



UNIVERSIDAD
DE CHILE

UNIVERSIDAD DE CHILE.

FACULTAD DE DERECHO.

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO.

Revisión del resarcimiento de los daños ocasionados a consumidores con ocasión de ilícitos anticompetitivos que lesionan su interés colectivo o difuso.

AUTORES: Tomás Gallegos Vallejos y Antonio Vega Castillo.

PROFESORA GUÍA: Sra. Prof. María Magdalena Bustos Díaz.

Santiago, 2023.

Agradecimientos

Agradecemos a todos quienes son en parte autores de este trabajo, por sus desinteresadas y cariñosas contribuciones. A Juan Ignacio, por sus inestimables aportes, a Andrea Amaro y Sofía Pérez-Toril, por sus acuciosas lecturas y a Diego Igleis, por sus amables revisiones.

ABREVIATURAS	5
--------------	---

INTRODUCCIÓN **6**

CAPÍTULO I: DERECHO DEL CONSUMO Y DERECHO DE LA LIBRE

COMPETENCIA **11**

1.1 DERECHO DEL CONSUMO	11
1.1.1 ESTATUTO TUTELAR EN LA HISTORIA DEL DERECHO PRIVADO	11
1.1.2 CONFRONTACIÓN DE LOS PRINCIPIOS ABSTRACTOS ILUSTRADOS DEL DERECHO PRIVADO CON LA REALIDAD CONCRETA	13
1.1.3 NACIMIENTO DEL DERECHO DEL CONSUMO	19
1.1.4 ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LPDC	20
1.2 DERECHO DE LIBRE COMPETENCIA EN RELACIÓN AL DERECHO DEL CONSUMO	30
1.2.1 CONCEPTO DE DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA	30
1.2.2 INSTITUCIONALIDAD PARA REPARAR A LOS CONSUMIDORES AFECTADOS POR UN ILÍCITO ANTICOMPETITIVO: REVISIÓN DE MODELOS COMPARADOS Y LA INSTITUCIONALIDAD NACIONAL	37
1.3 RELACIÓN DEL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA CON EL DERECHO DEL CONSUMO	47

CAPÍTULO II: PROCEDIMIENTO ESPECIALÍSIMO PARA LA INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR ILÍCITOS ANTICOMPETITIVOS QUE AFECTEN INTERESES

COLECTIVOS Y DIFUSOS **51**

2.1 INTRODUCCIÓN	51
2.2 DEFINICIÓN Y DELIMITACIÓN DE INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS	52
2.3 ¿LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA DE LOS CONSUMIDORES POR ILÍCITOS CONTRA LA COMPETENCIA ES DERIVATIVA U ORIGINARIA?	55
2.4 DESCRIPCIÓN DEL PROCEDIMIENTO PARA HACER EFECTIVA LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR ILÍCITOS ANTICOMPETITIVOS	58
2.4.1 LEGITIMACIÓN ACTIVA	58
2.4.2 COMPETENCIA	60
2.4.3 PRESCRIPCIÓN	61
2.4.4 ADMISIBILIDAD	61
2.4.5 PERÍODO DE DISCUSIÓN	64
2.4.6 PERÍODO OBLIGATORIO DE CONCILIACIÓN	66

2.4.7 PERÍODO DE PRUEBA	67
2.4.8 PERÍODO DE SENTENCIA	69
2.4.9 EFECTOS DE LA SENTENCIA DEFINITIVA CONDENATORIA	70
2.5 RESUMEN DE LAS DIFERENCIAS ENTRE EL PROCEDIMIENTO COLECTIVO SEGUIDO POR UN ILÍCITO ANTICOMPETITIVO DEL SEGUIDO POR OTRA AFECTACIÓN AL INTERÉS COLECTIVO O DIFUSO	72

CAPÍTULO III. ESTATUTO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PARA CON LOS CONSUMIDORES FRENTE A ILÍCITOS CONTRA LA LIBRE COMPETENCIA 74

3.1 HECHO	74
3.2 FACTOR DE IMPUTACIÓN	74
3.3 CAUSALIDAD	76
3.3.1 CONSUMIDORES EXCLUIDOS DEL MERCADO POR EL ALZA DE PRECIOS	77
3.3.2 CONSUMIDORES SIN VÍNCULO JURÍDICO “DIRECTO”	79
3.3.3 CONSUMIDOR VÍCTIMA DEL EFECTO PARAGUAS	82
3.4 DAÑO	84
3.4.1 DEFINICIÓN	84
3.4.2 DAÑOS INDEMNIZABLES OCASIONADOS POR UN ILÍCITO CONTRA LA COMPETENCIA	85
3.4.3 TIPOS DE DAÑOS OCASIONADOS POR UN ILÍCITO CONTRA LA COMPETENCIA	89
3.4.4 EXTENSIÓN DEL DAÑO PATRIMONIAL OCASIONADO POR UN ILÍCITO ANTICOMPETITIVO	102
3.5 DISTRIBUCIÓN DEL REMANENTE DE LA INDEMNIZACIÓN	103
3.6 RESUMEN DEL EJERCICIO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL A PROVEEDORES INFRACTORES DE LA LIBRE COMPETENCIA RESPECTO DE DAÑOS OCASIONADOS AL INTERÉS COLECTIVO O DIFUSO DE LOS CONSUMIDORES	109

CONCLUSIONES. 113

BIBLIOGRAFÍA. 118

OBRAS CONSULTADAS:	118
JURISPRUDENCIA Y PROCEDIMIENTOS JUDICIALES CONSULTADOS:	135
NORMATIVA CITADA:	137

ABREVIATURAS

Para una lectura más expedita de este trabajo se utilizarán abreviaturas de los cuerpos legales relevantes y de los órganos administrativos y jurisdiccionales establecidos para la protección de la libre competencia y el Derecho del consumo:

Decreto Ley: DL.

Decreto Ley N° 211 de 1973: DL 211.

Decreto con fuerza de ley: DFL.

Ley 19.496 que establece normas sobre protección de los Derechos de los consumidores: LPDC.

Código de Procedimiento Civil: CPC.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: TDLC.

Servicio Nacional del Consumidor: Sernac.

Fiscalía Nacional Económica: FNE.

INTRODUCCIÓN

El año 2015, luego de que las empresas papeleras SCA Chile S.A. y CMPC TISSUE S.A. fueran condenadas por el TDLC por haberse coludido en el mercado del papel higiénico, el Sernac inició un procedimiento indemnizatorio posterior que buscaba resarcir los daños que este acuerdo había ocasionado a los consumidores.

Con fecha 20 de febrero de 2015 el Servicio, luego de un procedimiento de mediación colectiva que incluyó a las asociaciones de consumidores CONADECUS y ODECU, arribó a un avenimiento con la papelera CMPC TISSUE S.A. por el que ésta debía pagar un monto de \$97.647.000.000.- dividido en cada persona mayor de 18 años al momento que estuviese firme la resolución que tenía por aprobado el avenimiento, menos el costo de operación de Banco Estado a través del cual se hizo el pago.¹

Este caso, de gran repercusión mediática, ha sido uno de los pocos en que los infractores de un ilícito anticompetitivo han reparado a los consumidores que resultaron afectados. A la fecha de publicación de este trabajo no se ha dictado una sentencia condenatoria por un tribunal superior de justicia o por el TDLC en un procedimiento indemnizatorio, que condene a los proveedores infractores a indemnizar a los consumidores afectados.²

Así las cosas, la carencia de fallos en materia de resarcimiento de daños impide conocer la aplicación práctica y ponderada de las normas en esta materia, la que puede resultar compleja al apreciarse en abstracto por la concurrencia de normas provenientes de dos ramas distintas del derecho, a saber, el derecho del consumo y de la libre competencia. Esto ocasiona dificultades procesales y sustantivas a la hora de determinar los criterios

¹ La sentencia que tuvo por aprobado el avenimiento parcial quedó firme una vez que se agotaron los medios de impugnación intentados por un grupo de personas pertenecientes a comunidades indígenas que buscaban la invalidación del acuerdo por haber infringido la publicidad que la ley manda para este tipo de acuerdos, por haber incurrido en discriminación arbitraria y faltar al deber de consulta establecido por el convenio 169 de la OIT, lo que terminó con el rechazo del recurso de casación en el fondo por la Corte Suprema. Los autos de primera instancia tienen causa rol N° C-29.214-2015 y fueron tramitados en el 10° Juzgado Civil de Santiago. Corte Suprema, sentencia de fecha 17 de mayo de 2018, causa rol N° C-44.484-2017.

² Esto, sin perjuicio de la condena en primera instancia en el procedimiento indemnizatorio seguido contra las farmacias Farmacias Ahumada S.A., Cruz Verde S.A., y Salcobrand S.A., que se siguió ante tribunales civiles, luego que fueran condenadas por el ilícito de colusión. La sentencia es de fecha 17 de diciembre de 2019, causa rol N° C-1940-2013 del 10° Juzgado Civil de Santiago. Como diremos más adelante, se arribó a un avenimiento aprobado con fecha 13 de noviembre de 2020, con las demandadas Salcobrand S.A. y Cruz Verde S.A. Actualmente se encuentra en estudio la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago que debe pronunciarse sobre las apelaciones del Sernac y de la Organización de Consumidores y Usuarios de Chile (ODECU), además de la casación interpuesta por Farmacias Ahumada S.A., cuyos autos de los tres recursos se acumularon en la causa rol de Corte de Apelaciones civil-5740-2021 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

necesarios para la adecuada reparación de los consumidores afectados por este tipo de ilícitos.

Por ejemplo, un desafío procesal observado son los disímiles criterios que aplican los tribunales a la hora de determinar quién posee legitimidad activa para demandar indemnización de perjuicios. Así, para el TDLC los demandantes que pidan indemnización de perjuicios deben participar al menos potencialmente en los mercados afectados por el ilícito anticompetitivo³, mientras que la Corte Suprema⁴ ha sostenido que basta un interés legítimo. Otro ejemplo, consiste en la pregunta de si es posible iniciar una acción indemnizatoria por parte de los consumidores a propósito de un ilícito contra la competencia sin sentencia previa del TDLC o si esta es imprescindible para emprender la acción, como veremos en la sección 2.3.

Por otro lado, nos podemos encontrar con dificultades sustantivas. Se puede ilustrar con el siguiente caso: es posible que parte de las víctimas de una conducta anticompetitiva no reciban compensación alguna, a pesar de que las dos ramas del derecho mencionadas busquen reparar todo el daño sufrido por un consumidor y de que el conocimiento científicamente afianzado -e incluso, la prueba- indique que se ha producido o podría haberse producido un daño, debido a la falta de un vínculo contractual de estos consumidores (como podría ser el caso de los consumidores finales) con el proveedor infractor.⁵⁻⁶ Esto da cuenta de una dificultad evidente a la hora de determinar la forma en la que los consumidores pueden obtener una reparación. También se puede ver otro problema a la hora de determinar el rol que cumple el artículo 53 C letra c) de la LPDC, como veremos en la sección 3.4.3.3.

³ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia 146/2015 de fecha 24 de julio de 2015, causa rol N° C-275-2014.

⁴ Corte Suprema, sentencia de fecha 20 de abril de 2016, causa rol N° 11.363-2015.

⁵ Como veremos más adelante en el trabajo, la norma que sirve de óbice para que los consumidores obtengan su reparación en el caso expuesto es el inciso quinto del artículo 50 de la Ley de protección de los derechos de los consumidores, que señala que las acciones de interés colectivo son aquellas que, entre otros requisitos, son promovidas por consumidores ligados por un vínculo contractual con el proveedor. Se puede observar una aplicación meramente literal de esta norma, en la sentencia rol 63.291-2021 de la Corte Suprema, que confirmó la sentencia de la Ilustre Corte de Apelaciones de Santiago, la cual a su vez había confirmado la sentencia de primera instancia que rechazaba la acción del Sernac, porque no logró acreditar la existencia de un vínculo contractual entre los consumidores afectados por las cláusulas abusivas de un contrato de seguros y el proveedor. En la sentencia de la Corte Suprema y de ambas instancias no se observa un razonamiento más allá de la literalidad de la ley, a pesar de los argumentos esgrimidos por el servicio y del desarrollo doctrinario que ha existido sobre el inciso quinto del artículo 50 de la LPDC, al que nos referiremos extensamente en el desarrollo de esta tesis.

⁶ Un relato similar respecto de la perplejidad que puede producir un impedimento legal para reparar a consumidores que sufrieron daño y que deberían ser reparados a la luz de la función compensatoria de la responsabilidad civil se puede encontrar en Leonard, G. K. 2022. pp. 315-317. En su caso el impedimento es la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos sobre el caso *Illinois Brick*, al que nos referiremos más adelante en este trabajo.

Como se puede ver, los desafíos a los que se enfrentan los consumidores al momento de buscar su indemnización con ocasión de ilícitos contra la competencia son muchos más que los mencionados. No es nuestro propósito realizar un listado exhaustivo de los desafíos en esta parte, sino que los iremos desarrollando a lo largo del trabajo. Todos estos desafíos pueden tener un desarrollo más profundo en trabajos específicamente destinados a resolverlos.

En consecuencia, este trabajo propone exponer los criterios que se deben utilizar a lo largo del procedimiento indemnizatorio y del juicio de atribución, para indemnizar adecuadamente a los consumidores, a la luz de la naturaleza del ilícito anticompetitivo y del principio pro-consumidor.⁷ Así, esperamos que esta tesis contribuya al debate jurídico sobre la reparación a los consumidores en el contexto de los ilícitos anticompetitivos, aportando para un enfoque más completo y satisfactorio que permita proteger los derechos de los consumidores afectados.

Para lograr tal cometido, en el capítulo I revisaremos las ramas del derecho que deben tenerse en consideración para determinar cómo se debe reparar a consumidores afectados por un ilícito anticompetitivo, a saber, el derecho del consumo y el derecho de libre competencia.

Respecto de la primera rama, explicaremos el origen histórico de este estatuto tutelar, y los motivos por los que se hace necesario contar con un régimen protector en el derecho privado. Cerraremos nuestra exposición sobre el derecho del consumo explicando sus reglas de aplicación, de las que se derivan conceptos relevantes que nos sirven para orientarnos en los capítulos siguientes, que tratarán sobre el procedimiento de indemnización de perjuicios y el juicio de imputación de responsabilidad civil a los infractores por estos daños.

A continuación, revisaremos resumidamente la forma en que se ha definido el derecho de la libre competencia, especialmente pondremos énfasis en aquellas definiciones que se refieren a los consumidores como parte del bien jurídico protegido o como sujetos que resultan protegidos como consecuencia de los fines de esta rama del derecho.

Luego nos detendremos para analizar qué es un ilícito anticompetitivo y la forma en que estos pueden dañar a los consumidores.

⁷ Artículo 2 ter.- Las normas contenidas en esta ley se interpretarán siempre en favor de los consumidores, de acuerdo con el principio pro consumidor, y, de manera complementaria, según las reglas contenidas en el párrafo 4° del Título Preliminar del Código Civil.

Acto seguido, revisaremos someramente las instituciones que intervienen en la determinación y resarcimiento de los ilícitos anticompetitivos que afectan a los consumidores, abordando primero los sistemas comparados estadounidense y de la Unión Europea, para contar con un marco de referencia que nos sirva para explicar la institucionalidad nacional.

Para cerrar el capítulo, veremos cómo ambas ramas del derecho se relacionan entre sí.

En el Capítulo II, atenderemos cómo se desarrolla el procedimiento por el cual los consumidores pueden buscar el resarcimiento de los daños que les irroge un ilícito anticompetitivo.

Expondremos cuál es el interés que es lesionado y que el ordenamiento jurídico busca proteger.

Después veremos por qué no es posible prescindir del proceso previo ante el TDLC para que se pueda buscar reparación para los consumidores afectados por estos ilícitos.

Por último, expondremos el procedimiento por el cual los consumidores pueden buscar este resarcimiento analizando el procedimiento desde el tribunal competente, prescripción, la fase de admisibilidad, discusión, conciliación, prueba, hasta la sentencia y sus efectos.

En el Capítulo III analizaremos el procedimiento de imputación de responsabilidad civil para que los consumidores puedan establecer la responsabilidad de los infractores del ilícito anticompetitivo y así obtener su debida reparación.

Así, nos referiremos al hecho que ocasiona el daño, en este caso, el ilícito contra la libre competencia y veremos si los consumidores al momento de demandar la indemnización deben o no probarlo.

El mismo ejercicio realizaremos con el factor de imputación.

Luego nos adentraremos en la causalidad resaltando la difícil situación en la que se encuentran los consumidores materiales, los consumidores que fueron expulsados del mercado por el sobreprecio anticompetitivo y aquellos afectados por el “efecto paraguas”.

