mejor que otros métodos disponibles para la *justa y eficiente* resolución de la controversia”¹²²(la cursiva es agregada).

Resulta de particular relevancia para esta investigación el hecho de que los criterios establecidos para la decisión del juez sean el de justicia y eficiencia, que entendiéndose diferentes son conjugados en la misma norma. Al respecto la doctrina ha señalado que esta regla obliga al tribunal a un test de “predominancia y superioridad”¹²³, el que se daría por cumplido, por ejemplo, cuando estamos frente a pretensiones individuales de escasa cuantía, de modo tal que los costos del proceso supondrían la desprotección de las víctimas, a la manera en que como hemos revisado, surgió el modelo inglés.

¹²⁰ Si bien esta primera hipótesis puede ser reconducida a casos de litisconsorcio necesario contemplados en nuestro Derecho, o bien, supuestos en que opera la acumulación de autos, se debe recordar que estamos en un contexto en que se da cumplimiento al requisito de *Impracticability of joinder*, esto es la imposibilidad material de llevar a cabo el litisconsorcio, ya sea por la numerosidad de la clase, u otra circunstancia.

¹²¹ Este es el caso paradigmático de protección que existía en el Reino de Inglaterra, por el cual una sentencia declarativa resguardaba el interés de un grupo o clase. Su aplicación en la actualidad se deja ver en la protección de intereses supraindividuales a fin de evitar por ejemplo conductas que contaminen el medio ambiente, discriminen a ciertos grupos, o tiendan a producir efectos anticompetitivos en la economía.

¹²² Traducción libre: “... and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudating the controversy”.

¹²³ En ese sentido: GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo, *op. cit.* (n. 9), p. 458, mostrando abundante jurisprudencia al respecto.

En Estados Unidos esta regla permitió dar protección a los afectados en acciones denominadas como *damage class actions*, que tenían origen en los grandes desastres de masas que sufrió el país durante la década de los 80', brindando a través de este procedimiento soluciones jurídicas a los afectados. Entre los casos más destacados se puede traer a la vista el accidente nuclear de *Three Mile Island*, los daños ocasionados por productos defectuosos como fue la distribución de *Bendectin*, o algunos casos de exposición a asbestos.

En Chile, como veíamos en el capítulo anterior, existen diferentes hechos en donde sería recomendable una solución de este tipo. Así por ejemplo se puede recordar las responsabilidades que deriven de la falta de servicio por parte de organismos públicos en casos de catástrofes como el terremoto y tsunami de 2010, el desborde del Río Mapocho en 2016, las repactaciones masivas que ejecutaba una empresa de *retail* respecto de las deudas de sus clientes, o en general casos emblemáticos de responsabilidad por productos defectuosos, como fue en Chile el caso ADN.

No obstante se debe evitar caer en la tentación de encausar todos los problemas colectivos (masivos) a través de este tipo de procedimiento. Esta regla entrega al juez la facultad para ponderar la *conveniencia, justicia y eficiencia* de aquello, ya que habrá conflictos colectivos de carácter plurisubjetivo en que la magnitud y cualidad del daño individual haga recomendable el acudir a las reglas generales. Así lo recomendó el propio Comité Consultivo para la Reforma de las normas procesales civiles de 1966 en Estados Unidos, que entiende que un accidente masivo del que resulten daños a numerosas personas no es necesariamente apropiado para una acción de clase dada la probabilidad de que cuestiones relevantes, tanto fácticas como jurídicas, afecten a cada individuo de manera diferente¹²⁴.

Cabe precisar que estas circunstancias expresadas en el literal (b) no tienen correlato con ninguna norma del sistema nacional, en tanto la LPC ha privilegiado una formulación genérica respecto a la afectación de los intereses colectivos (artículo 50 inciso 5° y 6° de la LPC).

Cumplidos los requisitos previos del literal (a), y al menos una de las situaciones del literal (b), el juez procederá a dictar una resolución de certificación de la clase (*certification*). En ella se describirá a la clase sin identificar individualmente a sus miembros y se fijará el objeto del proceso, haciendo las veces de resolución que recibe la causa a prueba en nuestro sistema.

¹²⁴ Advisory Committee's Note, to the 1966 Amendment of Rue 23, The Foundation Press Inc., Westbury New York, 1995, p. 26, citado en: GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo, *op. cit.* (n. 9), p. 460.

Esta resolución es esencialmente modificable, pudiendo alterarse si avanzado el procedimiento el juez entiende que se han dejado de cumplir los requisitos que justificaban tratar el problema a través de una acción de clase.

b) Reglas especiales durante la tramitación de la acción

La regla N° 23 señala que luego de la certificación de la clase (*certification*) se deberá proceder a la notificación del proceso a los interesados. En este caso se distingue el modo en que ella se practicará dependiendo de las circunstancias que dan origen a la acción de clase. Tratándose de las circunstancias 1 y 2 del apartado (b) que acabamos de revisar, la notificación la realizará el tribunal “de manera apropiada”. Esta regla deja abierto todo el espectro de posibilidades para que el tribunal realice la notificación a los miembros de la clase, que tratándose por ejemplo de daños ambientales, suele realizarse por avisos.

En caso de la circunstancia N° 3 del apartado (b), la regla dispone que el tribunal dirigirá a los miembros de la clase *la mejor notificación practicable de acuerdo a las circunstancias, incluyendo la notificación individual a todos los miembros que puedan ser identificados mediante un esfuerzo razonable*.¹²⁵ En aquella notificación se advierte a cada individuo que (i) pueden excluirse de la clase si así lo solicitan, (ii) que la sentencia, sin perjuicio de ser favorable o no, vinculará a todos los miembros que no soliciten su exclusión¹²⁶, y (iii) que cualquier miembro, si lo desea, puede comparecer representado por un abogado.

Sin perjuicio del modo en que se realice la notificación el costo debe ser soportado por el demandante, que en caso de una acción de clase recae en el representante de la clase, el que luego puede recuperar aquellos gastos a través del sistema de distribución de costas procesales¹²⁷.

¹²⁵ Traducción libre. Federal Rules of Civil Procedure de 1966, N° 23, (b), 3, Estados Unidos de América.

¹²⁶ Cabe hacer notar una diferencia importante entre el sistema de acciones de clase en Estados Unidos y el de acciones colectivas contenido en la LPC en Chile, toda vez que el primero extiende los efectos de la sentencia sin importar si esta beneficia o perjudica a la clase, que como veíamos en el apartado anterior corresponde a un verdadero efecto *erga omnes*, mientras que en Chile se daría un efecto *secundum eventum litis*, toda vez que solo resulta aplicable aquella sentencia que condene al demandado.

¹²⁷ Si bien es de interés para el análisis económico del Derecho lo relativo a un correcto y eficiente sistema de costas procesales, no es un asunto que por ahora interese a este trabajo, en tanto escapa (y resulta indiferente) en relación a la pregunta central, relativa a la existencia de un procedimiento que pueda dar respuesta institucional a intereses colectivos, sin importar por ahora si aquel proceso debe ser pagado por las partes o no, ni el mecanismo de ese pago.

El sistema de notificaciones que se adopte es determinante, en tanto, entre los problemas más importantes que debe enfrentar la aplicación de una institución que dé respuesta a problemas colectivos de tipo plurisubjetivo está el hecho de que el proceso podría conllevar riesgos respecto de los derechos subjetivos de un individuo que no manifieste su voluntad para enfrentar su problema de manera colectiva, en tanto se estaría disponiendo de los derechos de una persona que no ha consentido en participar del proceso. De ese modo el sistema norteamericano, tal como el sistema chileno ha intentado hacerlo, dispone de una serie de instituciones que permiten resguardar los intereses individuales de quienes no han participado del proceso. Así por ejemplo sirven a este propósito las normas que exigen una “representación adecuada” de la clase, las disposiciones sobre las notificaciones, el control del juez sobre los actos de disposición y transacción por parte del representante, la posibilidad de que el juez determine la subdivisión de la clase, y en general las normas que regulan un rol activo del juez en el proceso. Con todo, la mayor garantía que se puede otorgar a los miembros ausentes resulta de la configuración de sistemas de entrada o salida del proceso colectivo, esto es, mecanismos de opt in y opt out, que corresponden a la facultad de incorporarse al proceso o bien de autoexcluirse del mismo, y en virtud de esa decisión predicar los efectos de la sentencia. Al respecto cabe describir brevemente su configuración:

La facultad de out-put o facultad de autoexcluirse consiste en el la característica de un sistema de acciones de clase donde la eficacia de la sentencia alcanzará a todos los miembros de la clase o grupo representados, esto es, con efecto *erga omnes*, salvo a aquellos que hayan hecho expresa reserva de derechos. Este es el mecanismo utilizado por el sistema de acciones colectivas en la LPC en Chile, y en las acciones de clase en Estados Unidos, no obstante en este último caso debemos hacer una precisión, y es que esta facultad solo existe tratándose de intereses plurisubjetivos, pues no tiene sentido su establecimiento cuando la acción se ejerce bajo la circunstancia (b) N° 2, en donde la sentencia necesariamente ha de afectar a toda la sociedad, sin que exista la posibilidad de alcanzar a unos y no a otros con la sentencia.

Se ha discutido la necesidad, e incluso lo contradictorio que puede resultar este mecanismo en relación a los fines perseguidos por el procedimiento, en tanto la exclusión de ciertos miembros de la clase le restaría posibilidades al juez de conocer acabadamente el asunto. Es decir, que ante una gran cantidad de miembros del grupo realicen reserva de sus derechos, se perjudica con ello a la institución misma de la solución colectiva.

En cuanto al mecanismo de opt in, o la facultad de incorporarse al proceso, consiste en la posibilidad de que miembros del grupo que se encuentren ausentes puedan participar de manera activa haciéndose parte en el juicio. En la LPC al consumidor existe una regla especial para permitir esta situación, señalando una oportunidad para hacerlo y eventuales reglas para nombrar un procurador común. En Estados Unidos la situación es un poco diferente, el interesado toma una posición de tercero coadyuvante y no de parte, toda vez que quien se entiende parte en el proceso es el representante de la clase, es decir, quien haya interpuesto la acción originalmente.