Al final del capítulo, analizaremos el daño que sufren los consumidores por un ilícito contra la competencia. Primero indicaremos cómo este daño cumple con los requisitos para considerarse indemnizable. En segundo lugar, nos referiremos especialmente al

daño extrapatrimonial, y acto seguido, a los daños punitivos. Luego, indicaremos cómo se determina la extensión del daño. Cerraremos este acápite indicando cómo se repara el daño contra los consumidores por un ilícito anticompetitivo, profundizando en las especiales consideraciones y mecanismos que se dispone para resarcir de la manera más adecuada posible estos daños.

Para terminar, indicaremos las conclusiones a las que se puede llegar de las precisiones y desafíos presentados, con el objeto de contar con criterios que puedan llevar a la reparación óptima -o lo más cercana al óptimo- de los consumidores afectados por ilícitos competitivos.

CAPÍTULO I: Derecho del consumo y derecho de la libre competencia

1.1 Derecho del consumo

1.1.1 Estatuto tutelar en la historia del derecho privado

El derecho del consumo puede ser visto como un estatuto tutelar, es decir, que regula una relación asimétrica constatable entre dos partes para proteger a una de la otra. Este auxilio o protección que presta el ordenamiento jurídico tiene su origen en el principio *favor debilis*, el cual consiste en prerrogativas establecidas por el ordenamiento jurídico en favor de la parte más vulnerable.⁸

Las nociones vinculadas a la vulnerabilidad, que analizaremos en profundidad en la sección 1.1.2.1, no son nuevas en el derecho. En efecto, el principio *favor debilis*, tiene su origen en el principio *favor debitoris* del derecho romano. Este principio consistía en interpretar a favor del deudor la cláusula dudosa u oscura, tal interpretación se explica, porque el deudor debía responder con su libertad o, incluso su vida.⁹ Por ejemplo, existían instituciones como la *manus iniectio*, en la cual el deudor, arriesgaba su corporalidad, pudiendo ser esclavizado o asesinado por el acreedor si incumplía y fallaba en ofrecer un *vindex* o garante.¹⁰ En este contexto, la interpretación favorable al deudor era similar al principio *in dubio pro reo* del derecho penal, pues se garantizaba las obligaciones civiles con bienes jurídicos hoy indisponibles, como la corporalidad del deudor.¹¹

Con el avance del tiempo, se van desarrollando normas que mejoran la posición del deudor, por ejemplo, se desarrollaron normas que confirmaban la excepcionalidad de la obligación, prefiriendo la interpretación que deja a una persona liberada por sobre aquellas que implican el nacimiento o la vigencia de un vínculo jurídico.¹² También, durante el imperio romano se introducen modificaciones que mejoran la posición del deudor como la *lex poetelia papira* del año 441, que buscaba que las acciones del acreedor se dirigieran contra el patrimonio del deudor, y no contra su persona,¹³ entre otras.

⁸ Isler S., E. 2019a. p. 53.

⁹ *Ibidem*. p. 37.

¹⁰ Samper P., F. 2007. pp. 67 y 68.

¹¹ Isler. 2019a. p. 37.

¹² *Ibidem*, p. 38.

¹³ Sanguino S., J. M. 2003. p. 707.

Debemos prevenir que este desarrollo hacia una mayor protección del deudor no es lineal, así, a pesar de estas leyes pervivió la persecución en la persona del deudor.¹⁴

En desarrollos posteriores, ya con la influencia del cristianismo, se realizan otros avances hacia la protección del deudor,¹⁵ por ejemplo, el aforismo romano “entre lo mayor se debe lo menor” (*in maiore minus est*) fue elevado a un principio general durante la legislación justiniana.¹⁶

En seguida, este principio protector del deudor se extendió al derecho castellano, así el título quinto de la quinta partida de Las Partidas de Alfonso X, establecen una amplia regulación de protección a la parte más vulnerable,¹⁷ especialmente interesante era la regulación del contrato de compraventa en hipótesis de contratos de adhesión:

*“[L]as Partidas claman por la justicia del precio de compraventa: disponen un procedimiento para asegurarse la proporcionalidad del precio, en el que podían intervenir “hombres buenos” para establecerlo y se declara nulo el precio fijado solo por una de las partes”.*¹⁸

Como hemos podido observar, la protección de la debilidad es una preocupación constante en el desarrollo del derecho. Esta preocupación, que implica una “referencia a la realidad”,¹⁹ se vio aminorada por la comprensión *a priori*, o sin necesidad de la experiencia empírica, de la codificación ilustrada iniciada por la revolución francesa. Así, la ilustración propone el principio igualitario *a priori* de la igualdad ante la ley,²⁰ que rehúye de cualquier discriminación, incluso, en favor de la parte más débil de un contrato, puesto que concibe la libertad como fundamento de la organización política para lo cual es preciso que los individuos sean iguales en la libertad, que en palabras de Norberto Bobbio significa: “(...) que cada cual debe gozar de tanta libertad cuanto sea compatible con la libertad ajena y puede hacer todo aquello que no dañe la libertad de los demás”.²¹

De esta manera podemos apreciar que las ideas ilustradas desarrolladas a partir del siglo XVIII aspiraban a la libertad plena. Tal noción es especialmente clara en Kant para quien el derecho es la armonización del arbitrio de uno con el de todos, de manera que

¹⁴ *Ibidem*. pp. 709- 712.

¹⁵ Rodríguez O., J. 2008. p. 76.

¹⁶ *Ibidem*. pp. 76 y 77.

¹⁷ Rojo G., M. 2021. p. 47.

¹⁸ *Ibidem*. p. 48.

¹⁹ Ossola, F. A. e Hiruela, M. 2007. pp. 418 y 419.

²⁰ Bobbio, N. 2021. pp. 39-44.

²¹ *Ibidem*. p. 41.

la libertad de cada uno coexiste con el resto según una ley universal,²² por lo que cualquier forma de “benevolencia” del estado en favor de un grupo determinado necesariamente indicaría una noción de súbditos, cuales menores de edad carentes de libertad moral.²³ Estas ideas se plasmaron en la revolución francesa, particularmente en la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 y en el código civil francés, que servirá de referencia para la totalidad del mundo no anglosajón.²⁴

Así, en este proceso de codificación de las relaciones jurídicas de derecho privado, las normas que protegen a la parte más débil quedan relegadas a la excepción perviviendo algunas tales como la suspensión de la prescripción, el reconocimiento de bienes inembargables, la interpretación contra redactor de los contratos o el pago con beneficio de competencia.²⁵

1.1.2 Confrontación de los principios abstractos ilustrados del derecho privado con la realidad concreta

Prontamente la legislación codificada bajo los principios ilustrados se vio enfrentada a las desigualdades materiales que se constataban durante el proceso de la revolución industrial. En esta segunda revolución, se veía como en las grandes urbes se generaban crecientes niveles de pauperización de la población respecto de contextos pre-industriales, como nos ilustra el historiador Eric Hobsbawm: “*Las probabilidades de vivir de los niños nacidos en la década de 1840 eran dobles en los trabajadores rurales de Wiltshire y Rutland (...) que en los de Manchester o Liverpool*”.²⁶

Estas desigualdades, cuestionaban las ideas de igualdad y libertad del modo que las había desarrollado la ilustración, por lo que comienza a idearse la necesidad de una reivindicación del principio *favor debilis*.

Ahora pasaremos a desarrollar estos desafíos materiales distinguiendo entre la desigualdad de poder negociador, asimetrías informativas, costes de transacción y los avances de la economía del comportamiento respecto de la conducta de los consumidores, indicando finalmente su impacto en las normas de contratación.

²² Kant, I. 2008. pp. 38 y 39.

²³ Bobbio, N. 2021. pp. 23 y 24.

²⁴ Hobsbawm, E. 2009. pp. 181 y 182.

²⁵ Así, en la mayoría de los códigos se encuentran reglas como la interpretación contra redactor, o la interpretación contra el acreedor, tal es el caso, del artículo 1566 inciso 1° del código civil chileno, o el código civil francés que en su actual artículo 1162 establece que el contrato debe interpretarse contra el redactor y a favor del deudor. Lo mismo ocurre en otras legislaciones, como la española, en su artículo 1288.

²⁶ Hobsbawm, E. 2009. p. 212.

1.1.2.1 Desigualdad del poder negociador, asimetrías informativas y costes de transacción

La contradicción entre la igualdad y libertad formal, y la desigualdad material de las partes, alcanza su punto álgido con el desarrollo de la contratación masiva de la era industrial, la cual dio cuenta de la desigualdad de poder negociador entre los contratantes. Esta consiste en que una de las partes de la relación contractual está en condiciones de imponer todas o la mayoría de las cláusulas de un contrato, dando lugar a los contratos por adhesión, en los que la parte más débil sólo puede realizar pequeñas modificaciones, o bien simplemente aceptar o rechazar el contrato,²⁷ lo que implica una restricción importante de la libertad contractual, específicamente de la libertad de configuración interna del contrato, dado que ella refiere a que "(...) las partes pueden fijar las cláusulas o contenido del contrato como mejor les parezca".²⁸

Por otro lado, la contratación masiva conlleva la generación de asimetrías informativas entre las partes, las que se ocasionan porque una de ellas, el proveedor, maneja totalmente el proceso productivo del bien sobre el cual se transa. De esta forma, se puede definir a las asimetrías informativas como desigualdades respecto a la información disponible para las partes del mercado en el cual interactúan.²⁹ Así, el vendedor, al dedicarse de manera usual a la comercialización de un determinado bien o servicio, está en mejor posición para conocer cada detalle de lo vendido, como la calidad del bien o su real coste.

Esto puede conllevar al riesgo de selección adversa, en el que se hace más rentable vender bienes u ofrecer servicios de baja calidad, aprovechando la ignorancia del consumidor, lo que es especialmente posible con bienes cuyo real estado solo se va a conocer luego de la compraventa, por ejemplo, si un celular funciona de manera adecuada o no, solo es posible conocerlo mediante su uso cotidiano, lo que no podremos averiguar al minuto de la transacción.³⁰

También puede conllevar a segmentar el mercado dependiendo de los consumidores con mayor o menor conocimiento, lo que podría exigir aumentar el estándar protector, pues podría conllevar abusos en razón de determinadas características de distintos grupos de consumidores que puede perjudicar especialmente a los consumidores más

²⁷ López S., J. 1986. p. 107.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Fuentes H., F y Saavedra, E. 2012. p. 6.

³⁰ Fuentes y Saavedra. 2012. pp. 6-9.

vulnerables.³¹ Si bien se entiende que todo consumidor es, por definición, vulnerable frente al proveedor, existen consumidores que no sólo son más débiles que su contraparte por la desigualdad en asimetrías informativas o poder negociador, sino que cuentan con características adicionales que pueden profundizar la desigualdad entre las partes. A estos consumidores se les conoce como hipervulnerables.³²⁻³³ Conceptualmente, la vulnerabilidad se puede apreciar en una serie de situaciones, tales como: la edad, situación económica, poder de negociación, cultura, condiciones físicas o psíquicas;³⁴ o condiciones como: el sexo, la identidad de género, orientación sexual, el color de piel o la condición de migrante, entre otros. Las situaciones o condiciones mencionadas pueden ser tan amplias como las que ofrece la ley 20.609 que se conocen como categorías sospechosas. Sin perjuicio de lo indicado, el ordenamiento ha reconocido a diversos sujetos expresamente como consumidores especialmente vulnerables, así es el caso de niñas, niños y adolescentes, adultos mayores y consumidores financieros como consumidores vulnerables.³⁵ También se puede mencionar que consumidores relativamente nuevos, como el consumidor electrónico, que se desempeña en medios digitales, están en riesgo de un agravamiento de las asimetrías informativas, en caso de que el consumidor no tenga conocimientos para manejar adecuadamente los medios tecnológicos, o en el caso que sea más complejo para los proveedores implementar las medidas para proveer de información de manera adecuada.³⁶ La continua evolución de la tecnología, permite el desarrollo de nuevas formas de interacción entre los consumidores y proveedores, muchas de ellas aún no reguladas por su novedad.³⁷

³¹ Se ha estudiado por ejemplo cómo la vulnerabilidad de los consumidores ha influido en las decisiones de empresas financieras dedicadas a la bancarización vulnerable, como por ejemplo las repactaciones fraudulentas del sector del retail: Marambio T., A. 2011.

³² Una exposición que precisa el concepto de consumidor hipervulnerable y expone el especial deber de tutela que deben implementar los proveedores con estos consumidores puede encontrarse en: López D., P. 2022a.

³³ El Sernac reconoce la existencia de consumidores que requieren especial protección en razón de su vulnerabilidad en una circular interpretativa: resolución exenta 1038 de 31 de diciembre de 2021.

³⁴ Ossola e Hiruela. 2007. pp. 416 y 417.

³⁵ López D., P. 2022a, pp. 392 y ss.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Por ejemplo, se puede mencionar la actividad comercial que *influencers* desarrollan en redes sociales, quienes, al contar con un gran número de seguidores, pueden aprovechar la confianza depositada por éstos en ellos, para prestar servicios publicitarios para proveedores. Una aproximación de la actividad publicitaria de los *influencer* y las responsabilidades que deben asumir para con los consumidores, sus clientes y la manera en que puede concurrir su responsabilidad con los consumidores con la de sus clientes puede verse en: López, D., P. 2022b.

Asimismo, se debe hacer frente a los costos de transacción, que son aquellos en los que se debe incurrir a la hora de contratar, tales como los costos de búsqueda de un proveedor idóneo, los costos para negociar un contrato y verificar su cumplimiento, los costos de coordinación, que se refieren a la organización necesaria de insumos y procesos para obtener el producto o servicio prestado, y los costos de transporte. Dichos costes conllevan a que no siempre se contrate en condiciones ideales, padeciendo el contrato de vacíos que permiten el comportamiento oportunista del proveedor, lo que se ve naturalmente acentuado en el contexto de la contratación masiva por adhesión.³⁸

1.1.2.2 Comportamiento irracional como regla

Las limitaciones a la autonomía de la voluntad no solamente están determinadas por las circunstancias anteriormente descritas, que erosionan la autonomía de la voluntad, sino que, además, el conocimiento científicamente afianzado ha cuestionado la preponderancia de la razón en las decisiones contractuales.

En efecto, la economía del comportamiento y la psicología, han comprobado que las decisiones de un sujeto son, normalmente, influidas por impulsos intuitivos más que racionales. De esta forma, las decisiones realizadas por las personas, aún para la contratación de bienes y servicios, no se siguen necesariamente de un proceso enteramente racional, sino que en gran medida intuitivo.³⁹

El pensamiento intuitivo se distingue del racional, por cuanto éste es espontáneo y producido sin mayor esfuerzo, mientras que el pensamiento racional es deliberado, requiriendo de una ocupación especial.⁴⁰ Esto no solo se explica por el comportamiento psicológico, sino que incluso por la disposición biológica del cerebro, así durante la toma de decisiones se activan de igual manera zonas del cerebro responsables de las emociones como del pensamiento deliberado.⁴¹

A mayor abundamiento, la neurociencia ha comprobado empíricamente que las decisiones de compra de los consumidores siquiera dependen de la atención, por lo que, en realidad, la activación de zonas del cerebro vinculadas a la toma de decisiones

³⁸ Fuentes y Saavedra. 2012. pp. 9-12.

³⁹ Kahneman, D. 2003. p. 183.

⁴⁰ Kahneman, D. 2012.

⁴¹ Cohen, J. D. 2005. pp. 9 y 10.

actúan de forma inconsciente, independientemente de la importancia o irrelevancia que tenga un producto determinado para un consumidor.⁴²

Los descubrimientos descritos implicaron el nacimiento del “*neuromarketing*”, ciencia emergente que estudia, mediante distintas técnicas de detección de actividad cerebral, la posibilidad de influenciar las decisiones de los consumidores a través de mecanismos primitivos de recompensa vinculados a las emociones.⁴³

De esta manera, se puede definir la racionalidad limitada como un problema que afecta al consumidor, que consiste en el comportamiento alejado de la racionalidad económica, planteado como natural por axiomas de la teoría económica clásica.⁴⁴ Esto se ha plasmado en la práctica jurídica por ejemplo, se ha concluido que si un paquete de hamburguesas se presenta como de “carne Angus” no basta que en la información nutricional se aclare que tan solo es un 10% de carne Angus, sino que debe indicar claramente, en la tapa, que solo es Angus en una parte menor.⁴⁵ De esta manera, se entiende que la racionalidad limitada de los consumidores les hace susceptibles de engaño, aun cuando la información completa se encuentre en el propio envase, pero en “letra chica”, en este caso en la información nutricional.

Por estas razones, incluso se ha llegado a negar la existencia de los contratos de consumo por el profesor Waldo Sobrino quien señala que “(...) la actitud racional de los consumidores no es un principio general científicamente válido”⁴⁶ y por ende “(...) gran parte de nuestros fundamentos legales, en especial con relación a la actitud racional de las personas, se sustentan en una ficción legal, muy cercana al realismo mágico”,⁴⁷ por lo que el profesor Sobrino colige que no es posible concebir un “contrato de consumo” sino sería más preciso hablar de “vínculos de consumo”.⁴⁸

En conclusión, por la naturaleza humana, el pensamiento racional es excepcional y no la regla general. Esto desafía a las reglas civiles tradicionales en las relaciones de consumo, porque estas exigen que la conducta sea voluntaria para imputar responsabilidad a una persona, es decir, es necesario que “el sujeto haya tenido control sobre su conducta para que esta pueda serle atribuida”,⁴⁹ por contraste “[I]os actos que

⁴² Tusche, A., Bode, S. y Haynes, J. 2010. p. 8029.

⁴³ Morin, C. 2011. pp. 131-135.

⁴⁴ Fuentes y Saavedra. 2012. pp. 12-15.

⁴⁵ Segundo Juzgado de Policía Local de San Miguel, causa rol N° 7.088-1-2016, sentencia de fecha 29 de agosto de 2017. La denunciada se allanó a los hechos denunciados por Sernac.

⁴⁶ Sobrino, W. 2019.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Barros B., E. 2020. p. 77.

no están bajo el control de su voluntad son inimputables, de modo análogo a como ocurre con los actos de los incapaces”.⁵⁰ Es decir, la responsabilidad jurídica requiere que el agente cuente con la posibilidad de control de sus actos, teniendo la facultad ya sea de elegir entre distintas posibilidades o, al menos, de ejercer un control efectivo sobre la actividad que está realizando.⁵¹

1.1.2.3 Impacto en la regulación de estos desafíos materiales

El derecho buscó adaptarse a estas nuevas circunstancias fácticas en las que los contratos libremente discutidos pasan a ser una excepción, y se debilita el principio de autonomía de la voluntad.

Por un lado, diversos tratadistas formularon teorías que buscaron reformular el derecho privado y así adaptarlo a las dificultades fácticas que lo desafiaban. De esta manera nacen, por nombrar algunas, la teoría de la solidaridad del contrato o la doctrina del abuso del derecho.⁵²⁻⁵³

Por otro lado, se establecieron regulaciones tutelares como el derecho del consumo que dirigen las relaciones que están dentro de su ámbito de aplicación, que justamente se caracteriza por una morigeración de la autonomía de la voluntad de una de las partes. Por ejemplo, nuestra LPDC dispone, en su artículo 4° que existen normas indisponibles al momento de contratar, que forman parte del contenido de este, y de la relación de consumo en general, así este artículo es del siguiente tenor: “*Los derechos establecidos por la presente ley son irrenunciables anticipadamente por los consumidores*”.

Estos derechos indisponibles anticipadamente, están destinados a suplir la desigualdad de poder negociador entre las partes y subsanar las asimetrías de información.⁵⁴ Así, el legislador dispone normas que establecen obligaciones de seguridad en el consumo,⁵⁵ normas contra la discriminación de consumidores,⁵⁶ garantías⁵⁷ y regímenes especiales de responsabilidad para los proveedores,⁵⁸ entre otras.

⁵⁰ *Ídem*.

⁵¹ Pereira F., E. 2010. pp. 310 y 311.

⁵² Morgenstein S., W. 2015. pp. 69-111.

⁵³ Barros B., E. 2020. pp. 667-670

⁵⁴ Como los artículos 1° número 3 o 3° inciso 1° letra b) de la LPDC, que se refieren al deber y derecho de información veraz y oportuna en la relación de consumo, u otros artículos relativos a la integración de la publicidad al contrato, contratos de adhesión, publicidad engañosa, entre otros

⁵⁵ Por ejemplo, el artículo 3 letra d) de la LPDC sobre seguridad en el consumo al igual que el artículo 24, inciso 5° letra c), o normas respecto de la rotulación de productos.

⁵⁶ Por ejemplo, el artículo 3° letra c) de la LPDC

⁵⁷ Por ejemplo, los artículos 19 y siguientes de la LPDC.

⁵⁸ Por ejemplo, el artículo 23 de la LPDC.

Considerando estas limitaciones propias de la naturaleza humana, se requiere la intervención del Estado para tutelar la autonomía de la voluntad, el cual es trasfondo de todos los principios de la contratación⁵⁹ y fundamento de la responsabilidad. Esta intervención se plasma, en el caso del derecho privado, en estatutos protectores como el derecho del consumo.

1.1.3 Nacimiento del derecho del consumo

El origen de esta rama del derecho nace del discurso del presidente de Estados Unidos, John F. Kennedy, pronunciado ante el Congreso de Estados Unidos el 15 de marzo de 1962 en el cual destacó políticamente la importancia del consumidor.

En el discurso, inicia reconociendo a los consumidores como sujetos que engloban a todos los ciudadanos, así indica: “[c]onsumidores, por definición, somos todos. Son el grupo mayoritario de la economía, afectando y siendo afectados por la práctica de la totalidad de las decisiones económicas públicas y privadas (...)”.⁶⁰

Kennedy nota un aspecto que resulta esencial para este trabajo, todos los ciudadanos somos los consumidores y todos los consumidores son afectados por las decisiones económicas. Esto quiere decir, que, si un mercado pierde eficiencia, todos los consumidores, es decir la ciudadanía completa, resulta afectada,⁶¹ idea que será retomada en la sección 1.2.1.3.

A nivel internacional la protección del consumo fue impulsada por el Consejo Económico y Social de la ONU, que en 1977 solicitó al secretario general que preparara directrices comunes que pudieran servir de base para armonizar las dispares legislaciones domésticas.⁶² Así nacieron las “Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor” aprobadas en la Asamblea General mediante la Resolución 39/248, el 16 de abril de 1985, modificadas el año 1999 y 2015.⁶³

A nivel nacional, los primeros intentos por regular las relaciones de consumo se enfocan en el precio de los productos, de manera que el DL 520 de 1932 dio origen a la Comisaría

⁵⁹ López S., J. 1986. p. 165.

⁶⁰ Kennedy, J. F. 1962. Traducción libre de: “*Consumers, by definition, include us all. They are the largest economic group in the economy, affecting and affected by almost every public and private economic decision*”.

⁶¹ *Ibidem*. Cita indirecta obtenida del siguiente fragmento traducido libremente: “*If consumers are offered inferior products, if prices are exorbitant, if drugs are unsafe or worthless, if the consumer is unable to choose on an informed basis, then his dollar is wasted, his health and safety may be threatened, and the national interest suffers*”.

⁶² Piris, C. R. 2000. p. 3.

⁶³ UNCTAD. 2016.

de subsistencias y precios, reemplazada por el DFL 173 de 1953, que creó la Superintendencia de abastecimientos y precios, la que a su vez sería reemplazada por la Dirección de industria y comercio (Dirinco) en 1960 por el DFL 242. Posteriormente se publica el DFL 280 de 1974 que sanciona conductas abusivas contra los consumidores, siendo modificada por la ley 18.223.

Sin embargo, no fue hasta 1991 que ingresa un proyecto de ley (boletín 446-03) que intenta sistematizar y avanzar decisivamente hacia un enfoque pro-derechos del consumo. Luego de varios intentos legislativos, se logró redactar con éxito la LPDC, en el año 1997, inspirado en el compromiso que había adquirido el país al aprobar las “Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor”.⁶⁴

En su evolución hacia una mejor protección de los derechos de los consumidores y una regulación adecuada de las relaciones de consumo, la LPDC ha sufrido importantes modificaciones a lo largo de su historia, contabilizando 17 reformas desde la primera realizada en el año 1999 mediante la ley 19.659, hasta la última del año 2021 mediante la ley 21.398.

De esta manera hemos llegado a la redacción vigente de la LPDC, la cual establece el marco de protección del consumidor.

1.1.4 Ámbito de aplicación de la LPDC

En lo sucesivo, profundizaremos en la manera en la que la LPDC protege al consumidor, pues consideramos que es necesario conocer al ámbito de aplicación de la LPDC antes de que nos adentremos en una protección especial a los consumidores afectados por ilícitos anticompetitivos.

El derecho de consumo, tal como se ha ido perfilando en las secciones anteriores de este capítulo, responde a una necesidad de protección de una de las partes en una relación asimétrica. En razón de su naturaleza protectora se ha entendido que su aplicación se extiende a todos aquellos supuestos fácticos en los que se manifiesta la relación de consumo, con algunas excepciones.

⁶⁴ Así el primer informe de la Cámara de Diputados expresó que: “*Se debe tener presente el compromiso contraído por nuestro país con la Organización de las Naciones Unidas de concurrir con su firma al acuerdo adoptado por la Asamblea General en 1985, en la que se recomendó a los estados miembros promover políticas y legislaciones adecuadas para atender las necesidades de los consumidores, en especial aquellos de zonas rurales y de escasos recursos*”: Historia de la Ley N° 19.496. p. 19.

Esta debe ser extraída de las normas de la LPDC debido a un principio finalista o teleológico pro-consumidor, reconocido ampliamente en la jurisprudencia, por ejemplo, del Tribunal Constitucional lo retrata elocuentemente de la siguiente manera:

*“[E]l legislador, en este ámbito de regulación, se ha orientado por un predicamento tuitivo de los intereses de la parte más débil o desfavorecida de la relación jurídica, vale decir, el consumidor, lo que imprime a esta normativa un marcado sello tutelar o protector”.*⁶⁵

Seguidamente, la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia ha reproducido de manera conteste tal predicamento, por ejemplo, la Corte Suprema razonó recientemente que “(...) *la normativa establecida en la Ley N° 19.496 debe interpretarse de modo que su resultado contribuya a otorgar tal amparo al consumidor*”.⁶⁶

Actualmente, a partir de la dictación de la ley 21.398 este principio fue cristalizado por el legislador en el nuevo artículo 2° ter, estableciendo que siempre deberá primar la interpretación que favorezca en mayor medida al consumidor.

En consecuencia, este principio teleológico pro-consumidor debe permear la lectura de las normas que se refieren al ámbito de aplicación de la LPDC, el que se compone de una faz subjetiva, que pone atención a las partes de la relación, y de una faz objetiva, que pone atención en la actividad económica sobre la que recae la relación de consumo.⁶⁷

Esta composición de la relación de consumo se extrae de la redacción del inciso 1° del artículo 1° de la LPDC, que dispone: “*La presente ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable en estas materias.*”

Para estudiar el ámbito de aplicación de la ley, en primer lugar, nos referiremos al ámbito de aplicación subjetiva, primero al concepto de consumidor, y luego al concepto de proveedor. Finalmente, nos referiremos brevemente al ámbito de aplicación objetiva.

⁶⁵ Tribunal Constitucional, sentencia de 13 de mayo de 2008, causa rol N° 980-2007, considerando 9°.

⁶⁶ Corte Suprema, sentencia de fecha 14 de mayo de 2020, causa rol N° 25.068-2019, considerando 7°.

⁶⁷ Barrientos C., F. 2019. pp. 3-6.

1.1.4.1 Faz subjetiva: consumidor

Los consumidores están definidos legalmente en el numeral 1° del inciso 2° del artículo 1° como *“las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios”*.

Existen algunos aspectos relevantes a considerar acerca de esta definición.

En primer lugar, se ha suscitó una controversia discutida por la doctrina, que se cuestionaba si un consumidor que fuera persona jurídica podía tener fines de lucro, lo que por una parte era rechazado⁶⁸ y por otra aceptado, pues constataban una relación asimétrica entre algunas empresas.⁶⁹ A pesar que existen opiniones en contrario,⁷⁰ nosotros consideramos esta discusión zanjada por la entrada en vigencia de la ley 20.416 de 2010, que señaló expresamente la aplicación de diversas normas de la LPDC en casos en que las pequeñas y medianas empresas tuvieran un rol de consumidoras, mientras no fuesen proveedoras de terceros,⁷¹ estableciendo claramente que, en esos casos, *“el criterio relevante para determinar la aplicación de la LPC es la calidad de las partes”*⁷² de tal manera, no importa la finalidad u objeto del contrato,⁷³ lo que ha sido refrendado por la jurisprudencia.⁷⁴

En segundo lugar, es relevante referirse a la parte de la definición legal que señala la existencia de un acto jurídico oneroso como hecho en virtud del cual se define al consumidor. Si bien existe una posición doctrinal que entiende esta norma de manera restrictiva,⁷⁵ en razón de la literalidad de la definición, es necesario desechar esta visión a la luz del principio teleológico pro-consumidor que es imperativo para el intérprete. Esto, porque *“[d]ado que la gratuidad no es lo propio de la actividad empresarial (...) será de mucha importancia establecer claramente si nos encontramos frente a actos genuinamente gratuitos y no en situaciones en las cuales dicha gratuidad es más aparente que real”*⁷⁶ de ahí que *“[c]onstituirá una herramienta fundamental el principio*

⁶⁸ Sandoval L., R. 1997. p. 146; Jara A., R. 1999. p. 64.

⁶⁹ Vidal O., Á. 2000. p. 235; Momberg U., R. 2004. pp. 41-62.

⁷⁰ A juicio del profesor Reveco, aún continúa la indeterminación del rol de consumidora de las PYMES, de tal manera que la jurisprudencia se ha dividido entre un criterio objetivo (para acreditar la calidad de PYME, basado actualmente en los ingresos anuales) o por un criterio subjetivo (basado en la calidad de destinatario final del bien o servicio), en profundidad se puede ver: Reveco S., E. 2020. p. 290.

⁷¹ Momberg U., R. 2013a. p. 12.

⁷² *Ibidem*. p. 15.

⁷³ Momberg U., R. 2015. p. 281.

⁷⁴ Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de fecha 21 de diciembre de 2016, rol 174-2016, considerando 2°.

⁷⁵ Sandoval. L., R. 1997. p. 145.

⁷⁶ Jara A., R. 1999. p. 58.

general de la accesoriedad, esto es, que frente a un acto principal oneroso, uno accesorio gratuito puede perfectamente perder su carácter de tal y por lo tanto seguir la calificación del principal”,⁷⁷ lo cual ha sido refrendado por la doctrina.⁷⁸ Además, existen supuestos en los que la LPDC protege al consumidor no existiendo un acto jurídico, por ejemplo, en el caso del artículo 13 de la LPDC que prohíbe la negativa injustificada de venta, lo cual guarda relación con el derecho de los consumidores a no ser discriminados arbitrariamente contenido en el artículo 3º letra c) de la LPDC, sobre los que volveremos más adelante en las secciones 3.3 y 3.4.2.

Es menester aclarar que el requisito de acto jurídico no se refiere a la necesidad de un vínculo contractual para considerar como tal a un consumidor, pues una aplicación así de restrictiva sería contraria al principio pro-consumidor,⁷⁹ al excluir a consumidores materiales,⁸⁰ es decir aquellos que no adquiriendo un producto sino que lo utilizan o disfrutan,⁸¹ por ejemplo, las personas que consumen alimentos comprados por un integrante de su familia son igualmente consumidoras por estar utilizando esos bienes para su fin natural. Se puede agregar que sería incoherente con un amplio espectro de disposiciones legales de la LPDC que no precisan de un vínculo contractual para ser aplicables.⁸² Con todo, este requisito será nuevamente analizado en la sección 1.1.4.2, en virtud de la necesidad de la existencia de un cobro o tarifa como elemento distintivo del proveedor.

Sin embargo, la doctrina también ha establecido límites al concepto de consumidor, indicando que la adquisición, utilización o disfrute deben enmarcarse en el ámbito personal, doméstico o familiar, y que los bienes o servicios no reingresen al mercado,⁸³ por tanto, lo determinante en cuanto a este requisito es el destino de los bienes o servicios adquiridos.⁸⁴

En tercer lugar, para cerrar el análisis de la definición de consumidor, corresponde mencionar otra tipología de consumidor que, sin estar expresamente regulada en su definición legal, ha sido construida doctrinariamente, que es el consumidor abstracto o

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*; Pinochet O., R. 2011. p. 354; Momberg U., R. 2013b. p. 20.

⁷⁹ Momberg U., R. 2013a. p. 8.

⁸⁰ El consumidor material, que se contrapone al consumidor jurídico por cuanto el primero utiliza o disfruta del producto o servicio, mientras que el segundo precisa de un vínculo contractual, esto es quien adquiere, esto se indica en: Jara A., R. 1999. p. 61.

⁸¹ López D., P. 2018. p. 102.

⁸² *Ibidem*. p. 97; Isler S., E. 2017. p. 52.; Isler S., E. 2019c. pp. 335-382; Mendoza A, P. 2019. pp. 69-72; González C., F. 2019. p. 112.

⁸³ Jara A., R. 1999. p. 54.