Finalmente, en cuanto a posibles conciliaciones, estas pueden llevarse a cabo en cualquier estado del proceso, pero deben tener la venia del juez, quien actúa como un garante del acuerdo, a fin de que con él no se estén vulnerando los intereses de los ausentes, o incluso de la misma clase cuando el representante haya sido coaptado.

c) De la sentencia, su eficacia y ejecución

Finalmente, es necesario hacer referencia a las particularidades que presenta la sentencia y su ejecución en el proceso de acciones de clase.

Como ya advertíamos en la introducción de este trabajo y revisamos a propósito de las sentencias en materia de Derecho del Consumidor en el sistema nacional, la regulación más extendida de las acciones colectivas se erige como una excepción al principio de efecto relativo. Sin embargo, tratándose de la regulación de las acciones de clase en Estados Unidos, pareciera ser que no hay tal excepción al efecto relativo de las sentencias, toda vez, que el modelo norteamericano se basa en la lógica de mecanismos de representación tácita¹²⁸, y en consecuencia entiende que los miembros de la clase se ven alcanzados por los efectos de la sentencia porque han sido parte del proceso. La lógica tras aquel modelo consiste en que el representante ha actuado por el interés de todos, y de ahí entonces que sean tan relevantes las reglas relativas a la exigencia de adecuación de la representación (*Adequacy of representation*) o las alegaciones típicas (typical claims) como requisitos de admisibilidad de la acción¹²⁹.

¹²⁸ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo, *op. cit.* (n. 9), p. 473; COROMINAS BACH, Sergi. *op. cit.* (n. 17), p.241; GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas...* (n. 50), p. 142.

¹²⁹ COROMINAS BACH, Sergi. *op. cit.* (n. 17), p.241. El autor además establece como referencias en el mismo sentido a: CARBALLO PIÑEIRO, Laura. *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial. Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa*. Santiago de Compostela, España: De conflicto Legum, Estudios de Derecho

De ese modo, los efectos de la sentencia no alcanzan en ningún caso a personas que se puedan señalar como “extraños al proceso”, sino que por el contrario, corresponden siempre a personas notificadas, que de una u otra manera se encuentran representadas ante el juez, y cuya situación se ha tenido a la vista para determinar si les corresponde o no un derecho conforme la alegación de su representante.

Antonio GIDI explicando esto ha señalado que: “Nada hay de revolucionario en el hecho de que una persona sea vinculada por los actos de su representante: lo que torna a las acciones colectivas un caso peculiar, es que el representante se reviste de esa capacidad por cuenta propia, sin la autorización y muchas veces sin el conocimiento de los representados”¹³⁰. Es por ello que resultan tan importantes las normas del procedimiento que revisábamos en el apartado anterior, siendo un problema importante a resolver el hecho de que eventualmente los sistemas de notificación pudieron haber fallado.

Finalmente resta un último problema que resolver, que dice relación con la ejecución de la sentencia, particularmente aquellas que determinan un monto en dinero de indemnización para los afectados. En la doctrina se han planteado diferentes alternativas para resolver aquel problema, siendo algunas de ellas las siguientes¹³¹:

1. Compensaciones precisas (*precise compensations*): Bajo este esquema se entiende que es un deber del proceso dilucidar con exactitud el daño indemnizable para cada miembro de la clase. Será preciso en consecuencia abrir un incidente donde entregando prueba de manera individual se acredite el daño que ha sufrido aquel miembro de la clase.

Esta fórmula puede resultar contraria a los fines propuestos a través de una acción de clase, aumentando los costos administrativos como requiriendo una excesiva dilación del juicio para llevarla a efecto.

2. La disuasión y restitución (*deterrence and disgorgement*): Bajo este esquema, con un fin más punitivo que resarcitorio, se divide la reparación entre los miembros de la clase teniendo en consideración simplemente las declaraciones que hagan las propias partes al respecto, salvo que exista una contra declaración por parte del demandado.

Internacional Privado, Universidad de Compostela, 2009, p. 228; NIEVA FENOLL, Jordi. *La Cosa Juzgada*. Barcelona, España: Bosch, 2006, p. 92-118.

¹³⁰ GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas...* (n. 50), p. 148.

¹³¹ GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo, *op. cit.* (n. 9), pp. 474 – 479.

Este sistema, es el opuesto del anterior, en donde intentando simplificar de sobremanera la resolución del problema deviene finalmente en aumentar las probabilidades de error, y con ello, el costo total del proceso.

3. Una tercera posibilidad consiste en la agregación de daños individuales en base a un caso ejemplar o promedio. En este tipo de reparación habrá pequeños desajustes en relación a la compensación de cada miembro pues el caso ejemplar o promedio puede no coincidir exactamente con su propio daño.

Esta alternativa es la que han utilizado la mayoría de los sistemas en el mundo, incluyendo al norteamericano y al chileno, donde en virtud de una regla de igualdad entre los miembros de la clase, cada uno recibe la misma indemnización, sin perjuicio de poder establecer subclases dentro del mismo juicio.

4. Resarcimiento fluido de la clase (*fluid class recovery*): Este tipo de solución es similar a la anterior, pero en este caso el remanente no reclamado es destinado a los miembros de la clase que no hayan podido probar su daño, pero que sean eventuales perjudicados. Se trata de quienes hayan intentado participar de la acción colectiva, pero no hayan podido acreditar su condición de miembro del grupo.

3. Conclusiones del segundo capítulo

A pesar del carácter descriptivo de este capítulo es posible obtener algunas conclusiones en torno a nuestro objeto de estudio, las que se pasan a resaltar:

- i) Las acciones de clase o colectivas deben entenderse como un mecanismo esencialmente flexible, que puede adecuarse a los intereses del legislador, donde su conceptualización última dependerá de los fines propuestos por cada Estado. De ese modo es posible reconocer una articulación útil para dar protección a intereses plurisubjetivos u homogéneos, como lo hace actualmente la LPC en Chile, o bien, disponer de un mecanismo que permita la protección de intereses supraindividuales, en que los resultados del juicio aprovechen a toda una comunidad, como lo establecen algunos supuestos de hecho del modelo norteamericano.
- ii) Que sin perjuicio de la libertad con que se pueda establecer el procedimiento, se deberán tener presente los eventuales conflictos de Derecho que implica una regulación procesal en este sentido. De ese modo resulta imperativo contar con mecanismos de notificación

que permitan asegurar que cada uno de los interesados pueda tomar conocimiento de la acción colectiva, y en virtud de ello predicar consecuencias tan importantes como la extensión de los efectos de la sentencia, pero también eventualmente, su posibilidad de participar del juicio, atacar resoluciones mediante recursos, e incluso impugnar el resultado final del pleito.

- iii) Es posible concluir también que la aplicación de una lógica de solución colectiva a los conflictos jurídicos no es ajena a nuestro sistema, y de diversas formas se han recepcionado principios e instituciones que permiten hacer pensar en la aplicación de un procedimiento de acciones de clase o colectivas en el Derecho nacional. En ese sentido destacan los procedimientos en juicios para la defensa de los derechos de los consumidores, los concursales, e incluso las consecuencias de conflictos de orden constitucional.
- iv) Se establecen como interrogantes a la regulación que se haga de este sistema, al menos, las siguientes:
 - Si el procedimiento puede ser iniciado por un conjunto acotado de órganos o particulares, o bien extender aquella legitimación de forma amplia.
 - Si resulta o no necesario distinguir entre los tipos de intereses protegidos, exigiendo o planteando normas particulares en uno y otro caso, o bien establecer un único procedimiento frente a cualquier tipo de demanda colectiva, sea esta de carácter supraindividual o plurisubjetiva.
 - Si las consecuencias de la notificación a las partes será su inclusión en el proceso salvo su voluntad de hacer reserva de derechos, o bien, al contrario, solo extender los efectos de la sentencia a quienes deciden hacerse parte en el juicio.
 - Determinar el contenido de lo que implica una defensa apropiada por el representante de la clase o grupo.
 - Así como determinar si permitir juicios posteriores al juicio colectivo.

En lo sucesivo intentaremos responder tanto estas interrogantes como aquellas que han quedado pendiente del primer capítulo desde la perspectiva del análisis económico del derecho procesal. Aquella respuesta no pretende ser una regla a todo evento, sino dar lugar a la configuración de un criterio orientador para resolver estos distintos cuestionamientos de la manera más justa (y eficiente).

CAPÍTULO III – LAS ACCIONES DE CLASE DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

Habiendo constatado la necesidad de dar protección a los intereses colectivos y la forma en que ello resulta posible a través de las acciones de clase, nos abocaremos en este capítulo a justificar cómo aquella solución es deseable desde una perspectiva de *eficiencia*, y cómo ello es a su vez conciliable con los principios de nuestro ordenamiento. Para ello se utilizará como principal guía y herramienta de justificación las consideraciones que desde la perspectiva del análisis económico del derecho procesal podamos formular, intentando responder adecuadamente a los eventuales debates que se susciten en relación a los riesgos o perjuicios que se puedan derivar de la aplicación de la medida propuesta.

1. La eficiencia como uno de los fines del proceso

Desde al menos la década de 1960 a la fecha la Economía ha sido útil para dar respuestas en otras áreas del conocimiento, entre las que se encuentra el Derecho. Autores como Richard POSNER, Robert COOTER, Thomas ULEN, Guido CALBRESI, entre otros, han acercado ambas disciplinas, permitiendo que la Economía, a partir de teorías matemáticamente precisas (como la teoría de precios o la teoría de juegos), y métodos empíricamente razonables (como la estadística y la econometría), contribuyan al análisis de los efectos que pueden tener ciertas acciones en las conductas de los miembros de una comunidad jurídicamente reglada. Asimismo, tal como hicimos referencia en el primer capítulo, a partir del llamado análisis económico del derecho normativo, la Economía ofreció un criterio útil para la evaluación del Derecho y de las políticas públicas en general: la *eficiencia*¹³². El llamado es a entender que las leyes son instrumentos para lograr metas sociales, y en virtud de ello pueden ser evaluadas en función del logro de aquellos fines.

Sin tener intención de resolver el debate ontológico sobre el concepto de *eficiencia*, por no ser ello necesario para los objetivos de este trabajo, basta con señalar por ahora que la misma puede ser entendida de diversas maneras, y su conceptualización puede ser descrita por el devenir y la mutación que el criterio ha tenido a través del tiempo. Dentro de las corrientes económicas más destacables cabe hacer una breve referencia al concepto de eficiencia según Pareto, y al desarrollo posterior de aquel criterio a través de los aportes de Nicholas Kaldor y John Hicks, por ser aquellos los conceptos mayormente utilizados en la actualidad.

¹³² COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *op. cit.* (n. 75), p. 14.

El concepto de eficiencia según Pareto se puede sintetizar bajo la comprensión de dos subcriterios, a saber, “Pareto-óptimo” y “Pareto-superior”:

Pareto-superior es un criterio comparativo entre dos estados sociales, de modo tal que se dice que A es “Pareto-superior” en relación a B, si y solo si, nadie prefiere a B por sobre A, y al menos una persona prefiere A por sobre B. De ese modo, A es superior, toda vez que avanzar a aquel estado social mejora la situación de al menos un integrante de la comunidad sin perjudicar a ninguno de sus miembros.

Pareto-óptimo, a su vez, consiste en la situación o estado social en que no existe ningún estado de cosas que sea superior a dicho estado, es decir, que cualquier cambio social produciría el perjuicio de alguno de sus miembros, y por ello se entiende que no existiría voluntad para cambiar de estado social.

Esta explicación de lo que era una situación socialmente óptima (eficiente) ha sido objeto a diversas críticas, entre las que destaca el hecho de asociar falazmente los conceptos de *utilidad social* con el de *consentimiento*. No necesariamente el que una situación reporte menos utilidad va a significar que no sea deseable el cambio de estado, pues los individuos podrían actuar por razones diversas a las de la utilidad, o bien, incluso si así fuese (si siempre se actuase de manera racional privilegiando la opción que reporte mayor utilidad) el modelo solo podría asegurar que los individuos se encuentran en un estado social ampliamente consentido, pero no necesariamente el más “eficiente” desde una perspectiva social (existencia de situaciones en donde la mayor utilidad social se encuentra al perjudicar a algunos miembros de la comunidad en beneficio de la colectividad¹³³). La conclusión necesaria es que el óptimo de Pareto permite describir un estado social deseable por todos, pero no necesariamente eficiente. Aquello queda de manifiesto si quienes resultasen beneficiados con el tránsito de un estado social a otro pudiesen ofrecer una compensación a quienes resultarían perjudicados, y aun así, después de realizada aquella compensación, la utilidad social del segundo estado fuese mayor para aquellos que se han visto beneficiados.

¹³³ Más allá de la justificación económica de aquella idea que pudiese encontrar detractores que se opongan a alcanzar estados sociales eficientes si se perjudica a alguno de los miembros de la comunidad, cabe realizar una constatación, en el sentido de hacer ver que aquella manera de resolver los problemas ya es aceptada por nuestra sociedad. Así por ejemplo restringimos el derecho de propiedad en muchas ocasiones para garantizar otros derechos. Ocurre ello en la restricción vehicular, en la obligación de realizar cotizaciones previsionales, o en el simple acto de establecer impuestos. Lo anterior no es un argumento para determinar que aquella fórmula de solución de los problemas sociales es “buena” o “correcta”, pero sí establece que al menos ello se ha entendido “bueno” o “correcto” por nuestra comunidad.

El resultado de aquel cuestionamiento devino en lo que hoy se conoce como criterio de Kaldor-Hicks. Bajo este modelo, un estado social es *eficiente* respecto de otro, si y solo si, producido el movimiento de un estado social X a un estado social Y, los “ganadores” en aquella situación podrían potencialmente compensar a los “perdedores”, y luego de la compensación, los ganadores sigan siendo ganadores.

Sin perjuicio del desarrollo conceptual del criterio Kaldor-Hicks y las críticas que se puedan esgrimir en contra del mismo¹³⁴, lo cierto es que en la actualidad resulta ser el criterio de eficiencia mayormente aceptado. Bajo este concepto la ciencia económica se presenta como una guía en la toma de decisiones políticas que permite alcanzar estados sociales de mayor utilidad social, y que particularmente, respecto del Derecho, más allá de los fines últimos que tenga establecidos para sí, permite llevar a cabo aquellas metas conforme a un criterio racional de reducción de costos.

Como se dijo en el primer capítulo, tratándose del Derecho procesal, aquel imperativo de minimización de costos sociales se traduce en la reducción de dos clases de costos: los costos administrativos y los costos del error¹³⁵. La reducción de ambas clases de costos conllevará en consecuencia alcanzar un estado social más *eficiente*.

Los costos administrativos y del error se relacionan de manera inversamente proporcional, es decir, que a mayor ahorro (disminución) en costos administrativos es probable un aumento del error procesal (costo del error); y a la inversa, un intento por disminuir el riesgo de error conlleva necesariamente un aumento en los costos administrativos para llevar a cabo aquella tarea¹³⁶. La relación descrita ha llevado a que algunos autores establezcan una

¹³⁴ El criterio Kaldor-Hicks no ha estado exento de cuestionamientos, entre ellos destaca el hecho de que el modelo propone una compensación potencial y no real de los ganadores a los perdedores, lo que determina un rechazo bajo criterios de justicia material, más allá de la utilidad social total que se produzca en el sistema; asimismo, una de las observaciones más relevantes al modelo es conocida como la paradoja de Scitovsky, que explica cómo es posible bajo la aplicación del criterio descrito que dos situaciones sean a la vez eficientes la una respecto de la otra, determinando la inutilidad del criterio para evaluar o ponderar si una solución es más o menos eficiente que alguna alternativa. Sin perjuicio de lo anterior, cabe constatar que aquellas críticas han tenido respuestas, dando origen a un nutrido debate en la literatura económica. Para mayores referencias se recomienda: COLEMAN, Jules. Los fundamentos del bienestar, en: *Revista de Derecho y Humanidades*, (10): pp. 17 - 46, 2004.

¹³⁵ COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *op. cit.* (n. 75), p. 477.

¹³⁶ CARRASCO, Nicolás. La eficiencia procesal y el debido proceso, en: *Revista de Derecho Privado*, (32): pp. 443-469, Enero – Junio de 2017.

relación de oposición entre los criterios de eficiencia y justicia¹³⁷, observando que el ahorro de recursos afectaría necesariamente la pretensión de justicia del sistema. Aquella tesis debe ser descartada, dado que la relación de proporcionalidad inversa entre los costos mencionados no implica la relación de oposición entre los valores de justicia y eficiencia, por el contrario, al contemplar la ecuación de minimización de costos sociales del proceso una variable de “costos del error”, conlleva a que necesariamente el estado social propuesto como más eficiente considere (internalice) la necesidad de justicia del sistema. Asimismo, y vinculado a lo anterior es necesario ser enfático en desmitificar la creencia de que el análisis económico del derecho se vincula exclusivamente con el interés de la reducción de costos “monetarios”. Aquello prescinde de la consideración de los costos del error, y con ello, los fines propios del sistema. Una decisión injusta aumenta los costos del error, y en consecuencia determina el aumento de los costos sociales, y con ello, hace más ineficiente el sistema. Un estado social que sea más eficiente deberá en consecuencia atender a que los costos del error no se vean aumentados a tal punto de conllevar un costo social que implique su ineficiencia.

Finalmente, y a modo de conclusión de este primer acápite, cabe tener presente las consideraciones de optimización (y no de minimización) que desarrolla el profesor Nicolás CARRASCO en relación al gasto que se debe realizar para el desenvolvimiento del aparataje judicial, el que se verá condicionado por factores como las restricciones presupuestarias, pero que en ningún caso podrán implicar una inversión menor a las exigibles de acuerdo a una regla de debido proceso legal¹³⁸.

2. Justificación económica de las acciones de clase

Conforme al Capítulo I, se han descrito tres situaciones en que resulta necesario que el Derecho brinde protección a intereses colectivos, y las mismas han podido ser planteadas como problemas de ineficiencia; en este apartado se pretende justificar una solución a aquel problema conforme a un sistema de acciones de clases.

Bajo la comprensión de que la eficiencia constituye un valor que debe ser perseguido y satisfecho por el ordenamiento jurídico resultan relevantes las siguientes consideraciones en

¹³⁷ En ese sentido véase: (i) ROEMER, Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho*. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, y Fondo de la Cultura Económica, 1994, pp. 35 – 40; (ii) POLINSKY, Mitchell. *Introducción al análisis económico del derecho*. Barcelona, España: Ed. Ariel, 1985, pp. 19 – 22.

¹³⁸ CARRASCO, Nicolás, *op. cit.* (n. 137), p. 452.

relación con la utilización de las acciones de clase como mecanismo de solución de conflictos colectivos.

a) La protección de intereses homogéneos de baja entidad

El primer problema planteado dice relación con intereses que tendría un grupo amplio de personas, pero que por condiciones materiales resulta poco razonable demandar de manera individual. Ejemplo de ello son pequeños cobros en cuentas masivas, como las de compañías de teléfono o en general las empresas de suministros básicos.

El propio Sernac ha señalado que los logros en estas materias, previo a la utilización de las acciones de clase, se debían al acto de “Quijotes”, que luchando por un ideal no ponían en balance los gastos en que incurrían para alcanzar la justicia¹³⁹.

En ese sentido Cooter y Ulen explican que la decisión de demandar o no demandar, para un hombre razonable promedio, pasa por contrastar el costo de la reclamación y el valor esperado del derecho legal¹⁴⁰. Aquel costo de la reclamación es su vez afectado por tres elementos, a saber:

- i. Los daños que causan las disputas: entendido como el número de hechos que ocasionan un conflicto jurídico. En ese sentido, si aumentan los sucesos que ocasionan los conflictos jurídicos, aumentarán también el número de procesos que los tribunales deben resolver (aunque no necesariamente en la misma proporción).
- ii. El costo de la presentación de una reclamación: Un factor que los demandantes tendrán en cuenta a la hora de presentar su acción será el costo mismo de la reclamación, lo que incluye por ejemplo los honorarios de abogados, los que a su vez dependerán de manera directa de la oferta y demanda existente en el mercado respecto de aquella reclamación en particular. Así por ejemplo, servicios judiciales de carácter especializado serán más costosos que aquellos más comunes.
- iii. El valor esperado de la reclamación: El tercer factor dice relación con el resultado esperado de la reclamación, lo que se traduce en una probabilidad de ganancia o pérdida. Conforme a

¹³⁹ Cuenta Pública del Servicio Nacional del Consumidor, Gestión 2005-2010 y perspectivas de futuro, disponible en <http://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2012/04/cuenta-de-gestion-Sernac-de-2005-a-2010.pdf>, con fecha de consulta 09 de agosto de 2017, a las 10:05 horas, p. 2.