⁸⁴ Momberg U., R. 2004.

potencial. Este concepto propone que todas las personas son potencialmente consumidores, atribuyéndose tal característica independientemente de la existencia de un vínculo concreto con un proveedor, se trata de aplicar los derechos del consumidor al ciudadano.⁸⁵ De esta manera, los derechos básicos de los consumidores expanden su titularidad hacia personas que no han contratado con el proveedor.⁸⁶ Por ejemplo, toda persona que ingresa a las dependencias de un proveedor cuenta con el derecho de seguridad en el consumo, realice o no un acto jurídico que lo vincule con el proveedor.⁸⁷ Así, para el consumidor potencial, lo que regula a la relación de consumo sería un hecho de consumo, que se puede definir a partir de la distinción entre actos y hechos jurídicos,⁸⁸ este último consiste en un “(...) *estado o situación al que la ley regula y asigna efectos jurídicos* (...)”.⁸⁹

De lo anterior es posible entender que la titularidad de los derechos básicos de los consumidores es amplia, así los deberes seguridad, no discriminación, información y otros, favorecen tanto a las personas que han celebrado un acto de consumo con el proveedor, como quienes tienen la potencialidad de celebrarlos.⁹⁰

En conclusión, el concepto de consumidor es un concepto amplio, que engloba incluso a algunas personas jurídicas con fines de lucro, y que no requiere necesariamente de la celebración de un acto jurídico oneroso, sino que basta su calidad de consumidor potencial para que se aplique el estatuto protector de la LPDC. Lo precisado en esta sección es relevante por cuanto, como veremos más adelante, en las secciones 3.3 y 3.4, una vez ocurrida una infracción contra la libre competencia, deberá analizarse su efecto sobre los consumidores, considerando a las personas jurídicas que pueden revestir tal calidad, a los consumidores materiales y a los potenciales.

1.1.4.2 Faz subjetiva: proveedor

Analizado el concepto de consumidor de nuestra LPDC, corresponde analizar el otro sujeto de la relación: el proveedor.

⁸⁵ Jara A., R. p. 62; Isler S., E. 2014. p. 157.

⁸⁶ Isler S., E. 2017. p. 58; Isler S., E. 2013. pp. 40-43; Isler. 2019c. pp. 351 y 352.

⁸⁷ López D., P. 2018. p. 97.

⁸⁸ Sobre la definición de hechos jurídicos y, especialmente actos humanos: Vial D., V. 2003. pp. 12-26.

⁸⁹ Fuenzalida R., E. A. 2018. p. 130.

⁹⁰ *Ibidem*. p. 136; de manera similar, González C., F. 2019. p. 109: “(...) *“el ámbito de protección de los derechos del consumidor no opera solamente en un plano contractual, o bajo la vinculación de un acto jurídico oneroso, entre un proveedor determinado y un consumidor determinado, sino que la relación más bien se determina por una secuencia de actos que permiten presumir que una persona, aunque no haya comprado un bien, ha ejecutado actos tendientes a la compra o a la prestación del servicio que se dispuso adquirir”*.”

La ley nos entrega una definición de proveedor en el numeral 2° del artículo 1° como: “*las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las que se cobre precio o tarifa*”, añadiendo que, “[n]o se considerará proveedores a las personas que posean un título profesional y ejerzan su actividad en forma independiente”.

De esta definición debemos detenernos en algunos elementos.

En primer lugar, respecto de la consideración de persona del proveedor, corresponde realizar tres precisiones. Primero, la jurisprudencia ha considerado a las sociedades de hecho como proveedores.⁹¹ Segundo, atendiendo la definición de proveedor como persona jurídica, corresponde hacer la prevención que las pequeñas y medianas empresas cuentan con un régimen de responsabilidad privilegiado en materia de consumo.⁹² Tercero, existen voces en la doctrina que han dicho que los profesionales liberales pueden ser considerados como proveedores, al contrario de lo que indica la LPDC, si se cumple que estos profesionales ejercen su actividad con *forma de empresa*.⁹³

En segundo lugar, respecto del criterio de habitualidad al que se refiere la definición, se ha relacionado con la noción de comerciante, lo que se puede explicar por la historia del artículo 2° de la LPDC, que al regular la faz objetiva, en un inicio restringía la aplicación de la LPDC a la existencia de un acto mixto, por lo que se tendía a identificar la noción de comerciante y proveedor,⁹⁴ lo que no estuvo exento de críticas porque el proveedor contempla casos que excluyen al comerciante, como personas jurídicas de derecho público o sin fines de lucro⁹⁵, como las universidades.⁹⁶ Con todo, la relevancia de este elemento ha sido cuestionada, según el profesor Rodrigo Momberg,⁹⁷ quien analizó los alcances de la reforma introducida por la ley 19.955, que eliminó la palabra “solo” que

⁹¹ Momberg U., R. 2013b. p. 18.

⁹² De esta manera, el artículo 24 establece plazos menores para la atenuante y agravante de responsabilidad por reincidencia; por otro lado, el párrafo 7° de la letra a) del inciso 2° del artículo 58 señala la atribución especial del Sernac de otorgar un plazo de 10 días hábiles para el cumplimiento de alguna disposición de la LPDC, concurriendo otros requisitos, en lugar de denunciar la infracción como indica el artículo 58 g) de la LPDC; por último, otra norma particular que atiende a la calidad del proveedor como PYME y que es especialmente pertinente para el presente ensayo es la contenida en el inciso 4° del artículo 24 A que reduce el monto de la sanción infraccional en caso de daño al interés difuso o colectivo de los consumidores.

⁹³ Momberg U., R. 2013b. pp. 21 y 22.

⁹⁴ Vidal O., Á. 2000. p. 234.

⁹⁵ Momberg U., R. 2013b. p. 18.

⁹⁶ *Ibidem*. p. 21.

⁹⁷ Momberg. 2004. Criterio reiterado en: Momberg U., R. 2013d. pp. 67 y 68.

antecedía tal listado, lo que a su juicio, cambió la naturaleza taxativa de la lista de actos del artículo 2° de la LPDC, entre ellos el acto mixto, por una enunciativa, como será reiterado en la sección 1.1.4.3.

También se ha relacionado con la idea de agente profesional, pues la “habitualidad” permite presumir un conocimiento calificado de la actividad, superior al hombre medio.⁹⁸ Por lo tanto, el estándar de diligencia que debe cumplir es más elevado a la regla general. Este estándar se concreta en el reconocimiento del deber de profesionalidad contenido en el inciso 1° del artículo 23 de la LPDC, lo cual se ha relacionado con la buena fe que es exigible en el ámbito empresarial del proveedor.⁹⁹

En tercer lugar, debemos referirnos a las actividades mencionadas en la definición, que son las de “producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización”. De esta redacción, debemos entender que la LPDC abarca las diversas fases de la actividad del mercado en su conjunto, desde que el producto es manufacturado o importado hasta que es vendido al consumidor. Así, “(...) la LDPC va más allá de la bilateralidad de los contratos, con lo que ya se vislumbra una diferencia con el derecho común respecto de una relación contractual típica (...)”.¹⁰⁰

Una tesis contraria ha sido alegada por los proveedores infractores de la libre competencia, específicamente en el juicio indemnizatorio seguido contra las productoras de carne de pollo, condenadas por colusión. Éstas, como productoras no vendían directamente a los consumidores, sino que a supermercados que contratan con éstos.¹⁰¹ No obstante no contar con un pronunciamiento judicial al respecto, pues la causa terminó por avenimiento, podemos indicar que parte de la doctrina ha señalado que dicha interpretación, conduce al vaciamiento de contenido de la propia descripción de las actividades empresariales que realiza el artículo 1° N° 2, lo que abiertamente contraría los cánones interpretativos de los artículos 19 y siguientes del código civil.¹⁰²

Al respecto, es posible una reinterpretación del texto legal en cuanto a la exigencia de precio o tarifa para definir “proveedor”, y de un acto jurídico oneroso, para definir “consumidor”. Estas, significan únicamente que es necesario un vínculo jurídico con el consumidor “(...) *en la respectiva cadena de intercambios*”.¹⁰³ Es decir, estos requisitos atienden a la vinculación económica de los actos en la cadena de consumo, lo que ha

⁹⁸ Momberg U., R. 2013b. p. 19.

⁹⁹ Gatica R., M. P. y Morales O., M. E. 2022. p. 29.

¹⁰⁰ Fuenzalida R., E. A. 2018. p. 135.

¹⁰¹ Hernández P., G. y Tapia R., M. 2019. pp. 116 y 117.

¹⁰² *Ibidem*. pp. 117 y 118.

¹⁰³ Gatica R., M. P. y Hernández P., G. 2019. p. 24.

sido explicado por la doctrina, al referir que “(...) *todos los intervinientes en la cadena de consumo están ligados a través de una serie de actos que, pese a ser jurídicamente autónomos entre sí, están económicamente vinculados*”.¹⁰⁴ En consecuencia, el requisito de “vínculo contractual” al momento de definir el interés colectivo simplemente se refiere a que dentro de la cadena de intercambios es necesario que exista un vínculo contractual sea directo o un “(...) *vínculo contractual mediatizado* (...),¹⁰⁵ lo que permitiría otorgar protección al consumidor indirecto determinado o determinable.

En cuarto lugar, llama la atención que la definición indique el cobro de un precio o tarifa como parte de la definición de proveedor, pues esta idea hace referencia un vínculo contractual oneroso. Reiterando las críticas que se realizaron contra la necesidad de un acto jurídico oneroso o un vínculo contractual para la aplicación de la LPDC, en la sección 1.1.4.2, señalamos derechamente que una interpretación restrictiva de estas exigencias debe ser excluida, por no estar conteste con el desarrollo del derecho del consumo y de la propia LPDC.¹⁰⁶

En quinto lugar, debemos mencionar que existe un tipo de a proveedor no regulado en el numeral 2º del artículo primero de la LPDC, sino que en el artículo 43 de la LPDC, que es “*El proveedor que actúe como intermediario en la prestación de un servicio (..)*”.

Este artículo esboza una relación tripartita entre consumidor, un proveedor intermediario y el proveedor que efectivamente ejecuta lo contratado.¹⁰⁷ Ejemplos de este tipo de proveedores los podemos encontrar en las aplicaciones o plataformas que sirven como tiendas virtuales, en cuyos casos el pago del consumidor se verifica mediante el traspaso de datos personales.¹⁰⁸

Este tipo de empresas podrían abrir un nuevo desafío en el caso que exista una conducta concertada entre plataformas digitales o incurran en alguna otra infracción a la libre competencia. Pero se trata de un tema cuyo tratamiento excede las posibilidades de este trabajo.

En conclusión, el proveedor puede ser una persona natural, jurídica o sociedad de hecho, que no se limita a aquellas personas que interactúan directamente con el

¹⁰⁴ *Ibidem*. p. 29.

¹⁰⁵ *Ibidem*. pp. 14 y 15.

¹⁰⁶ Isler S., E. 2017. p. 52.

¹⁰⁷ Córdova Y., D. 2016. p. 40.

¹⁰⁸ Resolución Exenta N° 175. 2022. pp. 4 y 5. En el mismo sentido: Sepúlveda M., I. 2022. p. 26.

consumidor, sino que está presente en toda la cadena productiva, mediante la idea del vínculo jurídico mediatizado.

1.1.4.3 Faz objetiva

Respecto de la faz objetiva, esta se encuentra contenida en los artículos 2° y 2° bis de la LPDC.

El artículo 2° establece una serie de literales de actos que están sujetos a la LPDC. La doctrina mayoritaria entiende que este artículo establece una lista enunciativa de actos respecto de los cuales concurre una relación de consumo. Esta posición se funda en la evolución de la LPDC, puesto que antes de la ley N° 19.955 el listado comenzaba con la palabra “solo” lo que al ser eliminado cambió su naturaleza de taxativo a enunciativo.¹⁰⁹

La relevancia de este artículo radica en que si nos encontramos ante cualquiera de los contratos enunciados en los literales a) al f) no es necesario que el demandante demuestre la concurrencia de los requisitos de consumidor y proveedor, pues se presume la aplicación de la LPDC a los actos enumerados.¹¹⁰ No obstante, en este trabajo no nos referiremos a las problemas en particular que suscita cada uno de estos literales, pues nuestra pretensión al estudiar el ámbito de aplicación de la LPDC se limita a analizar las indemnizaciones debidas a consumidores en razón de ilícitos contra la competencia, supuesto que no es abordado por estos literales y con los que guarda poca relación, por lo que su estudio excede a este trabajo.

Distinto es el artículo siguiente 2° bis, que indica la aplicación general de la LPDC a sus tres literales,¹¹¹ los que constituyen una excepción a la regla que la LPDC no aplica en las materias reguladas por leyes especiales.

¹⁰⁹ Momberg, 2004.

¹¹⁰ Un análisis exhaustivo de las consideraciones doctrinarias que se han realizado a estos literales se puede encontrar en: Momberg U., R. 2013d. pp. 66-76.

¹¹¹ Así el enunciado del artículo 2 bis dispone que: “No obstante lo prescrito en el artículo anterior, las normas de esta ley no serán aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución y comercialización de bienes o de prestación de servicios reguladas por leyes especiales, salvo: a) En las materias que estas últimas no prevean; b) En lo relativo al procedimiento en las causas en que esté comprometido el interés colectivo o difuso de los consumidores o usuarios, y el derecho a solicitar indemnización mediante dicho procedimiento, y c) En lo relativo al derecho del consumidor o usuario para recurrir en forma individual, conforme al procedimiento que esta ley establece, ante el tribunal correspondiente, a fin de ser indemnizado de todo perjuicio originado en el incumplimiento de una obligación contraída por los proveedores, siempre que no existan procedimientos indemnizatorios en dichas leyes especiales.”

Respecto del literal a), aplica la LPDC a las materias que las leyes especiales no prevean. Este literal proviene de la antigua redacción del artículo 2° inciso final de la LPDC. Por tal razón tempranamente la doctrina indicó que “(...) la ley sobre derechos del consumidor tiene el carácter de *ley especial* en relación con las normas generales, pero al mismo tiempo es *ley general* respecto de normativas específicas (...)”.¹¹² Por ejemplo, pese a no regir sobre legislaciones especiales sobre la actividad financiera, sí regula aquellos aspectos de la actividad de estos proveedores que no se reglamentan en la ley especial, como la publicidad.¹¹³

De esta forma, lo interesante de esta norma es que permite afirmar que la LPDC es de carácter general en materias de consumo, en consecuencia, “(...) frente a un vacío en la ley especial, el intérprete debiese acudir a la LPC y, únicamente, si no se encuentra una solución en ella, continuar hacia el Código Civil”.¹¹⁴ De esta manera, la LPDC se ha transformado en una ley general, puesto que “(...) la excepción es que no resulte aplicable el estatuto de protección del consumidor (...)”,¹¹⁵ permitiendo que en procedimientos de consumidor se ventilen aspectos de las diferentes normativas especiales.¹¹⁶

Sobre el literal b) del artículo 2 bis, señala que, independientemente de la concurrencia de la ley especial, se puede escoger el procedimiento de la LPDC para la protección de intereses colectivos o difusos,¹¹⁷ incluso se ha indicado que podría aplicarse dicho procedimiento sobre legislaciones especiales que contemplan acciones de clase.¹¹⁸

Este artículo es de especial importancia, pues guarda coherencia con el artículo 30 del DL 211, y con el inciso 2° del artículo 51 de la LPDC, conforme a los cuales es aplicable el procedimiento de protección al interés colectivo o difuso de los consumidores en casos en que estos intereses se vean afectados por un ilícito contra la libre competencia, por lo que es indudable cuál es el procedimiento que se debe seguir para buscar la indemnización de los consumidores víctimas de estos ilícitos.

Por último, el literal c) establece el derecho a perseguir indemnización por parte del consumidor a título individual, si ha sido afectado y la ley especial no regula un proceso especial para tal efecto. La doctrina ha indicado que este literal responde al derecho de

¹¹² Sandoval L., R. 1997. p. 148. En el mismo sentido: Momberg U., R. 2013c. p. 78.

¹¹³ *Idem*.

¹¹⁴ De la Maza G., I. A. y Cortez L., H. F. 2021. p. 123.

¹¹⁵ Pinochet O., R. 2011. pp. 347 y 348.

¹¹⁶ Momberg U., R. 2019. p. 42

¹¹⁷ Pinochet O., R. 2011. p. 349.

¹¹⁸ Momberg U., R. 2013c. p. 80.

reparación integral del daño establecido en la letra e) del artículo 3 de la LPDC y que cumple para el interés individual de los consumidores, al permitirles perseguir reparación, una función análoga al del literal b) respecto de los intereses colectivos o difusos.¹¹⁹

A modo de conclusión, resulta interesante el aporte de los literales a) y c) del artículo 2° bis, que indican, respectivamente, que la LPDC es de aplicación general a las materias de consumo y que todo consumidor individual tiene derecho a ampararse en el procedimiento indemnizatorio individual de la LPDC. Pero en lo que importa a nuestro trabajo, resaltamos la coherencia que guarda la letra b) del artículo 2° bis de la LPDC, conforme al cual cuando se reclame respecto de lesiones al interés colectivo o difuso de los consumidores puede seguirse el procedimiento especial establecido en la LPDC, con los artículos 51 de la LPDC y 30 del DL 211, que de su lectura conjunta, establecen el procedimiento aplicable en casos que el interés colectivo o difuso de los consumidores se vea lesionado por un ilícito contra la libre competencia.