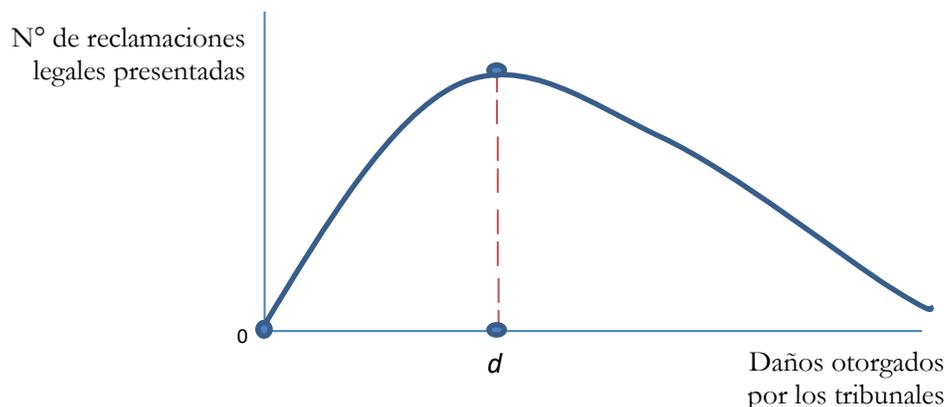
¹⁴⁰ COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *op. cit.* (n. 75), p. 479.

este valor, y bajo la comprensión de que los individuos racionales piensan en términos marginales, existirá un incentivo a demandar hasta que el costo de la reclamación sea igual al valor esperado de la reclamación, en situación tal que un pequeño aumento de los costos desincentivaría el iniciar el proceso judicial.

Conforme a aquellos factores, Cooter y Ulen deducen las siguientes conclusiones:

En primer lugar entienden que este esquema pone en los demandados potenciales el poder de impedir el inicio de los procesos evitando los daños que los causan. Conforme a los autores, “si aumentan los daños otorgados a los demandantes exitosos, los demandados potenciales tomarán más precauciones y así darán a los demandantes potenciales menos oportunidades para presentar reclamaciones legales”¹⁴¹. Apoyando aquella afirmación Peter MENELL ha descrito distintos supuestos en donde el demandado potencial puede influir con su comportamiento en la cantidad de acciones que se inicien, justificando en consecuencia el establecimiento de incentivos en los costos de la litigación a fin de modificar el comportamiento de los demandados potenciales a una posición socialmente eficiente¹⁴². Lo anterior puede ser graficado de la siguiente forma.

Gráfica N° 1 – Los juicios como una función de los daños¹⁴³



Bajo la gráfica anterior se intenta explicar cómo el aumento de los daños ocasionados en sociedad conlleva el aumento de los litigios o reclamaciones presentadas, pero a su vez, el aumento de los litigios y el otorgamiento de los daños por parte de los jueces de las

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 483.

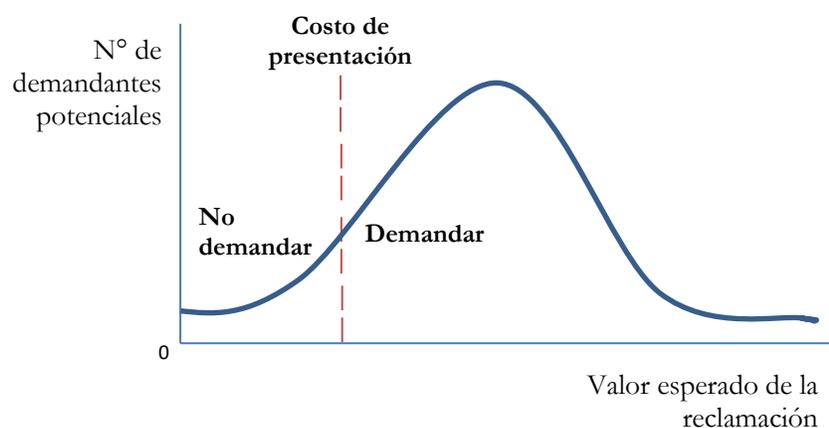
¹⁴² MENELL, Peter, *op. cit.* (n. 85), pp. 41 - 52.

¹⁴³ Reproducción de la gráfica contenida en COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *op. cit.* (n. 75), p. 484.

reclamaciones presentadas conlleva a largo plazo una disminución tanto de los daños ocasionados como de los litigios presentados ante el incentivo de prevención de los agentes que los causan. El punto “d” denota el momento en que previo a aquella situación un aumento de los daños produce un aumento de las reclamaciones presentadas, y posterior a él, un aumento del daño produce una disminución de las reclamaciones presentadas.

Una segunda conclusión que se puede obtener a partir de los factores que inciden en la presentación de una reclamación es la manera en que los estados pueden incidir en la protección de intereses de baja entidad. Y es que justamente tratándose de este tipo de intereses los costos de la presentación pueden ser desproporcionados en comparación al valor esperado de la reclamación. Alterando los costos de la reclamación se puede con ello alterar la cantidad de reclamaciones interpuestas. Aquello se puede expresar en la siguiente gráfica:

Gráfica N° 2 – Número de demandas presentadas¹⁴⁴



Bajo la gráfica anterior, Cooter y Ulen establecen que el desafío de la política pública será establecer el lugar que corresponde a línea señalada como “Costo de la presentación”. Si el costo de la presentación es elevado, entonces se reducirá el número de reclamaciones, y a la inversa, la reducción del costo de la presentación conllevará el aumento de dichas reclamaciones. Para alcanzar la eficiencia social las autoridades deben fijar el costo de la reclamación en el punto óptimo, es decir, aquel punto en que se minimice la suma de costos administrativos y del error.

En particular, interesa a esta investigación los efectos que tiene la variación de los costos administrativos, esto es, la reducción de los costos por la presentación de una reclamación para

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 486.

aquellos que se sitúan a la izquierda de la gráfica N° 2, donde el costo de la reclamación supera el valor esperado de la reclamación.

Al respecto, Cooter y Ulen señalan que la decisión legislativa deberá ubicarse en la igualación de los costos administrativos y del error, toda vez que tal como se mencionó antes, una reducción excesiva de los costos del error conlleva un aumento significativo de los costos administrativos, y a su vez, la reducción injustificada de los costos administrativos conlleva el aumento de los costos del error, siendo ambas situaciones ineficientes desde el punto de vista del costo social.

En virtud de ello, agregan, se deberá observar si el valor social de la reducción de errores procesales afecta a la producción del daño o únicamente a su distribución. En el primer caso, y amparados en la gráfica N° 1, será conveniente disminuir los costos de presentación de la reclamación, para producir a largo plazo una reducción del daño causado, sin embargo, si la reducción de errores procesales solo conlleva la distribución del daño, sin alterar el comportamiento de quienes lo causan, entonces no hay mayores razones para reducir los costos de presentación de la reclamación.

Al respecto es importante realizar algunas observaciones. La primera es constatar como las acciones de clase, en tanto son una institución que reduce los costos de una reclamación e incentiva la disminución de los daños causados por los diferentes agentes al obligar la consideración del daño colectivo y ya no solamente individual, cabe dentro de la primera hipótesis señalada por los autores, estableciendo un incentivo adecuado para la reducción de las hipótesis de daño, y por lo tanto existe una justificación para facilitar que muchas pequeñas solicitudes se puedan agrupar, distribuyendo con ello el costo de la reclamación.

Una segunda observación es cuestionar las conclusiones de Cooter y Ulen en relación a que conforme su razonamiento no estaría justificado el establecer una política pública que disminuya el costo de la reclamación en situaciones que el único efecto es la distribución del daño, sin que se produzca la disminución del mismo a largo plazo. Aquella conclusión debe ser matizada en cuanto al tratamiento de las acciones de clase. Pues, si bien aquel razonamiento se ajusta a la lógica de una acción o demanda individual, debe ser limitado tratándose de intereses colectivos. Tratándose de una demanda individual, no resulta eficiente para el Estado esforzarse en reducir el costo del error con el consecuente aumento del costo administrativo si el beneficio social de ello es limitado o menor que el costo social producido, pero tratándose

de intereses colectivos, aquel costo del error que ha de considerarse debe ser agregado (multiplicado) por cada miembro de la clase o grupo, y en función de ello determinar si ha de ser conveniente adoptar alguna política legislativa.

Actuar de manera diferente mantiene el escenario actual en que se los daños de baja entidad terminan sin protección jurisdiccional, produciendo en su sumatoria un gran costo social.

De ese modo, respecto de la primera conclusión de Cooter y Ulen, se debe estar plenamente de acuerdo, en tanto la política pública reduzca el daño que lo causa, pero en relación a su segunda hipótesis, se debe entender que el solo hecho de que existan mecanismos institucionales capaces de distribuir apropiadamente el daño resulta provechoso en términos colectivos, pues a largo plazo conducirá a la primera hipótesis de reducción de las causas del daño, o bien, ante su ausencia, se ocasionarán situaciones acumulativas de pequeñas pérdidas de eficiencia cuya suma no puede ser tolerada por el sistema.

b) La protección de intereses masivos

El segundo problema de ineficiencia esbozado en el primer capítulo decía relación con el eventual colapso del sistema ante una situación en que el costo de la presentación de una reclamación sea muy bajo en comparación a su valor esperado en juicio.

Aquella situación la ilustramos a partir, por ejemplo, de lo que sucede hoy con la tramitación de los recursos de protección en contra de las Isapres cuando éstas aumentan unilateralmente los precios de los contratos firmados con sus afiliados.

En este tipo de situaciones, el aumentar el costo de la presentación de la reclamación o disminuir el valor esperado de la misma no son opciones posibles para el legislador, toda vez que cualquiera de ellas conduce a un sacrificio importante en términos de aumento del costo del error, es decir, a costa de alcanzar la justicia.