1.2 Derecho de libre competencia en relación al derecho del consumo

En este apartado, en primer lugar, intentaremos definir el concepto de libre competencia y delimitar qué se entiende por ilícito anticompetitivo. En segundo lugar, revisaremos los sistemas institucionales estadounidense, de la Unión Europea y nacional para determinar qué funciones se espera que cumpla nuestro sistema de reparación a los afectados por un ilícito anticompetitivo, y, por último, exploraremos la relación entre el derecho de la libre competencia y el derecho del consumo.

1.2.1 Concepto de derecho de la libre competencia

1.2.1.1 Definición de libre competencia

El derecho de la libre competencia, consagrado en nuestro país en el DL 211, busca la defensa y promoción de la competencia en los mercados, para así asegurar su buen funcionamiento. En efecto, de acuerdo con la historia de la ley 19.911 que reformó el DL 211 y creó el TDLC en el año 2003, “(...) *la defensa de la libre competencia no resulta ser un fin en sí misma, sino un medio para preservar el derecho a participar en los mercados, promover la eficiencia y por esa vía el bienestar de los consumidores*”.¹²⁰

Si bien a nivel normativo no existe una definición precisa del concepto de libre competencia, éste se ha ido construyendo por la doctrina y jurisprudencia,

¹¹⁹ *Ibidem*. p. 82.

¹²⁰ Historia de la Ley N° 19.911. p. 6.

especialmente a partir de las sentencias dictadas por el TDLC y la tercera sala de la Corte Suprema.

Así, la Corte Suprema en su sentencia en que confirma la condena a las farmacias Salcobrand, Ahumada y Cruz Verde por infracción al inciso 2° letra a) del artículo 3° del DL 211 (infracción que se conoce popularmente como colusión), define la libre competencia en atención a su fin:

*“En efecto, según ya nos señalara Joaquín Garrigues, ‘libre competencia en sentido jurídico, significa igualdad jurídica de los competidores’ (la defensa de la competencia mercantil, página 142, Temas de Derecho Vivo), es decir, significa competencia justa. Esa igualdad jurídica, esa posibilidad de competir en igualdad de condiciones y sin restricciones que provengan de abusos de posición dominante o de prácticas de competencia desleal es lo que pretende proteger el derecho de la competencia en sus dos vertientes, el derecho de la libre competencia y de la competencia desleal”.*¹²¹

También se ha intentado definir el derecho de la libre competencia en atención a su bien jurídico protegido, el que se ha construido por la jurisprudencia, pero no de manera unívoca.¹²² Así, entre muchos bienes jurídicos protegidos, destacamos el bienestar de los consumidores, que ha sido reconocido por el TDLC directamente en el análisis de prácticas anticompetitivas, tales como: abuso de posición dominante, acuerdos o prácticas concertadas, prácticas predatorias, interlocking, operaciones de concentración, entre otras.

A saber, respecto de operaciones de concentración, al analizar en 2018 un recurso de revisión interpuesto por Ideal S.A. en contra de la resolución de la Fiscalía Nacional Económica que rechazó la adquisición de Alimentos Nutrabien S.A. por parte de esta compañía, el tribunal manifestó que las eficiencias de una operación deben contrapesar los riesgos que la misma genera a los consumidores:

¹²¹ Corte Suprema, sentencia de fecha 7 de septiembre de 2012, causa rol N° 2.578-2012, considerando 84°.

¹²² Así, el profesor Domingo Valdés ha intentado repasar diversos usos del término libre competencia, por ejemplo, la eficiente asignación de recursos, con la garantía constitucional del artículo 19 N°23 de la carta magna que consagra el Derecho a desarrollar cualquier actividad económica, con la autonomía privada, etc. Revisar en profundidad en Valdés P., D. 2009. pp. 98-207.

“Octogésimo segundo: Que, asimismo, otra característica que deben tener las eficiencias para que puedan contrapesar los riesgos que puede generar una operación de concentración, es su traspaso a los consumidores. (...)”

*Centésimo trigésimo tercero: Que finalmente, Ideal se compromete a limitar sus actividades publicitarias y a expandir la distribución de los productos Nutrabien en un 20% luego de materializada la Operación, lo que supondría una eficiencia dinámica adicional, que beneficia directamente a los consumidores y contribuye a contrarrestar los riesgos asociados a la Operación”.*¹²³

Enseguida, respecto de abusos de posición dominante, cuando en 2021 el tribunal resolvió favorablemente una demanda interpuesta en contra de Correos de Chile por abuso de posición dominante, mencionó que el bienestar de los consumidores, junto con el proceso competitivo, sí forman parte de los bienes jurídicos tutelados por el derecho de libre competencia:

*“Centésimo cuadragésimo tercero: Que, en específico, ello supone que la competencia de este Tribunal se circunscribe a aquellos actos de competencia desleal solo en cuanto estos tengan al menos la aptitud de producir efectos anticompetitivos y exista una relación de causalidad entre el acto imputado y la posición dominante del demandado o su razonable expectativa de adquirirla. En otras palabras, solo pueden juzgarse aquellas actuaciones que pueden vulnerar el bien jurídico tutelado en esta sede, vale decir, el proceso competitivo y, en último término, el bienestar de los consumidores”.*¹²⁴

Por su parte, la Corte Suprema también ha ratificado lo señalado por el tribunal, tanto en casos de abusos unilaterales como coordinados. Respecto de estos últimos, al referirse a los elementos normativos que componen la norma que sanciona la conducta de colusión, la Corte ha indicado que:

“Para comprender la interrelación de los elementos normativos y subjetivos del tipo de colusión, es necesaria la consideración del bien jurídico tutelado por la ley, constituido por las políticas que el Estado ha definido para el mercado, que en el caso de nuestro país son las relativas a la libre competencia, por medio de

¹²³ Tribunal de Defensa la Libre Competencia, sentencia 166/2018 de fecha 27 de noviembre de 2018, causa rol N° RRE-1-2018.

¹²⁴ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia 178/2021 de fecha 15 de noviembre de 2021, causa rol N° C-359-2018.

*las cuales se pretende, en definitiva, el logro del mayor bienestar posible del consumidor y de todas las personas”.*¹²⁵

Sin perjuicio de lo anterior, como ya adelantamos, el bienestar de los consumidores no constituye el único bien jurídico protegido. Es de esperar que existan casos en que la justificación de la norma o la resolución del conflicto busque resguardar otros bienes más generales, sin perjuicio que estos bienes jurídicos pueden derivar en el bienestar de los consumidores. Así, por ejemplo, lo ha señalado el mismo TDLC en varias de sus sentencias o resoluciones, y lo ha refrendado la Corte Suprema, en el siguiente sentido:

*“En esta dirección el derecho a la competencia, según lo indica la doctrina más consolidada, garantiza el orden público económico en el sector donde opera y se aplica la economía de mercado y comprende la tutela de los intereses envueltos, entre los que cabe mencionar el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado dirigido a conservar un mercado altamente competitivo”.*¹²⁶

1.2.1.2 Definición de ilícitos anticompetitivos

Hecha esta introducción, cabe consignar que en todo análisis particular de libre competencia existen tres elementos que deben observarse y que le son propios: (i) el mercado relevante; (ii) las barreras de entrada; y, (iii) el poder de mercado o posición dominante.¹²⁷

(i) El concepto de mercado relevante es primordial pues permite delimitar la interacción que se produce entre una oferta y una demanda específica. El profesor Valdés lo define como *“el bien económico -sea producto o servicio- y el lugar específico que la demanda y la oferta interactivas respecto de dicho bien ocupan”*.¹²⁸ Este concepto se va construyendo a partir de una serie de elementos que permiten determinar si dos agentes económicos son competidores, existen bienes sustitutos, entre otros. Normalmente, un enfoque tradicional implica hablar de un mercado relevante del producto -el bien o servicio comercializado-

¹²⁵ Corte Suprema, sentencia de fecha 7 de septiembre de 2012, causa rol N° 2.578-2012, considerando 84°.

¹²⁶ Corte Suprema, sentencia de fecha 06 de enero de 2020, causa rol 1.531-2018, considerando 10°.

¹²⁷ Para los efectos de este trabajo, utilizaremos indistintamente los conceptos de “posición dominante” y “poder de mercado”, sin perjuicio de que entre ambos existen matices cuyo desarrollo excede el ámbito de este trabajo. Véase: Valdés P., D. 2009.

¹²⁸ *Ibidem*. p. 350.

y un mercado relevante geográfico -la zona en la cual se presta dicho bien o servicio-.¹²⁹

(ii) Las barreras a la entrada son las condiciones de entrada que existen en un mercado previamente definido y que aumentan los costos de ingreso para aquellos nuevos competidores. Dicho de otra manera, se tratan de aquellas barreras que los incumbentes o nuevos competidores no debieron soportar.¹³⁰

(iii) El poder de mercado o posición dominante puede definirse como “*la capacidad de reducir la producción o la capacidad, aumentar los precios, reducir la calidad de los productos, limitar las posibilidades de elección de los clientes y/o suprimir la innovación sin temor a una respuesta competitiva perjudicial por parte de otras empresas*”.¹³¹ Esto quiere decir que el agente económico que tenga poder de mercado puede ejercer una influencia significativa en el mercado relevante, por ejemplo, desviando una cantidad importante de la demanda hacia sí mismo.

Luego de revisado estos elementos, cabe constatar que el poder de mercado no es un ilícito *per se*, sino que es el ejercicio abusivo de este poder el que es sancionado por el derecho de competencia.

Así, los tipos sancionables por el sistema de libre competencia se regulan en el DL 211 de la siguiente manera, en el inciso primero de su artículo 3°, se contiene una norma general y abierta de ilícito anticompetitivo: “[e]l que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos”. Luego, en el segundo inciso de este artículo, se contiene un listado no taxativo de tipos infraccionales, a saber, los acuerdos o prácticas concertadas en su letra a) -entre los que se incluye aquellas infracciones *per se* o carteles duros-; abusos de posición dominante exclusorios en su letra b); prácticas predatorias y de competencia desleal en su letra c); y, el tipo conocido como *interlocking* en su letra d).

¹²⁹ Comisión Europea. 1997: “El mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquellas”. Comisión Europea. 1997. párrafo 8.

¹³⁰ Fiscalía Nacional Económica. 2012. p. 15: “(...) aquellas características del mercado que otorgan ventaja a las empresas incumbentes respecto de sus competidores potenciales, retardando o haciendo más costoso el ingreso de estos últimos, y permitiendo a las primeras el ejercicio de poder de mercado durante un período de tiempo determinado”.

¹³¹ Whish, R. y Bailey, D. 2021. pp. 6 y 7.

La doctrina especializada en libre competencia ha distinguido dos estándares de escrutinio judicial para evaluar los ilícitos anticompetitivos, construidos a partir del desarrollo jurisprudencial que se ha construido desde los primeros casos en estas materias¹³². La primera, y de aplicación general, es la regla de la razón, que se fundamenta en los efectos que haya tenido la conducta en un mercado relevante para considerarla anticompetitiva, la segunda y de aplicación restringida es la regla *per se*, que se aplica a los denominados carteles duros, que se consideran ilícitos en sí mismos (o *per se*), sancionando su sola comisión sin necesidad de probar sus efectos perniciosos sobre el mercado, los cuales se presumen.¹³³

Con todo, es del caso señalar que no todos los ilícitos contra la libre competencia necesariamente dañan a los consumidores, o al menos no les causa un daño directo o indemnizable.

Un primer ejemplo de lo anterior puede ser una conducta de precios predatorios, que consiste en una estrategia de dos etapas. En la primera un competidor con poder de mercado ejecuta una política de precios bajos de sus bienes o servicios en un mercado determinado, sacrificando ingresos en el corto plazo (es decir rebaja el precio por debajo del costo marginal), con el objeto de excluir a otro competidor o impedir el ingreso de uno nuevo, lo que configura un abuso de posición dominante exclusorio. En la segunda etapa, habiendo obtenido o reforzado una posición dominante, el ejecutor de esta conducta busca recuperar los ingresos perdidos en la primera etapa, vendiendo al precio más alto que les permite un mercado más concentrado.¹³⁴ Así, esta conducta descrita en su primera etapa no daña a los consumidores, incluso podría pensarse que los beneficia al permitirles acceder a precios más bajos.¹³⁵

¹³² A modo de ejemplo, véase Bork, R. 1993.; Christiansen, Arndt y Wolfgang K. 2006.; y, Hovenkamp, H. J. 2018.

¹³³ Los ilícitos considerados como carteles duros en la legislación chilena son algunos de los contenidos en la letra a) del inciso 2° del artículo 3 del DL 211, a saber, los acuerdos entre competidores que consistan en fijar precios, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar procesos de licitación. Al respecto, el TDLC ha indicado que no es necesario demostrar el daño sobre el mercado para sancionar los carteles duros: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia 175/2020 de 21 de diciembre de 2020, causa rol N° C-361-2018, considerando 66°. Por su parte, la definición de cartel duro se encuentra en: Corte Suprema, sentencia de fecha 14 de agosto de 2020, causa rol N° 15.005-2019, considerando 27°.

¹³⁴ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia 39/2006 de fecha 13 de junio de 2006, causa rol N° C-42-2004, considerando 5°.

¹³⁵ No obstante, lo señalado, cierto es que, en su segunda etapa, la ejecución de la estrategia de incremento de precios para recuperar lo perdido en un mercado todavía más concentrado, podría ser considerado un daño directo hacia los consumidores por vender a precios excesivos (sin perjuicio de las dificultades que existen para sancionar esta figura en nuestro derecho chileno). A mayor abundamiento, véase Tapia, J. y Saavedra, E. 2019. pp. 95-140.

Un segundo ejemplo de conducta anticompetitiva que no necesariamente causa un perjuicio directo a consumidores es la figura del *interlocking* contenido en la letra d) del inciso 2° del artículo 3 del DL 211, que corresponde a la participación simultánea de una persona en un cargo ejecutivo relevante (director) en dos o más empresas que son competidoras entre sí, siempre y cuando los grupos empresariales de estas empresas superen un determinado umbral de ingresos por ventas. Esta conducta *por sí sola* no afecta a los consumidores, sin perjuicio de sus evidentes riesgos para los mercados (riesgos de coordinación horizontal, intercambios de información comercial sensible, entre otros).¹³⁶

1.2.1.3 ¿Cómo pueden dañar los ilícitos anticompetitivos a los consumidores?

Como ya mencionamos en la sección 1.2.1.1, la libre competencia busca proteger la salud de los mercados. Por tanto, es justamente dañando al mercado competitivo, incurriendo en una conducta tipificada como anticompetitiva conforme al DL 211, que se pueden ocasionar perjuicios indemnizables a consumidores.

Desde un punto de vista meramente teórico, este perjuicio se configura, pues el mercado perfectamente competitivo es aquel que mejor distribuye los recursos, generando el mayor bienestar posible para productores y consumidores,¹³⁷ - esto no obstante se reconoce que en la mayoría de los mercados reales la competencia perfecta no existe, lo que se relaciona con lo estudiado en la sección 1.1.2- por lo que una conducta intencional que desmejore el bienestar de los consumidores y que sea considerada antijurídica, sin duda es capaz de generar daños resarcibles como veremos en las secciones 3.4.2 y 3.4.4.

Ahora, ¿cómo es posible que se desmejore el bienestar del consumidor? La teoría económica clásica indica que el bienestar del consumidor es la diferencia entre lo que un comprador está dispuesto a pagar y lo que efectivamente paga.¹³⁸ Es decir, si asumimos que el precio de mercado es X, los consumidores que participan de las transacciones serían aquellos que están dispuestos a pagar X o algún valor superior por el bien o servicio que se transe. Mientras mayor sea el precio que estaban dispuestos a pagar respecto del precio X, mayor será su excedente y, por lo tanto, su bienestar. Si se agrupa estas inclinaciones individuales a pagar de los consumidores dentro de un

¹³⁶ Un mayor desarrollo de los distintos tipos de *interlocking* que existen y los riesgos asociados a estos se contiene en: Fiscalía Nacional Económica. 2013.

¹³⁷ Una introducción al bienestar del que gozan productores y consumidores en un mercado perfectamente competitivo se puede encontrar en: Mankiw, N. G. 2012. pp.135-154.

¹³⁸ *Ibidem*. p. 137.

mercado dado, y se ordenan de mayor a menor, se obtiene la curva de demanda, compuesta desde el consumidor que nada está dispuesto a pagar por el bien, siguiendo hasta el que más valora el bien del mercado.

A *contrario sensu*, el excedente del productor se define como la cantidad que recibe el productor menos el costo en que incurre en producirlo.¹³⁹ Así, los productores que participan en las transacciones de un mercado dado son aquellos que están dispuestos a vender el bien o servicio al precio X de mercado o a algún valor menor. Si se agrupa el costo de producción de todos los proveedores del mercado, podemos construir la curva de oferta.

Es en la intersección de ambas curvas en donde encontramos el precio de mercado, que es el punto en el que la máxima cantidad posible de consumidores y proveedores reciben beneficios de su participación del mercado.

Esto se puede ver modificado si algunos proveedores toman determinadas decisiones que conllevan la pérdida de eficiencia del mercado en miras de aumentar su propio bienestar, por ejemplo concertarse para que aprovechando su poder de mercado conjunto, puedan establecer un precio mayor o monopolístico que les reporte mayores beneficios,¹⁴⁰ así por ejemplo pueden establecer el precio X+10, que dejaría fuera del mercado a los consumidores que estaban dispuestos a pagar desde X hasta un precio menor a X+10.

Es importante aclarar que, al no ser los mercados perfectos, y al ser cambiante la cantidad de personas que participan como demandantes u oferentes y las cantidades que están dispuestas a pagar por un bien o servicio, un alza de precios no es en sí ilícita, sino que para que configure la ilicitud debe atenderse a la tipificación de las infracciones a la libre competencia, las que, en nuestro caso, como ya vimos en la sección 1.2.1.2, están tipificadas en el artículo 3° del DL 211.

1.2.2 Institucionalidad para reparar a los consumidores afectados por un ilícito anticompetitivo: revisión de modelos comparados y la institucionalidad nacional

Para responder a los ilícitos contra la competencia, los ordenamientos jurídicos han generado sistemas para sancionarlos administrativamente y para obtener la reparación civil de los daños provocados por estas conductas antijurídicas.

¹³⁹ *Ibidem.* p. 141.

¹⁴⁰ Una explicación completa respecto del monopolio y su efecto en el bienestar de los agentes del mercado se puede encontrar en: *ibidem.* pp. 299-328.

Podemos hacer una distinción entre los mecanismos destinados a hacer valer las normas de libre competencia. Si un órgano público es el encargado de hacer valer el derecho de libre competencia, estamos frente al *public enforcement*, que consiste en la persecución de estos ilícitos por un organismo público para el esclarecimiento de sanciones administrativas. Por otro lado, si son los privados quienes deben, por sí mismos, hacer valer las normas de libre competencia, podemos hablar de *private enforcement*, que “*comprende todas las acciones ejercidas por particulares, sea para denunciar los ilícitos anti concurrenciales antes las autoridades públicas correspondientes, sea para hacer valer los efectos civiles o patrimoniales que se siguen de dichas conductas*”.¹⁴¹

A continuación, realizaremos una breve reseña de los sistemas de libre competencia norteamericano y de la Unión Europea, para revisar cómo establecen el ilícito anticompetitivo y la reparación a los consumidores. Por último, expondremos el funcionamiento del sistema de libre competencia chileno, y concluimos indicando sus diferencias con los dos primeros sistemas.

1.2.2.1 El sistema norteamericano

El sistema norteamericano, no cuenta con un tribunal especializado, sino que las reclamaciones relativas a la libre competencia son conocidas por los tribunales ordinarios que correspondan a cada acción dependiendo si se solicitan sanciones penales, administrativas o civiles.¹⁴²

Además, cuenta con tres posibles legitimados activos para hacer valer las normas de libre competencia. En primer lugar, está la división de competencia del Departamento de Justicia (“DoJ”, por sus siglas del inglés “*Department of Justice*”), que es parte del poder ejecutivo. En segundo lugar, está la *Federal Trade Commission*, o FTC, una agencia pública independiente del ejecutivo. Por último, están los particulares que pueden demandar por sí mismos.¹⁴³

Si bien no profundizaremos en el motivo por el que existen dos agencias ni en sus diferencias, por cuanto esto excede el ámbito de este trabajo, nos limitaremos a señalar sus diferencias más importantes. Así, podemos indicar que la división de competencia del Departamento de Justicia es una institución que, como parte del departamento de justicia estadounidense, cuyo objeto es hacer valer la pretensión punitiva del Estado,

¹⁴¹ Banfi D., C. 2013. pp. 217-258.

¹⁴² Hernández, D. y Bugueño, J. I. 2020. p. 5 nota al pie número 14.

¹⁴³ FTC Bureau of Competition. Competition guidance.

busca imponer las sanciones penales derivadas de los ilícitos anticompetitivos. Esto tiene coherencia con la norma que le da origen, la *Sherman Act* de 1890, que estableció la prohibición del monopolio y de conductas que restringen de modo no razonable el mercado, siendo en su origen un estatuto penal. De hecho, sólo la división de competencia del Departamento de Justicia puede obtener sanciones penales por ilícitos contra la libre competencia. Por otro lado, la FTC es un órgano independiente del ejecutivo, que nace de la *Federal Trade Commission Act*, de 1914, que fue creada con el propósito de contar con un órgano especializado en materia de libre competencia, esta puede solicitar la aplicación de medidas administrativas a los infractores, o incluso reparación civil a consumidores. Las dos instituciones, a pesar de que algunas de sus competencias se sobreponen, han tendido a coordinarse para evitar duplicidad en las persecuciones.¹⁴⁴

Además, conforme a la *Clayton Act* de 1914, los privados son legitimados activos en el derecho de libre competencia estadounidense.¹⁴⁵ Esto quiere decir que los consumidores individuales pueden iniciar acciones solicitando que sea declarada la infracción -además de la correspondiente indemnización- sin la necesidad de la intervención de uno de los órganos administrativos (o *stand alone actions*, como revisaremos en la sección 2.3), siendo además, los consumidores, en su conjunto beneficiarios de una indemnización, si los órganos administrativos logran la condena infraccional,¹⁴⁶ lo que se asemeja a un sistema de acciones derivativas (o *follow-on actions*, como revisaremos igualmente en la sección 2.3).

La *Clayton Act* ya mencionada, estableció que la víctima de un ilícito anticompetitivo le corresponde ser indemnizada por el triple del daño sufrido; esta forma de establecer daños punitivos fue denominada *trebble damages*. De esta forma la litigación privada en el sistema norteamericano establece daños punitivos, excediendo la compensación y otorgando un incentivo a los privados afectados, a demandar. En consecuencia, los *trebble damages*, cumplen una finalidad no solo reparatoria, sino que disuasiva, pues establecen una sanción exorbitante y un incentivo a litigar por parte de potenciales víctimas.¹⁴⁷⁻¹⁴⁸

¹⁴⁴ Para un análisis del sistema de libre competencia estadounidense, se puede consultar el reporte realizado por el gobierno de los Estados Unidos a la OCDE sobre legislación de libre competencia y sus instituciones: Directorate for Financial and Enterprise Affairs. 2004.

¹⁴⁵ Guerra F., M. A. 2011. p. 63.

¹⁴⁶ Hernández P., G. y Tapia R, M. 2019. p. 99.

¹⁴⁷ Roulusonis, R. 2015. pp. 157-168.

¹⁴⁸ Werden, G. 2020.

1.2.2.2 El sistema europeo

1.2.2.2.1 Institucionalidad para determinar la infracción

Respecto del sistema comunitario de la Unión Europea, es preciso mencionar que su regulación es supranacional, regido por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (o TFUE) que regula materias relativas a la libre competencia en sus artículos 101 a 109, aplicables a los Estados miembros y sus empresas y sobre ilícitos que tengan consecuencias a un nivel europeo (o el Espacio Económico Europeo), relegando los que tengan un efecto meramente nacional a las autoridades de competencia domésticas.¹⁴⁹

La autoridad administrativa que vela por el resguardo de la libre competencia en el Espacio Económico Europeo es la Comisión Europea. Esta consiste en un cuerpo colegiado de 27 comisionados, entre cuyas funciones está la de perseguir y tomar acción contra las vulneraciones a la libre competencia tipificadas en los artículos 101 y 102 del TFUE.¹⁵⁰ Esta institución cuenta con amplias potestades para investigar a los infractores.¹⁵¹ Además, puede imponer a los infractores remedios de comportamiento (o *behavioural remedies*) en el que impone conductas o dejar de realizar ciertas conductas a los infractores. También puede imponer remedios estructurales (o *structural remedies*) que buscan cambiar la estructura societaria de los infractores.¹⁵² Además, puede imponer multas directamente¹⁵³ e incluso alcanzar acuerdos.¹⁵⁴

Las multas y otras medidas aplicadas por la Comisión Europea son reclamables judicialmente, ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que se compone de la Corte General y del Tribunal de Justicia *stricto sensu*.¹⁵⁵ La primera está compuesta por 2 jueces de cada estado miembro y revisa los hechos y el derecho de la decisión adoptada por la Comisión.¹⁵⁶ El segundo resuelve puntos de derecho que sean reclamados respecto de la decisión adoptada por la Corte General.¹⁵⁷

Este diseño institucional ha traído algunos cuestionamientos dirigidos a que en una misma institución coexistan las facultades investigativas y sancionatorias, produciéndose un dilema de “juez y parte”. Con todo, se trata de una discusión más o

¹⁴⁹ Wish, R. y Bailey, D. 2021. pp. 50-51

¹⁵⁰ *Ibidem*. p.54.

¹⁵¹ *Ibidem*. pp. 281-288.

¹⁵² *Ibidem*. p. 265.

¹⁵³ *Ibidem*. pp. 288-293.

¹⁵⁴ *Ibidem*. pp. 273-277.

¹⁵⁵ *Ibidem*. pp. 305-306.

¹⁵⁶ *Ibidem*. p. 56.

¹⁵⁷ *Ibidem*. pp. 56-57

menos superada, en tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁵⁸ y a Corte Europea de Derechos Humanos¹⁵⁹ han refrendado en varias oportunidades este sistema como adecuado para la protección de los derechos de los administrados, en que se respetan los principios procesales del sistema europeo, como el de una audiencia justa (*fair hearing*) y el de un tribunal imparcial.

1.2.2.2.2 Acción indemnizatoria

La Unión Europea cuenta con una directiva de daños del año 2014 (en adelante la Directiva 2014/104/UE). Esta directiva reconoce el derecho a accionar por la reparación de daños sufridos por una persona con ocasión de un ilícito anticompetitivo. Antes de la directiva, la acción indemnizatoria por parte de las víctimas era reconocida sólo a nivel jurisprudencial, así, por ejemplo, podemos apreciar el caso de *Courage Ltd v. Crehan*,¹⁶⁰ en el que se afirmó la necesidad de contar con acciones de privados para resarcir los daños sufridos con ocasión de ilícitos anticompetitivos para así también asegurar el cumplimiento de estas normas, por cuanto la existencia de acciones privadas disuade prácticas anticompetitivas.

Motivados por jurisprudencia similar a la mencionada, la Comisión Europea encargó en 2004 un estudio que analizó los sistemas de reparación para ilícitos anticompetitivos existentes en los Estados comunitarios. Como resultado de este estudio, en 2005 se lanzó el Libro Verde sobre la reparación de daños y perjuicios derivados del incumplimiento de las normativas comunitarias de defensa de la competencia. Posteriormente, en 2008, se publicó un Libro Blanco que presentaba propuestas para mejoras adicionales.¹⁶¹⁻¹⁶²

¹⁵⁸ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de fecha 08 de diciembre de 2011, asunto N° C-386/10 P, caso *Chalkor AE Epexergasias Metallon v European Commission*; Tribunal de la Justicia de la Unión Europea, sentencia de fecha 06 de noviembre de 2012, asunto N° C-199/11, caso *Europese Gemeenschap v. Otis NV and Others*.

¹⁵⁹ Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia de fecha 27 de septiembre de 2011, causa N° 43.509/08, caso *Menarini Diagnostics v Italy*.

¹⁶⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de fecha 20 de septiembre de 2001, asunto N° C-453/99, caso *Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan v Courage Ltd and Others*.

¹⁶¹ Ortiz B., I. 2008. p. 1-62.

¹⁶² Los libros verdes son publicados por la Comisión Europea con el objeto de llamar a los Estados miembros a la reflexión sobre el tema que tratan. Los Libros blancos son documentos elaborados por la Comisión Europea que contienen propuestas de acciones sobre el tema que tratan. Estos últimos son destinados a la deliberación política con el objeto de generar normas a nivel comunitario.

Estas deficiencias en la posibilidad de accionar privadamente para aplicar la libre competencia, o deficiencias en el *private enforcement*, dieron lugar a la adopción de la Directiva 2014/104/UE.

Así, si bien la acción indemnizatoria se hará valer en los tribunales domésticos, la Directiva 2014/104/UE cuenta con algunas normas comunes aplicables a todas las víctimas, por ejemplo, determinadas ventajas probatorias en el procedimiento en el que se ventile la acción de daños con la que cuentan las víctimas de un ilícito anticompetitivo.¹⁶³

La directiva establece, en su artículo 3º, el derecho a ser reparado por todo daño sufrido por un ilícito contra la libre competencia. Esto se asemeja bastante a la obligación de reparar todo daño contenido en el inciso 3º del artículo 30 del DL 211, que guarda coherencia con el principio de reparación integral del daño que rige a la legislación común y al derecho del consumidor. No obstante, expresamente se indica en el numeral 3 del artículo 3º de la Directiva 2014/104/UE, que se rechaza la sobre compensación, incluyendo expresamente un rechazo a los daños punitivos.¹⁶⁴ Esto claramente distingue al sistema de la Unión Europea del norteamericano, que busca disuadir las infracciones contra la competencia permitiendo la compensación del triple del daño ocasionado.

1.2.2.3 Instituciones del sistema chileno que intervienen en la sanción y reparación de un ilícito contra la competencia y sus diferencias con los modelos internacionales estudiados

1.2.2.3.1 El sistema chileno

El sistema chileno se compone de dos organismos especializados para reparar los perjuicios ocasionados a los consumidores por ilícitos anticompetitivos.

En primer lugar, podemos mencionar a la FNE, el cual, conforme señala el inciso 1º del artículo 33 del DL 211, es un organismo público descentralizado e independiente, sometido a la supervigilancia del presidente de la república a través del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, encargado de promover y defender la libre competencia en todos los mercados en Chile.

¹⁶³ Así, se establecen deberes de exhibición de la prueba aportada en el juicio sancionatorio para que los demandantes puedan contar con información y deberes de cooperación entre el Tribunal de Justicia Europeo y los tribunales domésticos. Whish y Bailey. 2021. pp 317- 323.

¹⁶⁴ *Ibidem*. p. 315.

En segundo lugar, encontramos al TDLC, el que, conforme al artículo 5° del DL 211, es un tribunal colegiado y especializado, independiente del poder judicial, que conoce de aquellas causas derivadas de infracciones al DL 211 o aquellas otras que las leyes especiales dispongan.

Si bien la FNE no tiene la exclusividad en cuanto a la acción para solicitar la declaración de un ilícito anticompetitivo, si tiene, de forma exclusiva, las facultades de investigación respecto de estos ilícitos dentro de la administración y la titularidad de la acción penal que se derive estos ilícitos, conforme señalan los artículos 39 y 64 del DL 211 respectivamente.

Los privados, por su parte, cuentan con legitimación activa en materia de libre competencia, pero los criterios del TDLC y la Corte Suprema, conociendo mediante recurso de reclamación, han sido disímiles, siendo el del TDLC mucho más restrictivo, exigiendo que el privado que demande tenga participación al menos potencial en el mercado relevante y reclame un interés distinto al interés general:

Undécimo: (...) la demandante particular debe tener la calidad de sujeto pasivo inmediato de una conducta determinada que pueda constituir una infracción al D.L. N° 211, para lo cual debe participar actual o potencialmente en el mercado que es directamente afectado por la presunta actividad anticompetitiva de otro agente económico, o bien en otros mercados conexos que puedan razonablemente verse afectados en forma indirecta por esa actividad supuestamente antijurídica. Esta misma idea se expresa en las Sentencias Nos 114/2011, 126/2012 y 132/2013".¹⁶⁵

Mientras que la Corte Suprema, revocando este criterio ha indicado que basta que se tenga un interés legítimo en la controversia, por ejemplo, admitiendo a tramitación la demanda de la asociación de consumidores CONADECUS quien indicaba que las empresas Movistar, Claro y Entel estarían acaparando el espectro radioeléctrico al postular a un concurso público para otorgar concesiones sobre determinadas bandas de frecuencia, excediendo los límites de espectro radioeléctrico de que puede disponer lícitamente un operador que compita en el mercado de las telecomunicaciones móviles en Chile.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia 146/2015 de fecha 24 de julio de 2015, causa rol N° C-275-2014.

¹⁶⁶ Corte Suprema, sentencia de fecha 20 de abril de 2016, causa rol N° 11.363-2015.