Las acciones de clase vuelven a presentarse como un mecanismo idóneo para salvar el problema de ineficiencia, presentando la posibilidad de reducir costos administrativos sin implicar con ello un aumento del error procesal, por el contrario, pareciera incluso que permite la disminución y ahorro de recursos con la ventaja de conseguir decisiones comunes para conflictos comunes.

La experiencia argentina muestra casos en que las acciones constitucionales han podido tramitarse de modo colectivo, superando los temores de índole conservador que se limitan a los conceptos y categorías clásicas de partes legitimadas en el proceso.

Revisamos en el primer capítulo cómo las instituciones clásicas no permiten dar respuesta a los problemas derivados de la socialización, y en el presente encontramos un ejemplo paradigmático de atochamiento del sistema judicial. Existiendo una alternativa probada en Derecho comparado, y utilizada incluso en algunos conflictos nacionales (con éxito), pareciera razonable extender la misma a aquellos procesos en que puede (o podría en el futuro) prestar utilidad.

c) La protección de intereses supraindividuales

Como se advirtió al concluir el primer capítulo, el déficit a propósito de la protección de intereses supraindividuales no redundaba en la posibilidad de disminuir los costos administrativos o del error en el proceso, sino que en poder dar protección a estos intereses que no tenían oportunidad siquiera de acceder a su protección jurisdiccional.

Aquella reflexión original, que bien refleja la naturaleza del problema, puede ser precisada en esta oportunidad. Existe una tentación a describir la controversia únicamente desde la perspectiva de ausencia de oferta, lo que sin duda es un problema económico, pero ello resultaría poco fructífero, pues si el problema se reduce a ello bastará con la creación de cualquier agencia pública para la defensa de intereses públicos, tal como se ha hecho con algunas particularizaciones del interés general revisadas en el capítulo primero.

Resulta mayormente interesante describir el cómo las acciones de clase nuevamente pueden entregar una solución eficiente al problema planteado, evitando el gasto público a veces excesivo, pero por sobre todo, permitiendo una solución institucional que no dependa de la voluntad política ni de la coyuntura.

El establecer mecanismos institucionales de representación de intereses colectivos a la manera de servicios públicos institucionalizados conlleva a que por definición la institucionalidad llegue tarde a la resolución de los problemas, pues solo ha podido crear aquello que ha considerado necesario en vista de la ausencia de un mecanismo institucional previo.

Bajo la práctica de las acciones de clase la defensa de los intereses supraindividuales se deja en manos de los propios afectados, y será el juez en el caso particular quien determine si se reúnen (o no) las condiciones que permiten (y hacen aconsejable) la solución colectiva del conflicto jurídico planteado.

Bajo esta aproximación del problema, la pregunta por qué política pública resulta más eficiente pasa por comparar qué forma de atender a la necesidad de protección de intereses supraindividuales reviste un menor costo social, los que nuevamente estarían representados por los costos administrativos y del error, antes planteados.

En aquella comparación, es razonable pensar que la existencia de instituciones especializadas para la defensa de los intereses de la mujer, de los indígenas, o de la libre competencia en los mercados es una alternativa que reduce los costos del error, en el sentido de que la profesionalización conlleva que el paso del tiempo exista mayor experiencia. Sin embargo, esa alternativa conlleva a su vez mayor gasto público sin compensación posible.

Por otra parte, el permitir la protección de los intereses supraindividuales a través de acciones de clase reduce el gasto público, pero el eventual aumento del costo del error, reflejado en la falta de experiencia, puede ser compensado de diversas maneras (satisfaciendo el criterio de eficiencia Kaldor-Hicks). En principio, el mismo procedimiento puede establecer mecanismos como mayores atribuciones y control por parte del juez dentro del proceso, o el establecimiento de reglas de adecuación de la defensa. Asimismo, es posible constatar que incluso cuando el Estado no se ha hecho cargo de aquellas obligaciones los mismos particulares han satisfecho aquellas necesidades a través de ONG's destinadas al efecto. Así ocurrió, por ejemplo, tratándose de la defensa del patrimonio ambiental, de los derechos de la mujer antes de la creación del SERNAM, de los derechos de los reos en recintos penitenciarios, y en general toda clase de grupos intermedios que puedan tener intereses de grupo. A través de la existencia de estos grupos el Estado externaliza costos administrativos que de otra manera debería asumir, y puede, en virtud de ello, destinar aquellos recursos en la concreción de otros de sus fines.

3. Beneficios concretos de la propuesta

Hemos podido revisar cómo desde la perspectiva del análisis económico del problema planteado es posible sostener una solución a cada una de las aristas en estudio. En virtud de ello el siguiente acápite tiene por objeto únicamente presentar aquellos argumentos de manera

sistemática, en defensa de la aplicación de las acciones de clase como un mecanismo institucional que debe ser aplicado de manera amplia y general en el ordenamiento jurídico chileno.

a) Disminución de costos administrativos

El primer argumento que proviene de la lectura económica de los antecedentes en estudio resulta palmario, y es que la consecuencia inmediata del establecimiento de un procedimiento colectivo es que los recursos que se debían destinar en muchos procesos individuales ahora se volcarán en un único gran proceso (o en solo algunos de ellos), reduciendo en consecuencia necesariamente los costos administrativos que implica el llevar adelante un juicio.

Estos costos administrativos, como revisamos en el primer capítulo, están representados por los gastos en que se deberá incurrir para poner en marcha el servicio de administración de justicia, tales como la infraestructura de los tribunales, honorarios, papelería, entre otros.

Cabe señalar, que si bien hemos señalado con anterioridad que nuestro objetivo es conseguir la reducción de los costos sociales, esta medida a su vez también reduce los costos administrativos de orden privado, como son los costos de transacción en que incurrirán las partes para llegar a un acuerdo. Así por ejemplo, si una empresa debe negociar una salida alternativa con cada una de los miembros de una colectividad afectada, podrá, en el contexto de la existencia de acciones colectivas, realizar negociaciones con el grupo. En el mismo sentido el número de actos que deberán ejecutarse para conseguir cada solución, y el tiempo destinadas a ellas se verán disminuidos a través de una solución grupal.

Cabe hacer presente que eventualmente algunos de estos costos de transacción tomarán un mayor valor, como lo pudiesen ser por ejemplo el costo que conlleva la realización de una notificación por avisos versus una notificación personal o por cédula a una sola persona, así también los costos de los honorarios de los abogados que tramitan un juicio colectivo con seguridad serán mayores a los de un proceso individual. Sin embargo, aquella observación pierde aceptabilidad y relevancia cuando es observada desde la generalidad, y comparando aquellos gastos con la suma de los costos de todas las notificaciones individuales que se deberían haber realizado, o todos los honorarios que se habrían pagado a los abogados.

En definitiva, y sin requerir este punto mayor explicación, es posible constatar una evidente reducción de costos administrativos con la implementación de las acciones de clase.

Esta investigación entiende que este argumento, aunque correcto y útil, no es suficiente para justificar las eventuales restricciones a la autonomía de la voluntad y al debido proceso que están en juego, y de ahí se hace necesario revisar otros antecedentes.

b) Unificación de jurisprudencia

Tal como ya se ha razonado, la reducción de los costos sociales está determinada no solo por la reducción de los costos administrativos, sino también por los costos del error. En ese sentido las acciones de clase presentan un importante atractivo, ya que conforme al paradigma actual por el que los conflictos deben resolverse de manera individual será necesario que el proceso sea resuelto con una sentencia, o algún equivalente jurisdiccional, en circunstancias que siendo aquel conflicto de características similares entre los distintos miembros del grupo la solución debería ser, en justicia, la misma¹⁴⁵.

Sin embargo, la realidad nos muestra la necesidad del tratamiento colectivo de estos conflictos, en tanto la jurisprudencia de nuestros tribunales ha mostrado claros ejemplos de resultar errática e incoherente en diversas oportunidades. No es nuestra intención exagerar el problema, pero bastará revisar la situación de los recursos que se presentan ante las Cortes de Apelaciones por el alza de las primas que cobran las Isapres por los seguros de salud. En estos casos, a pesar de existir una jurisprudencia bastante uniforme, no resulta extraño encontrar casos en que los recursos no son concedidos debiendo la Corte Suprema, por vía de recurso de apelación subsanar el error. O incluso, si de manera escéptica se tuviese dudas respecto a aquel problema, aún restan las diferencias entre los abogados que pueden influir en el proceso, conduciendo a que reclamos que merecen igual solución terminen siendo declarados prescritos, o archivados por falta de tramitación oportuna.

En la medida que conflictos similares son resueltos a través de un único proceso se disminuye el riesgo de sentencias diferentes (y muchas veces contradictorias).

¹⁴⁵ EL SECRETO DE SUS OJOS. Conferencia de Francisco VERBIC desarrollada con motivo de la presentación del N° 30 de la Revista Voces en el Fénix, proyecto de Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires, dedicado al tema "Justicia". Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=6kHLLthPttY>, con fecha de consulta 02 de octubre de 2017, a las 10:50 horas.

En definitiva, vemos cómo a través del análisis económico de las instituciones, por el que se intenta simplemente reducir los costos sociales, se contribuye además con hacer más probable el objetivo de alcanzar justicia, resolviendo los conflictos bajo este último valor¹⁴⁶.

c) Acceso a la justicia de pretensiones de baja entidad

Los beneficios de la implementación de las acciones de clase no solo se reconducen a reducción de costos, sino que a partir de ellos se permite aumentar el bienestar social a través de la consecución de objetivos altamente valorables.

Dijimos en el primer capítulo que una de las razones que llevaron a la creación de los procesos colectivos en el Reino de Inglaterra fue permitir que conflictos de baja entidad pudiesen tener una solución jurídica. Pareciera ser que es posible reconocer aquella misma necesidad dado que a través de los procesos de socialización enfrentamos situaciones en que existen daños muy pequeños respecto de los cuales no habría mayor incentivo para los afectados de demandar su reparación. Un ejemplo de ello sucede cuando compañías de distintas clases de servicios (comunicación, sanitarios, u otros) realizan cobros indebidos por pequeñas cantidades. Como ya revisamos en el apartado anterior, incluso aunque el perjuicio fuese constante, un usuario no tiene incentivos para iniciar procesos judiciales, sin embargo, el cobro adicional de tan solo 20 pesos en una factura del servicio, multiplicada por cada uno de los usuarios afectados, multiplicada a su vez por la cantidad de tiempo en que se realice a conducta culmina con un incentivo al prestador del servicio a cometer infracciones.