La FNE puede iniciar sus investigaciones por denuncia de terceros o de oficio, contando con una etapa administrativa inicial destinada a conducir la investigación, la que puede incluir diligencias intrusivas en caso de tratarse de investigaciones por infracción a la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del DL 211, conforme señala el literal n) del artículo 39 del DL 211.

No todas las investigaciones de la FNE concluyen con el inicio de un procedimiento contencioso ante el TDLC, sino que pueden terminar en archivo (por cese de conducta, por ejemplo, en ejercicio del principio de oportunidad de los organismos de la administración del Estado), en el inicio de procedimientos de consulta (no contencioso) o de recomendación normativa ante el mismo TDLC, e incluso en la suscripción de acuerdos extrajudiciales, que serán conocidos por el TDLC.

En el caso que la FNE estime que los antecedentes son suficientes para dar inicio a un asunto litigioso o contencioso (que implique una infracción al DL 211), ésta presentará un requerimiento ante el TDLC en el que indicará los hechos que imputa a los infractores, los mercados afectados y los requisitos que impone el artículo 254 del CPC. Presentado el requerimiento, se dará traslado por al menos 15 días, ampliables hasta 30. Contestado el requerimiento se puede citar a las partes a conciliación, lo que es facultativo, o dictar la resolución que recibe la causa a prueba. Después de lo cual se abrirá un término probatorio de 20 días hábiles. Luego se debería proceder a la vista de la causa, ordenando traer autos en relación. Luego de la vista de la causa se procederá a la dictación de la sentencia. La sentencia puede establecer multas y medidas preventivas, correctivas y prohibitivas, conforme al artículo 26 del DL 211. Contra la sentencia definitiva del TDLC es posible interponer un recurso de reclamación ante la Corte Suprema. Sólo el TDLC -y la Corte Suprema, antecedita de un recurso de reclamación- puede declarar ilícitos que infrinjan las normas del DL 211.

Como veremos en el capítulo II, la indemnización de perjuicios se puede hacer valer conforme al artículo 30 del DL 211, por todos los perjuicios ocasionados por el ilícito, en concordancia con el principio de reparación integral del daño.

Este procedimiento indemnizatorio contará con la sentencia infraccional del TDLC como antecedente prejudicial, sobre el que deberá fundarse la demanda, y se substanciará ante el mismo TDLC.

Si el procedimiento indemnizatorio que se busca es individual, o de competidores, se aplican las reglas del procedimiento sumario, mientras que, si afecta el interés colectivo

o difuso de los consumidores, y son aplicables las reglas del párrafo 3 del título IV de la LPDC.

De lo descrito hasta acá, llama la atención de este procedimiento el importante rol que tiene la FNE en la persecución de ilícitos anticompetitivos y cómo el ejercicio discrecional de sus decisiones persecutorias, sin mayor contrapeso, pueden impactar y perjudicar a consumidores, especialmente desde el punto de vista probatorio. Por ejemplo, en un caso de archivo por cese de conducta, los hechos pasados que motivaron la investigación pudieron haber causado un menoscabo a los consumidores que será bastante difícil de perseguir por estos últimos, pues los mayores antecedentes que fueron recopilados por la FNE (o aquellos que no alcanzaron a serlo) no serán puestos a disposición de los consumidores en un eventual juicio que puedan perseguir, ya que la FNE decidió no acudir al TDLC. En efecto, bien podría pensarse que la agencia administrativa tendría incentivos para evitar poner su expediente a disposición de un tribunal, por razones de confidencialidad de la información, seguridad jurídica de decisiones futuras e incluso cuestionamientos a las decisiones de política persecutoria tomadas.

1.2.2.3.2 Diferencias entre el sistema estadounidense y europeo con el sistema nacional

Si bien son variadas las diferencias que se pueden hacer notar entre el sistema norteamericano y el sistema europeo con nuestro sistema nacional, creemos que es necesario concentrarnos en unas pocas diferencias especialmente significativas, por cuanto denotan una distinta aproximación a la reparación de los consumidores afectados por ilícitos anticompetitivos.

Por un lado, respecto del sistema estadounidense, destacamos, en primer lugar, que los órganos públicos destinados a la persecución pueden solicitar reparación a los consumidores, lo que dista de nuestro sistema en el cual la FNE se concentra en determinar la sanción administrativa. Esto ocurre porque la FTC también tiene competencias en materia de consumo, lo que nos invita a reflexionar sobre la necesidad de relacionar el derecho de la libre competencia con el derecho del consumidor en un estatuto único.¹⁶⁷

En segundo lugar, el sistema estadounidense, incentiva la participación de privados para hacer valer las normas de libre competencia, permitiendo incluso que puedan interponer acciones sin necesidad de una sentencia previa. Esto contrasta con nuestro sistema en

¹⁶⁷ Barcía L., R. 2012. p. 159, nota al pie N° 82.

que primero se requiere que el TDLC o la Corte Suprema, conociendo a través de un recurso de reclamación, hayan declarado la existencia de un ilícito contra la competencia, no pudiendo accionar los privados sin sentencia previa, como veremos en la sección 2.3.

Además, establece daños punitivos que son iguales a tres veces del perjuicio ocasionado, lo que es un incentivo mayor a la litigación privada que los daños punitivos que se establecen en el caso que el ilícito lesione el interés colectivo o difuso, el que sólo alcanza el 25% del daño y se aplica sólo si el infractor incurrió en una de las conductas agravantes del artículo 24 de la LPDC, conforme analizaremos en la sección 3.4.3.3.

Estas dos últimas diferencias distinguen al sistema estadounidense, que facilita y promueve la litigación privada, del nuestro en el que asociaciones de consumidores, como ya revisamos, han tenido una intervención más acotada y accidentada en materia de libre competencia por distintos criterios de admisibilidad del tribunal especializado

Asimismo, al carecer de tribunal especializado, en el sistema norteamericano se litigan estas demandas ante los tribunales ordinarios, lo que es distinto a nuestro sistema en donde tanto el órgano persecutor como el tribunal especializado son sólo uno y están ubicados en la misma ciudad.

Por lo tanto, el sistema estadounidense permite más mecanismos de reparación a los consumidores por ilícitos anticompetitivos e incentiva su participación, lo que marca una diferencia con nuestro sistema nacional que es más restrictivo.

Por otro lado, al comparar nuestro sistema con el sistema de la Unión Europea, podemos notar que nuestro órgano persecutor no puede imponer sanciones por sí solo a los infractores, sino que esto es resorte exclusivo del TDLC (o de la Corte Suprema a través de un recurso de reclamación), lo que implica una diferencia.

Además, vemos un rechazo expreso a daños sobre compensatorios en la Directiva 2014/104/UE, que si bien parecen tener una similitud con nuestro sistema en lo que se refiere al principio de reparación integral del daño mirado desde la óptica de la justicia correctiva, dista de nuestro sistema en el caso de los procedimientos que se inicien por afectación al interés colectivo o difuso de los consumidores, pues estos contemplan la aplicación de daños punitivos, conforme analizaremos en las secciones 3.4.3.3.

Una similitud, entre el sistema europeo y en el nuestro, y a diferencia del estadounidense, consiste en que los consumidores deben contar con una sentencia

firme previa que condene por una infracción a la libre competencia, que haya sido declarada por el órgano competente, estableciendo un sistema de acciones *follow-on* o derivativas, que desarrollaremos más adelante en la sección 2.3.

1.3 Relación del derecho de la libre competencia con el derecho del consumo

Como hemos apreciado a lo largo del presente capítulo, las ramas del derecho de la libre competencia y del consumo están fuertemente ligadas. Así las nociones amplias de proveedor y consumidor permiten aproximarnos de manera adecuada a la reparación de los daños ocurridos a causa de un comportamiento anticompetitivo en un mercado relevante.

Por una parte, podemos observar que los consumidores que son afectados por las conductas del artículo 3° del DL 211, comprenden la totalidad de quienes caben dentro de la definición amplia estudiada en la sección 1.1.4.1. Estos consumidores van desde el consumidor jurídico que contrata con el proveedor, consumidores materiales, e incluso consumidores potenciales, que, si bien no realizaron un intercambio en el mercado relevante, sí tienen una participación al menos potencial en este, que podría verse afectada, por ejemplo, si no consumieron, producto de la reducción de bienestar de los consumidores que ocasiona un ilícito contra la competencia.

Esta identificación de los afectados es coherente con los fundamentos protectores que impregnan desde su origen al derecho de consumo, que como indicó Kennedy en su discurso este buscaba proteger a todo ciudadano. Esta protección permite concretar en la realidad los principios de igualdad y libertad del derecho privado, que son puestos en cuestión por las desigualdades materiales y del comportamiento irracional de la naturaleza humana.

Por otra parte, los proveedores pueden incurrir en conductas calificadas como ilícitas conforme al artículo 3° del DL 211, cualquiera sea su posición en la cadena de intercambios. Esto es coherente con la definición amplia de proveedor que engloba a todos los de la cadena productiva, con los que el consumidor cuente al menos, con un vínculo contractual mediatizado.

Esta vinculación entre ambas ramas del derecho se encuentra refrendada por la doctrina, historia de la ley, derecho extranjero, jurisprudencia y por la ley.

Así, se observa, en primer lugar, como también analizamos en este Capítulo, desde la teoría económica clásica, podemos reflexionar sobre las consecuencias deseables de un mercado perfectamente competitivo en el mayor bienestar de los consumidores, por

lo que la defensa de la libre competencia conlleva la protección de los intereses de los consumidores, como vimos en la sección 1.2.1.3.

Sin embargo, como ya hemos analizado en la sección 1.1.2, no existe un mercado perfectamente competitivo, por lo que siempre se requerirá de regulación estatal para corregir las fallas de mercado que puedan presentarse. Como indica la profesora Erika Isler, *“la literatura se encuentra conteste en orden a defender una necesaria correlación y coherencia entre la protección del consumidor y los sistemas económicos”*.¹⁶⁸ La necesidad de coordinación entre el derecho del consumo y el derecho a la libre competencia (y otras regulaciones que procuren el buen funcionamiento del mercado, como la sanción a la competencia desleal) ha llevado incluso a sostener la conveniencia de su unificación con el objeto de contar con un estatuto que se haga cargo de regular las fallas de mercado, como nos referimos en la sección 1.2.2.3.2.

A mayor abundamiento, se ha mencionado por parte de la doctrina que estas regulaciones destinadas a asegurar el beneficio a todos los agentes económicos del mercado, incluidos los consumidores, dotan de legitimidad al mercado y a los contratos.¹⁶⁹⁻¹⁷⁰ Así también, ha afirmado parte de la doctrina que la confianza del consumidor y sus preferencias se ven afectadas por el comportamiento lícito o ilícito de los otros agentes del mercado.¹⁷¹

En segundo lugar, al discutirse la primera versión de la LPDC en el Congreso, se planteó que el escenario de competencia perfecta sería la mejor protección al consumidor, - lo que en teoría- permitiría prescindir de cualquier estatuto protector,¹⁷² como se aprecia claramente en su mensaje presidencial:

“En una economía de mercado como la nuestra, es posible sostener que la competencia es la que regula la relación entre proveedores y consumidores, y la que resguarda los intereses de estos últimos. No obstante, en la realidad los mercados distan mucho de ser perfectos y competitivos, especialmente porque

¹⁶⁸ Isler S., E. 2019b. p. 79.

¹⁶⁹ Hernández P., G. y Tapia R, M. 2019. p. 9.

¹⁷⁰ Podemos mencionar que la regulación para proteger la Libre Competencia pretende otorgar legitimidad al mercado, así el mensaje de presidencial de la Ley N° 20.945 que modifica el DFL N°1 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, de 2004, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL N° 211 de 1973, expone en Historia de la Ley N° 20.945: que la defensa de la libre competencia *“(…) propicia una sociedad más justa y democrática, en la cual exista confianza en los mercados y en que quienes cuenten con poder económico no se aprovechen del mismo para cometer abusos que generan serios daños a todos los chilenos”*.

¹⁷¹ Isler S., E. 2019b. p. 80.

¹⁷² Isler S., E. 2019b. p.74.

la información, indispensable para que éstos funcionen en forma adecuada y se tomen las decisiones óptimas, tiene costos importantes”.¹⁷³

En tercer lugar, esta vinculación del derecho del consumo con la salud del mercado es también plasmada en derecho extranjero, por ejemplo, en las “Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor”, indicando en su párrafo 24 “*[L]os Estados Miembros deben alentar la competencia leal y efectiva a fin de que los consumidores tengan la posibilidad de elegir productos y servicios dentro del mayor surtido y a los precios más bajos*”.¹⁷⁴

En cuarto lugar, como ya vimos en la sección 1.2.1.1, la jurisprudencia del TDLC y de la Corte Suprema conociendo por medio de recursos de revisión, ha reconocido al bienestar de los consumidores como un bien jurídico protegido por el derecho de la libre competencia, o como una consecuencia de la protección de otros bienes tutelados por esta rama del Derecho.

En quinto lugar, actualmente existen vinculaciones expresas en la ley entre el Derecho a la libre competencia y el derecho del consumo en Chile. Así, la actual redacción del DL 211, reconoce a los consumidores en tres oportunidades.

Primero, en el artículo 39 letra ñ) del DL 211 menciona expresamente que el Sernac y las asociaciones de consumidores tienen un interés legítimo para pronunciarse sobre acuerdos extrajudiciales al que arribe el Fiscal Nacional Económico con agentes económicos involucrados en sus investigaciones. El TDLC al momento de conocer del acuerdo en audiencia citada al efecto, debe escuchar a quienes tengan interés legítimo, conforme lo indica el numeral 2° del artículo 18 del DL 211. Por ejemplo, el año 2020 la Organización de Consumidores y Usuarios de Chile, ODECU, se hizo parte junto a distintos actores, en un procedimiento seguido ante el TDLC por un acuerdo extrajudicial alcanzado entre la FNE y Transbank S.A., por el nuevo modelo tarifario propuesto por esta última.¹⁷⁵

En segundo lugar, inciso 2° del artículo 55 del DL 211 reconoce a los consumidores como terceros que podrían estar legítimamente interesados en una operación de concentración, por lo que en el caso que a la Fiscalía Nacional Económica extienda el plazo de una investigación de una operación de concentración por 90 días adicionales,

¹⁷³ Historia de la Ley N° 19.496. p. 5.

¹⁷⁴ UNCTAD. 2016. p. 12.

¹⁷⁵ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de fecha 15 de abril de 2020, causa rol N° AE-17-2020, resolviendo favorablemente escrito de “se hace parte” presentado por ODECU con fecha 14 de abril de 2020.

bajo el supuesto del artículo 54 letra c) de este cuerpo normativo, faculta a los consumidores a aportar antecedentes a la investigación.

Por último, el artículo 30 del DL 211, de gran relevancia para este trabajo, luego de la modificación de la ley 20.945 de 2016,¹⁷⁶ reconoce el derecho a interponer acción de indemnización de perjuicios por todos los daños causados mientras se haya extendido la conducta infractora de la libre competencia, ante el mismo TDLC, fundando la pretensión en una sentencia infraccional ejecutoriada previa de este mismo tribunal. La acción de indemnización de perjuicios que se tramite conforme a este artículo, cuando sea de interés individual se conoce en procedimiento sumario. En cambio, cuando se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores, considerando el artículo 51 de la LPDC en su inciso 2°, se regulará por el procedimiento especial para la protección a estos intereses, pero seguido ante el TDLC.

De esta forma, el derecho del consumo reconoce que la regulación de libre competencia cumple un rol muy relevante en la protección de la salud de los mercados, lo que va en directo beneficio de los consumidores. Por su parte, la legislación especial en materia de libre competencia reconoce a los consumidores como actores interesados en el buen funcionamiento del mercado y como potenciales víctimas de los daños anticompetitivos, entregando normas especiales para su reparación. Por lo tanto, se puede afirmar que, desde distintas ópticas, comparten un objetivo común por el buen funcionamiento del mercado,¹⁷⁷ lo que beneficia a los consumidores.

En lo que sigue, indicaremos como del procedimiento infraccional seguido ante el TDLC pueden los consumidores solicitar reparación para los perjuicios que se les hayan causado, conforme a la regulación que ofrece el artículo 30 del DL 211 y el inciso 2° del artículo 51 de la LPDC.

¹⁷⁶ Esto es luego de la modificación de la ley 20.945 de 2016 que reformó este artículo. El artículo 30 anterior reconocía también el derecho a indemnización en base a una sentencia ejecutoriada del TDLC que reconociera un hecho atentatorio contra la Libre Competencia. Sin embargo, el proceso debía seguirse ante el Juez de Letras en lo Civil competente y no ante el mismo TDLC como ocurre hoy en día. Es de interés señalar que dicho artículo reconocía el derecho a indemnización a todos los que fueran afectados, tanto consumidores como competidores. Sin embargo, los que utilizaron esta norma en su antigua redacción fueron los competidores. Para una inspección detallada del uso de este artículo, ver: Corte Suprema, causas rol N° 12153-2018, 34045-2016, 978-2015; Corte de Apelaciones de Santiago, causa rol N° Civil-4996-2011; Corte de Apelaciones de Talca, causa rol N° Civil-312-2012; 8° Juzgado Civil de Santiago, causa rol N° C-42413-2012; 14° Juzgado Civil de Santiago, causa rol N° C-12561-2015; o las causas aún pendientes de resolución, Corte Suprema, causas rol N° 7.368-2018 y 28.166-2018.