El problema actualmente se resuelve a través de la regulación que se hace de los servicios públicos y privados por parte del Estado, pero ello eventualmente podría solo ser un mecanismo preventivo, de ahí la necesidad de una solución colectiva ex post.

Tratándose de los casos propios del Derecho del consumidor los siguientes párrafos son redundantes, toda vez que justamente en esta área del Derecho ya hemos avanzado en la instauración de soluciones colectivas. Con todo, tal como revisamos en el primer capítulo, aún falta áreas en que esta medida podría requerirse.

Con este tipo de iniciativa el acceso a la justicia pasa a concebirse finalmente como un derecho de los ciudadanos independiente de la cuantía de lo discutido, dejando de depender de

¹⁴⁶ Cfr. CARRASCO, Nicolás, *op. cit.* (n. 137), pp. 453 y s.

las medidas preventivas, que no siempre funcionan, o de las almas aventureras de los verdaderos Quijotes de nuestro tiempo.

No parece prudente, sin embargo, basar las políticas públicas en la buena voluntad de aquellos paladines de la justicia, sino que es más responsable (y razonable) atender al consejo de Cooter y Ulen en el sentido de disminuir las barreras de entrada a aquellas peticiones, reduciendo en concreto los costos de iniciar una reclamación, que como ya revisamos, tratándose de conflictos colectivos siempre resultará eficiente.

d) Incentiva la conducta conforme a la ley

Como consecuencia de lo anterior, y tal como lo describían Cooter y Ulen, al hacer posible el acceso a la justicia de personas que no lo hubiesen hecho sin este tipo de procedimientos se consigue un efecto colateral disuasivo de la conducta ilícita. Y es que el infractor o causante del daño deja de tener una “garantía de impunidad”, y comienza a tener un riesgo mayor de ser demandado. Esto sucede por el comportamiento racional del propio causante del daño que ve incrementada la cantidad de reclamaciones otorgadas por la justicia y que, a largo plazo, entiende ineficiente el incumplimiento de las normas¹⁴⁷.

Este argumento toma como presupuesto básico la racionalidad de los individuos, entre los que se encuentran justamente los causantes del daño. Si bien es cierto no todo daño es intencional, y el argumento no operará respecto de actos imprudentes, el mismo aplicará en casos en que el demandado potencial tenga la posibilidad de evitar la disputa legal. En esos supuestos, dado que el riesgo de ser condenado aumenta con el aumento de las reclamaciones interpuestas, necesariamente se crea un incentivo al actuar conforme a la ley, o dicho de otro modo, un desincentivo a ser el agente causante del daño.

e) Acceso a la justicia para intereses supraindividuales

Otro beneficio que reporta la instauración de procesos colectivos se vincula nuevamente con lograr el acceso a la justicia, pero ya no de aquellas pretensiones pequeñas, donde la justificación pasaba por la comprensión del funcionamiento de las economías de escala, sino que como se ha dicho en el primer capítulo, existirán pretensiones cuya única forma de solicitarse serán de manera colectiva, en tanto el derecho/interés es propiamente colectivo.

¹⁴⁷ Véase el capítulo XI, *Teoría económica del delito y el castigo*, en: COOTER, Robert y ULEN, Thomas, *op. cit.* (n. 75), p. 543 y s.

Aquello como vimos en el apartado anterior no solo se puede lograr a través de las acciones colectivas, sino que hacerlo es más eficiente en comparación a otras alternativas, como pudiese ser crear organismos estatales. La eficiencia en este caso viene dada por tres consideraciones, a saber, se actúa con mayor rapidez al instaurar un proceso genérico por sobre la creación de nuevas instituciones ex post; se externalizan los costos administrativos del Estado hacia los privados que cumplan en definitiva con aquella función; y es posible, institucionalmente, compensar los eventuales aumentos del costo del error ante la falta de especialización de los grupos afectados.

f) Enforcement privado

Un último beneficio que se puede establecer con la instauración de un sistema de acciones de clase o colectivas resulta de la comprensión holística del sistema, por el que el Estado logra reducir costos en la prestación de servicios judiciales, y aumentar el bienestar social permitiendo el acceso a la justicia en casos en que antes no existía; además, se gana un aliado en la persecución del acto ilícito.

Decíamos con anterioridad que ya existía un desincentivo a la conducta ilícita por el solo hecho de la existencia de un procedimiento colectivo, en tanto aumentaba el riesgo del incumplidor a tener que indemnizar los daños causados, y la cantidad (magnitud) de aquella reparación.

Adicionalmente, si el sistema de acciones de clase se instaura permitiendo que no solo órganos públicos lleven adelante la tarea de demandar colectivamente (como lo hace en la actualidad el Sernac) se abre entonces la posibilidad de que los privados colaboren con lograr mayor justicia en sociedad.

En la actualidad, en la medida que los intereses involucrados tienen un sustrato eminentemente público aquella facultad recae exclusivamente en el Estado, sin embargo, son las propias instituciones públicas las que han recomendado la apertura de una mayor cantidad de legitimados activos en la persecución de los distintos tipos de ilícitos, ya sea a través de otros órganos públicos, o bien por la participación de grupos de particulares¹⁴⁸.

¹⁴⁸ Cuenta Pública del Servicio Nacional del Consumidor, Gestión 2005-2010 y perspectivas de futuro, disponible en <http://www.sernac.cl/wp-content/uploads/2012/04/cuenta-de-gestion-Sernac-de-2005-a-2010.pdf>, con fecha de consulta 09 de agosto de 2017, a las 10:05 horas.

El modelo estadounidense por su parte lo permite abiertamente, no siendo la ley, sino que el juez quien controla el acceso a la herramienta del procedimiento colectivo, o en su caso, acción de clase. Pareciera que una regulación que tome en serio la participación de los grupos intermedios en la sociedad debería permitir (y apoyarse) en esta alternativa.

4. Propuesta normativa de una aplicación genérica de las acciones de clase en el Derecho Nacional

Finalmente, y en atención a los beneficios ya planteados, y sin perjuicio de que este tema puede ser motivo de otro trabajo de mayor extensión, resta aún caracterizar una propuesta normativa para el Derecho nacional. De este modo, este último acápite intenta sintetizar el aprendizaje de las páginas previas formulando distintas prevenciones para el establecimiento del sistema de acciones de clase o colectivas dentro de nuestro Derecho.

Lo primero que debe tener presente el legislador es que una regulación genérica de un procedimiento de acciones de clase dará protección a intereses colectivos tanto de carácter plurisubjetivo como supraindividuales, por lo que en algunos casos, y tal como se revisa en los párrafos siguientes, en ocasiones puede resultar conveniente establecer algunas reglas que atiendan especialmente a aquella diferencia.

Una consecuencia del establecimiento de esta institución como un procedimiento genérico, y no exclusivo para los intereses homogéneos como han desarrollado algunos Estados, es que cuando se protegen tanto los intereses supraindividuales como plurisubjetivos se diluye o pierde importancia la distinción entre intereses difusos y colectivos, toda vez que la determinación de los miembros de la clase pierde importancia, ya que el procedimiento puede iniciar siempre sin su individualización, tomando relevancia su discusión únicamente para efectos del cumplimiento de la sentencia en caso de existir indemnizaciones a los afectados, a la manera de las *damage class actions* en Estados Unidos.

Un segundo aspecto que se deberá regular dice relación con las condiciones de admisibilidad de la acción, las que como vimos tanto en la protección a los consumidores en Chile como en el establecimiento de las acciones de clase de Estados Unidos contemplan reglas procesales especiales. Al respecto, el legislador deberá tomar una decisión en el sentido de establecer el grado de injerencia que tenga el juez en el control de aquella decisión.

Como revisamos ese control resulta limitado en el caso chileno actual, donde cumplidos los requisitos que establece la ley se deberá dar curso a la demanda colectiva, mientras que en el caso estadounidense aquel control siempre tendrá como protagonista al juez, el que determinará la conveniencia de que el proceso sea llevado a cabo a través de una acción de clase.

De manera preliminar, y sin perjuicio de que futuras investigaciones podrían establecer lo contrario, el sistema nacional no ha dado muestras de grandes espacios para el control judicial, y en ese sentido, atendiendo a que posiblemente su regulación sea a través del establecimiento de requisitos taxativos es conveniente recomendar que aquella lista considere algunos de los elementos que ha establecido el Derecho estadounidense, tales como exigencia de adecuación de la representación, el encasillamiento de la acción bajo alguna de las hipótesis de vulneración a los intereses colectivos, o incluso, eventualmente, el aseguramiento de que no sea posible la aplicación de otros medios más idóneos.

En tercer lugar, en relación a los mecanismos de notificación, el legislador deberá tomar el desafío de configurar un sistema que permita y haga probable la comunicación a los afectados de que se está llevando a cabo un proceso colectivo en cual podrían estar interesados. La importancia de estas reglas ya las hemos señalado con anterioridad, y de ahí entonces que se deba responder a la pregunta por ¿Quién debe realizarla? ¿Quién debe asumir sus costos? ¿Bajo qué estándar se realizará a fin de asegurar el debido proceso? ¿Qué consecuencias se acarrearán de la falta de notificación? y lo más importante ¿Por qué medio debe realizarse? Al respecto, este es un tema en que es posible distinguir entre la protección de intereses colectivos homogéneos y supraindividuales. Tratándose de los primeros los sujetos de la relación jurídica tienen un interés individual, y en consecuencia, pareciera razonable que el proceso solo produjese efectos si ellos consienten en la realización de un juicio colectivo; por otra parte, tratándose de los intereses supraindividuales, o propiamente de grupo, donde el actuar se realiza en representación de una particularización del interés general, los efectos de la falta de concurrencia de alguno de los interesados no debería tener mayor relevancia si se cumplen con otros requisitos que permitan configurar la necesidad de la acción de clase.

En cuarto lugar, la doctrina procesal en función del tratamiento que el legislador haga de la institución podrá identificar si la sentencia tendrá sus efectos expansivos en función de mecanismos especiales de representación o bien su efecto será *erga omnes* o ultra partes. Aquella

discusión, que ya se ha tratado en acápites anteriores, resulta relevante solo para efectos de delinear los principios que gobiernen a las acciones de clase en caso de que sea necesario interpretar las normas que la regulen o completar lagunas si fuese el caso.

En quinto lugar, el legislador deberá atender al problema de la distribución de las eventuales indemnizaciones a que condenen las sentencias colectivas. Tratándose de acciones que amparan intereses plurisubjetivos el óptimo está en poder reparar efectivamente el daño causado evitando lo más que se pueda el eventual enriquecimiento sin causa que se podría producir con la decisión legislativa que se tome. Al respecto, es de esperar que nuevos trabajos puedan desarrollar con mayor detalle el análisis de los distintos sistemas de reparación que se han descrito de manera sucinta en el segundo capítulo de este trabajo. Pareciera ser que un principio rector al respecto es intentar determinar de la manera más exacta posible el daño causado a cada uno de los miembros de la clase o grupo, pero si ello no resulta económicamente justificable (ineficiente), se deberá optar por mecanismos alternativos, como pudiesen ser la distribución de la indemnización en condiciones de igualdad, el establecimiento de subclases, la postergación del debate a juicios ejecutivos individuales, u otros modos en que aquello pueda llevarse a cabo.

En el mismo sentido el legislador se deberá pronunciar acerca de la indemnización del daño moral, que como revisamos a propósito de las acciones colectivas en materia de Derecho del consumidor era excluido. No existiendo mayor justificación para ello, por razones de justicia y a fin de evitar la duplicación de juicios en que se demande el daño patrimonial colectivamente pero el extrapatrimonial individualmente, pareciera ser razonable que la litigación colectiva permita la discusión de ambos tipos de daño, sin perjuicio, y teniendo aquel elemento en consideración a la hora de determinar un mecanismo de distribución de la indemnización conforme a lo razonado anteriormente.

En sexto lugar, cabe hacer presente la importancia de instaurar mecanismos que eviten el fraude y los incentivos perversos para que un agente litigue contra sí mismo a fin de agotar la oportunidad procesal de los otros interesados. De ese modo deberán siempre establecerse disposiciones que permitan al juez controlar la adecuación del representante de la clase, e incluso exigir, por ejemplo, que cualquier acuerdo entre las partes deba contar con la aprobación judicial. Al respecto es prudente observar lo que se ha hecho en materia ambiental para la reparación del daño ambiental.

En este sentido, y siendo coherente con la regulación de los mecanismos de notificación diseñados para cada caso, y los efectos de la sentencia, corresponderá resolver por el legislador si aquellos efectos también se extenderán a los casos en que la acción de grupo sea resuelta desfavorablemente para la clase o colectivo representado. Al respecto, como revisamos antes, en materia de Derecho del consumidor es posible iniciar nuevas demandas individuales sin que se pueda por el demandado utilizar la excepción de cosa juzgada. Aquella decisión legislativa deberá ponderar el eventual daño que se ocasione al demandado colectivo sino no se le permite alegar la excepción de cosa juzgada en comparación al daño causado a la colectividad si la acción se perdió a causa de una representación inadecuada. En las páginas previas se ha realizado una ponderación al respecto, concluyendo que esta objeción era de corte más bien retórico, toda vez que desde el punto de vista de la eficiencia, la cantidad de juicios que el demandado deba soportar nunca será mayor al potencial daño que hubiese ocasionado y que en definitiva tendría de no existir un procedimiento colectivo; y a su vez sí permitiría establecer con precisión si se ha producido o no una afectación a los intereses individuales de alguno de los demandantes.

CONCLUSIONES

Como se ha señalado desde un comienzo, la intención de la presente tesis es justificar la aplicación de manera amplia y general de las acciones de clase o colectivas como un medio para dar protección a los intereses colectivos. Para poder acreditar aquella afirmación se debía lograr probar, primero, que ello fuese necesario, en segundo lugar, que las acciones de clase fuesen un mecanismo idóneo para lograrlo, y finalmente, que al utilizar aquel mecanismo existirían más beneficios que perjuicios.

De ese modo, conforme a la estructura que se ha adoptado en el presente trabajo se presentó inicialmente la justificación a la existencia de un problema jurídico procesal, describiendo un escenario en que existían intereses colectivos que no tenían una debida protección por el ordenamiento, y argumentando por qué, en el contexto de la sociedad contemporánea, aquel problema merecía una solución institucional, configurándose como un imperativo para el legislador. Aquella situación fue descrita en términos económicos como un problema de ineficiencia desde tres ópticas diferentes, a saber, (i) la existencia de intereses individuales de baja entidad que no serían demandados sin la existencia de instituciones que otorgaran facilidades para ser exigidos, y que cuya acumulación permitía hablar de un problema colectivo, (ii) la situación opuesta, es decir, que existiendo suficientes incentivos para litigar se produzca el atochamiento del sistema judicial por la alta demanda de los servicios judiciales, y (iii), la falta de provisión de servicios judiciales que den lugar a reclamaciones de grupos, clases o colectivos afectados, cuando éstos no pueden ser singularizados, por ser intereses de carácter supraindividual.

En el segundo capítulo se explicó cómo las acciones de clase han podido dar solución a estos problemas, describiendo los principios básicos de una solución colectiva, y en lo posible, haciendo comparaciones entre aplicaciones que se han dado en nuestro sistema y el sistema original de acciones de clase, tomando como modelo el contenido en la *Federal Rule of Civil Procedure* N° 23 de los Estados Unidos. A partir de ello se pudo observar que la protección de intereses colectivos debe responder a distintas disyuntivas, pero que asimismo se podía reconocer gran flexibilidad de la herramienta para alcanzar los fines que se proponga el legislador.

Fueron plantearon importantes debates en relación a la configuración última de las acciones de clase, entre las que se encuentran el establecimiento de un mecanismo de

notificación idóneo, el alcance del daño a ser indemnizado, la eventual ejecución del fallo, o la comprensión que se tenga de los efectos de la sentencia (pudiendo tener efectos *erga omnes*, *secundum eventum litis*, o bien, meramente relativos).

Finalmente, se expuso en el tercer capítulo aquellas razones que desde la óptica del análisis económico del derecho justifican la solución de los diversos problemas planteados a través del mecanismo propuesto, completando aquella respuesta con beneficios concretos que hacen aconsejable la utilización de las acciones de clase. En ese sentido primero se expuso cómo las acciones de clase eran aconsejables en función de los problemas planteados en el primer capítulo, y luego una enumeración concreta de los beneficios de este mecanismo, los que consistían en la reducción de costos administrativos y del error, permitir el acceso a la justicia, incentivar la conducta conforme a la ley, e incluso ser un medio por el cual se hacía más probable la persecución de las conductas ilícitas.

En virtud de ello, es ineluctable concluir que si se deciden adoptar las acciones de clase de una manera amplia y general, como aquí ha sido recomendado, sin importar la manera en que sean finalmente diseñadas por el legislador, necesariamente se avanzará a un estado social más *eficiente*. Con todo, se ha advertido a su vez de los eventuales riesgos que deben ser controlados al momento de su implementación, que derivan de las características propias de las acciones de clase, las que se presentan como una institución innovadora y excepcional en nuestro Derecho. Entre aquellas características se señaló la existencia de mecanismos de representación atípicos y un efecto de cosa juzgada expansiva.

Ya lo decía Antonio GIDI, la peculiaridad de estas acciones pasa por concebir un mecanismo de representación que tiene origen en el mismo representante, sin la autorización y muchas veces sin el conocimiento de los representados, y a su vez, la sentencia que decida el conflicto tendrá efectos expansivos, pudiendo corresponder a un genuino efecto *erga omnes*, o bien a un efecto *secundum eventum litis*, pero que siempre implicará alcanzar una solución más allá de la órbita de decisión individual. Ambas características determinan que el sistema de acciones de clase deba contestar fuertes objeciones en relación a la limitación a la autonomía de la voluntad de quienes muchas veces desconocen la existencia del proceso colectivo, y que se verán afectados por la sentencia, y por otro lado, objeciones propias derivadas de un respeto a la garantía de un debido proceso legalmente tramitado.

A ambos cuestionamientos se ha intentado responder en el capítulo segundo a partir de la descripción de mecanismos (que resolviendo el conflicto de ponderación de derechos a favor de la protección de los intereses colectivos) no por ello descuidaban los intereses individuales, determinando la existencia de sistemas apropiados de notificación, reglas de adecuación para el representante, exigencia de alegaciones representativas de la clase, y como ya lo veíamos, facultades de autoexcluirse o de sumarse al proceso.

Las acciones de clase han penetrado el Derecho continental de diversas maneras, han podido ser conciliadas con sus principios, y han logrado superar las categorías clásicas de legitimación en virtud de las cuales se manifestaba su oposición. Lo han hecho en razón de la utilidad que prestan al momento de resolver los conflictos jurídicos, y bajo la comprensión de que al final del día el Derecho es un instrumento para alcanzar la justicia.

Ha quedado a su vez establecido cómo el velar por la eficiencia del sistema no se contrapone a aquel fin último de justicia, por el contrario, ambos valores resultan compatibles, y donde la eficiencia, entendida no solo como el ahorro de dinero, sino en un sentido holístico de reducción de costos sociales implica necesariamente la preocupación por los costos del error procesal y las garantías del debido proceso legal.

En definitiva, las acciones de clase o colectivas, como han sido llamadas en nuestro sistema, resultan completamente compatibles con los principios del Derecho continental, y así lo han mostrado los innumerables casos en que han tenido aplicación, siendo paradigmático al menos para nuestro Derecho su uso en material de protección a los consumidores.

En virtud de lo señalado, a la luz de lo expuesto, se debe entender que al menos desde la óptica del análisis económico del derecho resulta recomendable la incorporación de un sistema de acciones de clase para resolver conflictos de intereses colectivos.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite. Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos), en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 (1): pp. 69 -91.
- ALESSANDRI, Arturo, y SOMARRIVA, Manuel. *Curso de Derecho Civil* (Actualizado por Antonio Vodanovic). Santiago, Chile: Editorial Nascimento, 2º Edición, Tomo II, 1957.
- ARANDA VIDAL, Catalina. *El daño moral en las acciones colectivas, análisis del proyecto de ley que modifica la ley N° 19496 sobre protección al consumidor, con el objeto de permitir la indemnización por daño moral en las demandas colectivas*, Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales), Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2012.
- BARRIOS DE ANGELIS, Dante (1983). *Introducción al estudio del proceso. La psicología y la sociología del proceso, El ombudsman (La defensa de los intereses difusos)*. Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1983.
- BUJOSA VADELL, Lorenzo. El procedimiento de las acciones de grupo en los Estados Unidos de América, en: *Justicia*, (I): pp.67-124, 1994.
- CALABRESI, Guido. *El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. (Traducción de Joaquín Bisbal). Barcelona, España: Editorial Ariel, 1984.
- CAPPELLETTI, Mauro. *La protección de intereses colectivos y de grupo en el proceso civil* (Conferencia pronunciada el 14 de marzo de 1975, con ocasión de la Asamblea General de la Sociedad de legislación comparada). Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/27085/24432>, con fecha de consulta el 21 de octubre de 2017, a las 20:30 horas.
- CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile I*. Padova, Italia: Cedam, 1926.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di Diritto Processuale Civile, I funzione e composizione del processo*. Padova, Italia: Cedam, 1936.
- CARNOTA, Walter Las acciones de clase: desde los Estados Unidos a la Argentina, en: *Annuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (16), Madrid, España: pp. 93-106, 2012.
- CARRASCO, Nicolás. La eficiencia procesal y el debido proceso, en: *Revista de Derecho Privado*, (32): pp. 443-469, Enero – Junio de 2017.

- CASTELLÓN VENEGAS, Hugo Agustín. Acción popular y Recurso de Protección, en: *Gaceta Jurídica*, (262): Lexis Nexis: pp. 7 – 19, abril, 2002.
- COLEMAN, Jules. Los fundamentos del bienestar, en: *Revista de Derecho y Humanidades*, (10): pp. 17 - 46, 2004.
- COLOMBO CAMPBELL, Juan. *La competencia*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2004.
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas. *Derecho y Economía*. México DF: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo. La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno, en: *Revista de Derecho*, Vol. XIX, (1): pp. 125-148, julio 2006.
- COROMINAS BACH, Sergi. *La legitimación activa en las acciones colectivas*. Tesis (Doctor en Derecho). Girona, España, Universidad de Girona, 2015.
- CORREA, Jorge; PEÑA, Carlos; VARGAS, Juan Enrique. ¿Es la justicia un bien público?, en: *Perspectivas*, vol. 3, (2): pp. 389-409, 2000.
- COUTURE, Eduardo. *Vocabulario jurídico*. Buenos Aires, Argentina: Depalma, 1993.
- DELGADO SCHNEIDER, Verónica. La protección del Medio Ambiente a través de las acciones populares del artículo 948 del Código Civil de Andrés Bello: Un estudio histórico-comparativo, en: TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio y MARTINIC GALETOVIC, María Dora (Editores), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*. Santiago, Chile: Lexis Nexis, T. II, 2005, pp. 907-937.
- DÍAZ SALVO, Grace y GÓMEZ OPORTO, Renato. *Análisis Descriptivo y Crítico de las Acciones de Clase en el Derecho del Consumidor*. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2005.
- EISENBERG, Theodore y YEAZELL, Stephen C. The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation, en: *Harvard Law Review*, (93): 465–517, 1980.
- GIDI, Antonio y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Procesos colectivos. La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales en una perspectiva comparada*. México: Editorial Porrúa, 2003.
- GIDI, Antonio. Las acciones colectivas en Estados Unidos, en: *Direito e Sociedade (Curitiba)*, (3): pp.117-150, enero-junio, 2004.

- GILARDÍ MADARIAGA DE NEGRE, Cecilia. La Legitimación de las asociaciones y las acciones colectivas – Las acciones de clase. En: BRUNO DOS SANTOS, Marcelo A. (Director). *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Fundación de Derecho Administrativo, 2012.
- GRILLO LONGORIA, Rafael. *Derecho Procesal Civil I – Teoría General del Proceso Civil*. La Habana, Cuba: Editorial Félix Varela, 3ra edición, 2006.
- GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil* (revisada y adaptada por ARAGONESES, Pedro.), Tomo I. Madrid, España: Civitas, 4ta edición, 1998.
- GUTIÉRREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, Pablo. *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: Colectivos y difusos*. Navarra, España: Aranzadi, 1999.
- HAUSFELD, Michael *et al.* Antitrust class proceedings – Then and now. En: *The Law and Economics of Class Actions, Research in Law and Economics*, (26): 77-133, 2014.
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, María del Pilar. *Mecanismos de tutela de los intereses difusos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1997
- KAPLOW, Louis y SHAVELL, Steven. Fairness versus Welfare, en: Harvard University Press, Cambridge, pp. 225-250, 2006.
- KAPLOW, Louis. Private versus Social Costs in Bringing Suits, en: *Journal of Legal Studies*, (15): 371-385, 1986.
- LATORRE, Virgilio. *Acción popular/ acción Colectiva*. Madrid, España: Civitas Ediciones, 2000.
- MAIORANO, Jorge. *El Ombudsman, defensor del pueblo y de las instituciones republicanas*. Buenos Aires, Argentina: ediciones Macchi, 1987.
- MENELL, Peter. A Note on Private versus Social Incentives to Sue in a Costly Legal System, en: *Journal of Legal Studies*, (12): 41-52, 1983.
- MERY, Rafael. *Una aproximación Teórica y Empírica a la Litigación Civil en Chile*, 2006. Disponible en: http://works.bepress.com/rafael_mery_nieto/1.
- MICELI, Thomas. The Social versus Incentive to Sue, en: *Economics Working Papers*, (12): pp. 1 -19, abril, 2008. Disponible en http://digitalcommons.uconn.edu/econ_wpapers/200812

- MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso*. Madrid, España: Tecnos, 1976.
- MOSQUERA, Mario y MATURANA, Cristian. *Los Recursos Procesales*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2da edición, 2012.
- NEWBERG, Herbert y CONTE, Alba. *Newberg on Class Actions*. Colorado, Estados Unidos: Shepard's/McGraw-Hill, 3ra edición, 1992.
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl y PÉREZ RAGONE, Álvaro. *Manual de Derecho Procesal Civil Parte General*. Santiago, Chile: Thomson Reuters, 2013.
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl (editor) y CARRASCO DELGADO, Nicolás (Coordinador). *Presente y futuro del Derecho Concursal procesal Chileno, una revisión desde el análisis económico del Derecho*. Santiago, Chile: Editorial Thomson Reuters, 2014.
- OVALLE FAVELA, José. Legitimación en las acciones colectivas, en: *Boletín mexicano de Derecho comparado*, nueva serie, XLVI, (138): 1057 – 1092, septiembre-diciembre, 2013.
- PERROT, Roger. La acción en justicia de los sindicatos profesionales, de las asociaciones y de los órdenes profesionales, en: *Annales Universitatis Scientiarum Budapestinensis de Rolando Eötvös Nominatae. Sectio Jurídica*, t. X, Budapest, 1969: pp. 99 - 106.
- POLINSKY, Mitchell. *Introducción al análisis económico del derecho*. Barcelona, España: Ed. Ariel, 1985.
- POSNER, Richard. *El análisis económico del Derecho*. México DF: Fondo de la Cultura Económica, 1992.
- ROEMER, Andrés. *Introducción al análisis económico del derecho*. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, y Fondo de la Cultura Económica, 1994.
- ROSALES RIGOL, Cecilia. La modernización del Estado en el reconocimiento y la tutela efectiva de los intereses difusos, en: *Revista chilena de derecho*, Número Especial: pp. 249-258, 1998.
- ROSENDE VILLAR, Cecilia. Efectos directos y reflejos de la sentencia, en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 3, (3): pp. 489-507, 2001
- ROWE, Thomas. A distant mirror: The bill of peace in

early American mass torts and its implications for modern class actions, en: *Arizona Law Review*, (39): 711 -718, 1997. Disponible en: http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1084&context=faculty_scholarship, con fecha de consulta 20 de octubre de 2017, a las 20:00 horas.

- SHAVELL, Steven. The social versus the private incentive to bring suit in a costly legal system, en: *Journal of Legal Studies*, (XI): pp. 333-339, junio 1982.
- SOTO KLOSS, Eduardo. *El recurso de protección, Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1982.
- TIMPANARO, Adrián. Acciones de clase. Consideraciones respecto a su régimen procesal ante la ausencia de una ley que lo reglamente. En: BRUNO DOS SANTOS, Marcelo A. (Director). *Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Fundación de Derecho Administrativo, 2012.
- VERBIC, Francisco. Conferencia desarrollada con motivo de la presentación del N° 30 de la Revista Voces en el Fénix, proyecto de Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires, dedicado al tema "Justicia" y titulado "El secreto de sus ojos". Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=6kHLLthPttY>
- VERGARA BLANCO, Alejandro. La propietarización de los derechos, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (XIV): pp. 281-291, 1992.
- VODANOVIC, Antonio, ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel. *Curso de Derecho Civil, Parte general y los sujetos de Derecho, Primera parte*. Santiago, Chile: Editorial Nascimento, 4ta edición, 1971.
- WACH, Adolf. *Manual de Derecho Procesal Civil* (tr. Banzhaf), tomo I. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977.

REFERENCIAS NORMATIVAS

- Constitución Política de la República de Chile, de 1980.
- Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores
- Ley N° 19.955, de 2004, que modifica la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.
- Ley N° 20.443, de 2010, que Aplica procedimientos de demandas colectivas a juicios por daños o perjuicios en la calidad de las construcciones.
- Ley N° 20.600, que crea los tribunales ambientales.
- Ley N° 20.720 sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la superintendencia del ramo.
- Ley N° 20.945, que perfecciona el sistema de defensa de la Libre Competencia.
- DFL N°458 de 1976, Ley General de Urbanismo y Construcciones.
- DL N° 211 de 1973, que fijó las normas para la defensa de libre competencia, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado se encuentra en el DFL N° 1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción publicado el 07 de marzo de 2005.
- Federal Rule of Civil Procedure (1912, 1938, 1966), Estados Unidos de América.
- Código de Defensa del Consumidor, 1990, República de Brasil.