¹⁷⁷ Hernández P., G. y Tapia R, M. 2019. pp. 8-10.

CAPÍTULO II: Procedimiento especialísimo para la indemnización de perjuicios por ilícitos anticompetitivos que afecten intereses colectivos y difusos

2.1 Introducción

La ley 20.945 del año 2016 introdujo una reforma en los artículos 30 del DL 211 y 51 de la LPDC, permitiendo que se aplicase el procedimiento especial para la protección a los intereses colectivos y difusos de los consumidores, regulado en el párrafo 3° del título IV de la LPDC, respecto de las indemnizaciones de perjuicios por afectación a estos intereses, que se deriven de una infracción establecida por una sentencia firme o ejecutoriada del TDLC.

En adelante, y para distinguir al procedimiento regulado en el párrafo 3° del título IV de la LPDC, que nace de infracciones distintas a las de libre competencia, de aquel que es aplicable conforme al artículo 30 del DL 211 y el inciso 2° del artículo 51 de la LPDC, denominaremos a este último como “procedimiento especialísimo”. Esto, por cuanto el procedimiento especial para la protección del interés colectivo y difuso de los consumidores tiene reglas procesales distintas si se funda en una sentencia del TDLC. En los aspectos procesales que no sean especialmente regulados sobre el procedimiento especialísimo, se regirá por la regulación del procedimiento del párrafo 3° del título IV de la LPDC, es decir se aplicará de manera supletoria. Por otro lado, las reglas orgánicas aplicables son las que rigen al TDLC. Por ejemplo, al momento de dictar una sentencia interlocutoria, debe considerarse que esta debe ser suscrita por al menos 3 miembros de la sala, conforme al artículo 9° del DL 211.¹⁷⁸

En este capítulo seguiremos la siguiente estructura, primero definiremos qué intereses están protegidos por el procedimiento de tutela de los intereses colectivo o difusos, luego abordaremos el requisito de la sentencia infraccional previa del TDLC para estas acciones, después analizaremos a los legitimados activos, las normas relativas a la prescripción, la fase de admisibilidad, discusión, probatoria y la sentencia del proceso, y sus efectos, para concluir indicaremos las diferencias procesales entre el procedimiento especialísimo y el especial del párrafo 3° del título IV de la LPDC.

¹⁷⁸ Esto se puede apreciar en el juicio CIP-3-2020, en la que se hizo lugar a una reposición que impugnaba una resolución que citó a las partes a oír sentencia, por firmarse por sólo un ministro y no 3, como exige el artículo 9° del DL 211 y, a *contrario sensu*, el artículo 70 del Código Orgánico de Tribunales: Tribunal de Defensa la Libre Competencia, resolución de fecha 08 de febrero de 2023, causa rol N° CIP-3-2020.

2.2 Definición y delimitación de intereses colectivos y difusos

Los intereses colectivos y difusos fueron introducidos en el ordenamiento jurídico mediante la reforma a la LPDC del año 2004 mediante la ley 19.955, iniciada por mensaje presidencial el año 2001. El mensaje presidencial señala, que la defensa de los intereses colectivos y difusos buscaba generar los incentivos correctos tanto para que los consumidores pudieran dar solución a problemas de consumo masivos en los que no contaban con la debida protección, como también desincentivar prácticas de infracción masiva por parte de los proveedores, cumpliendo un rol preventivo.¹⁷⁹

La distinción entre los intereses colectivos y difusos consiste en que los derechos colectivos protegen a los miembros de un grupo específico dentro de la sociedad o un grupo determinado,¹⁸⁰ en el caso de la LPDC conforme el inciso 5° del artículo 50, el criterio utilizado por el legislador para determinar el grupo es la circunstancia de estar “(...) *ligados con un proveedor por un vínculo contractual. (...)*”. Así, podemos afirmar, que nuestra LPDC sigue un criterio de determinación del interés colectivo basado en la vinculación contractual,¹⁸¹ el que, como vimos en las secciones 1.1.4.1, 1.1.4.2 y 1.3, es un vínculo contractual mediatizado, es decir, que esta vinculación contractual debe encontrarse dentro de la cadena de intercambios relacionados económicamente, por lo que no puede leerse como una limitación a la protección del consumidor al ámbito meramente contractual. Por su parte, los intereses difusos protegen a todos quienes puedan verse vulnerados, y no precisan una determinación por cuanto, como ocurre en el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, “[e]n principio protege *indiferenciadamente a todos los sujetos actuales que puedan verse afectados (...)*”.¹⁸²

La definición de interés difuso es una manera de reconocer la noción de consumidor potencial o abstracto, estudiada al momento de revisar el ámbito de aplicación en su faz subjetiva en la sección 1.1.4.1. Así, la profesora Patricia López ha indicado que:

“En cambio, el abstracto, cuyo reconocimiento normativo subyace el artículo 50 que consagra las acciones de interés difuso, comprende a todos los ciudadanos en cuanto sujetos interesados en alcanzar un adecuado nivel de vida, idea a partir de la cual se ha reconocido a la comunidad en general la titularidad de

¹⁷⁹ Historia de la Ley N° 19.955. p. 5.

¹⁸⁰ Contreras, P. 2017. p. 151.

¹⁸¹ Aguirrezabal G., M. 2019. p. 17.

¹⁸² Contreras, P. 2017. p. 150.

derechos como potenciales consumidores, surgiendo así la noción de consumidor potencial.¹⁸³

De esta manera, la noción de consumidor potencial o abstracto nos permite comprender el sentido de la protección de los intereses difusos. En efecto, la indeterminación como característica para definir el interés difuso, conforme al artículo 50 de la LPDC, permite reconocer a un grupo de consumidores amplio que, sin haber generado un vínculo jurídico determinable con el proveedor, se vieron afectados por el ilícito anticompetitivo, por ejemplo, el “(...) *perjuicio sufrido por los consumidores que dejaron de comprar los productos debido al alza de los precios*”¹⁸⁴, precisamente porque éstos son consumidores potenciales.

No obstante, la definición doctrinaria de los intereses colectivos y difusos no ha estado exenta de discusión. Así, estos han sido clasificados por parte de la doctrina como tipos de “interés supraindividual”, es decir “(...) *que trasciende la esfera de lo meramente individual, [que] está marcado por la impersonalidad y rompe con el concepto clásico de derecho subjetivo*”.¹⁸⁵ Se refieren, por tanto, a intereses que van más allá de lo individual y que, al contrario de los derechos subjetivos, no se pueden atribuir a una sola persona, siendo similares a los derechos de huelga de los sindicatos, o el derecho de la comunidad general a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, en tanto derechos cuya titularidad corresponde a un grupo y no a un sujeto.¹⁸⁶

Parte de la doctrina ha criticado la noción de intereses supraindividuales, indicando que una mejor distinción se realiza entre los intereses individuales homogéneos y los intereses difusos. Los primeros, a diferencia de los supraindividuales, se tratan de “(...) *verdaderos derechos individuales, privativos e indisponibles por terceros, pero que pueden existir en número plural y tener un origen fáctico común y un contenido sustantivo homogéneo*”.¹⁸⁷ A juicio de esta doctrina, el interés colectivo no es diferenciable del conjunto de intereses individuales que contiene, de tal manera que “[e]l interés hecho valer es individual, pero la ley entrega acciones colectivas”.¹⁸⁸ Mientras que el interés difuso, sería realmente un interés diverso a los intereses individuales al pertenecer a la comunidad siendo un interés indivisible entre sus miembros.¹⁸⁹

¹⁸³ López D., P. 2018. p. 104.

¹⁸⁴ Hernández P., G. y Tapia R, M. 2019. p. 27

¹⁸⁵ Aguirrezabal G., M. 2019. p. 12.

¹⁸⁶ Marshall, P. 2017. p. 102.

¹⁸⁷ Aguirrezabal G., M. 2019. p. 18.

¹⁸⁸ Barros B., E. 2020. p. 1052.

¹⁸⁹ *Ibidem*; en el mismo sentido: Cortez M., G. 2013. p. 965.

De tal manera, que, a juicio de estos autores, el concepto de interés colectivo no corresponde dentro de la categoría de los intereses supraindividuales, sino que responden a intereses individuales homogéneos, de manera que el reconocimiento de los intereses colectivos tendría como justificación la economía procesal,¹⁹⁰ y no la representación de un interés supraindividual, distinto de las partes que lo componen.¹⁹¹

Nosotros consideramos que esta distinción no tiene gran importancia práctica por el modo en que se ha regulado el procedimiento colectivo por el legislador. Justamente, como veremos en las secciones 2.4.5 y 2.4.7, el legislador establece que al momento de determinar la reparación de los consumidores afectados en un procedimiento colectivo, el juez debe agrupar a los consumidores en grupos y subgrupos en razón a distintos criterios, como la manera en que fueron afectados, la manera en que pueden ser reparados o su distinto quantum indemnizatorio, pudiendo hacerse tal agrupación hasta la dictación de la sentencia definitiva o aprobación de acuerdo suficiente, conforme el artículo 53 A de la LPDC. Por otro lado, como desarrollaremos en las secciones 2.4.4. y 2.4.5, los consumidores tienen la posibilidad los consumidores individuales de realizar reserva de sus acciones o demandar una reparación al daño extrapatrimonial mayor, de manera que la distinción entre interés colectivo supraindividual y el interés individual homogéneo no presenta utilidad alguna.

A continuación, comenzaremos a profundizar en el procedimiento para proteger estos intereses colectivos o difusos, que incluyen a una cantidad masiva de afectados, la doctrina señala que para hacer frente a este desafío se han implementado procedimientos colectivos como una herramienta para hacer valer las acciones de reparación que nazcan de la lesión de estos intereses.¹⁹² Esto, porque ante daños masivos las instituciones clásicas como la de litisconsorcio y la intervención de terceros resultan insuficientes, lo que impedía establecer incentivos adecuados para el cumplimiento de la protección de los intereses colectivos o difusos de los consumidores. Por ello, se incorporó a nuestro procedimiento las acciones de grupo, que responden a una protección de “(...) una *colectividad, grupo o categoría de personas más o menos amplias*”.¹⁹³ Producto de la masividad del grupo de personas representadas en una acción colectiva, también fue necesario que esta incorporación contemplase una aplicación novedosa de los efectos de la sentencia, para dotar de racionalidad económica a estos procesos. Como indica el académico y ex director del Sernac Lucas

¹⁹⁰ Barros B., E. 2020. p. 253.

¹⁹¹ En el mismo sentido: Del Villar M., L. 2021. p. 205.

¹⁹² *Ibidem*. p. 207.

¹⁹³ Aguirrezabal G. M. 2019. p. 42.

Del Villar estos procedimientos colectivos permiten “(...) *generar escalabilidad o capacidad de acoger pretensiones de un mayor volumen de consumidores afectados a un bajo costo marginal, dado su efecto erga omnes o ultra partes*”.¹⁹⁴

2.3 ¿La acción indemnizatoria de los consumidores por ilícitos contra la competencia es derivativa u originaria?

Para comenzar, es necesario que reflexionemos si el procedimiento especialísimo es la única opción para que los consumidores soliciten la indemnización que estimen pertinente debido a los perjuicios ocasionados por el ilícito anticompetitivo. Esta discusión que abordaremos nace de la necesidad de la sentencia firme o ejecutoriada del TDLC para iniciar la acción indemnizatoria, conforme al artículo 30 del DL 211. Esta discusión, que divide a la doctrina, se pregunta si esta acción indemnizatoria es derivativa u originaria, es decir, si los legitimados activos para ejercer acciones colectivas o difusas pueden perseguir la responsabilidad civil derivada de un ilícito anticompetitivo, necesariamente requieren de la sentencia previa del TDLC o pueden prescindir de ella.

La doctrina ha definido a las acciones derivativas también llamadas *follow-on actions* como aquellas que buscan una sentencia indemnizatoria motivadas por los hechos acreditados en una sentencia anterior. Así, “(...) *es condición para el ejercicio de una acción de responsabilidad civil por ilícito antitrust la condena previa del infractor por la autoridad de la libre competencia (...)*”.¹⁹⁵

Por otro lado, las acciones originarias o *stand alone actions*, son aquellas por las que se puede demandar colectivamente sin necesidad de una sentencia previa del TDLC. Este sistema puede definirse como aquel en que se puede reclamar indemnización con independencia de lo que decida la autoridad de competencia.¹⁹⁶ Es decir, estas acciones buscan la indemnización como si se tratara de cualquier otro ilícito que provoca daños civilmente indemnizables, en este caso a los consumidores.

Los principales argumentos que se han esgrimido en favor de la exclusividad de las acciones derivativas, y en consecuencia de la prohibición de las acciones originarias, son los siguientes:

En primer lugar, podemos indicar que las infracciones contra la libre competencia son sancionadas infraccionalmente por un órgano especializado, el TDLC, por lo que

¹⁹⁴ Del Villar M., L. 2021. p. 210.

¹⁹⁵ Hernández P., G. y Tapia R, M. 2019. p. 95.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

sostener que un juez ordinario, que es competente para conocer de las acciones de interés colectivo o difuso, pueda conocer una demanda que busque declarar una infracción anticompetitiva atentaría contra la regla especial de competencia absoluta, pues la ley radica el conocimiento de esta materia en un tribunal especial, conforme se aprecia del artículo 5°, que indica que el TDLC tiene como función “(...) prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia” en concordancia con el artículo 18, que señala en su numeral 1° que es atribución del mismo órgano “[c]onocer, a solicitud de parte o del Fiscal Nacional Económico, las situaciones que pudieren constituir infracciones a la presente ley” ambos del DL 211.

En segundo lugar, se ha afirmado que siguiendo la literalidad del artículo 30 del DL 211, no queda sino concluir que el legislador pretende que la acción indemnizatoria de este artículo sólo nazca luego de la sentencia condenatoria del TDLC. Así, se ha indicado que se hace lugar a la acción indemnizatoria con motivo de una sentencia definitiva condenatoria ejecutoriada, para que luego el tribunal se pronuncie sobre dicha acción con base en la sentencia del TDLC.¹⁹⁷

En tercer lugar, se han valorado las consecuencias procesales de las *follow on actions* indicando que:

*“En nuestra experiencia es muy relevante el fallo de ilícitos anticompetitivos que confirma algunos aspectos relacionados con los hechos, la calificación de los mismos y también es importante como se ha realizado la ejecución en términos de la conducta para los efectos de perseguir el daño”.*¹⁹⁸⁻¹⁹⁹

Para otro sector de la doctrina, no es concluyente que el legislador haya optado por un modelo de acciones derivativas,²⁰⁰ los principales argumentos que pueden ser esgrimidos son los siguientes:

En primer lugar, porque si bien es cierto que los ilícitos contra la libre competencia se encuentran establecidos en la norma sectorial del DL 211, también es cierto que tales ilícitos pueden implicar una infracción por sí mismos a la LPDC, por ejemplo, al lesionar los derechos básicos de los consumidores a la libre elección del bien o servicio y a la información veraz y oportuna, establecidos en los literales a) y b) del artículo 3° de la

¹⁹⁷ Boetsch G., C. 2021.

¹⁹⁸ Del Villar M., L. citado en: Diálogos CeCo. 2022.

¹⁹⁹ También se debe añadir que la mayoría de los expositores se pronunció a favor que el sistema chileno sólo contemplaría *follow-on actions* respecto de las indemnizaciones que persiguen los consumidores por ilícitos contra la competencia.

²⁰⁰ Hernández P., G. 2022. pp. 16-18; Hernández P., G. y Tapia R., M. 2019. pp. 99 y 100.

LPDC.²⁰¹ Por tanto, podría señalarse que por tratarse de una infracción a disposiciones que protegen bienes jurídicos diversos a los establecidos en el DL 211 no habría vulneración al principio del *non bis in ídem* al sancionar los efectos del injusto anticompetitivo en materia de consumo, y por esa vía, acceder a la indemnización de perjuicios por intereses colectivos o difusos.

En segundo lugar, se ha sostenido que se permite las acciones originarias en nuestro sistema, por aplicación del principio de reparación integral del daño, pues no se podrían reparar todo daño ocasionado por los ilícitos anticompetitivos, si la admisibilidad de la acción indemnizatoria está sometida a las acciones de órganos públicos que hagan cumplir las normas de libre competencia, por ejemplo, si se da el caso que se “(...) *celebra un acuerdo con estatus de equivalente jurisdiccional (v.gr., una conciliación) entre la autoridad y el infractor*”.²⁰²

El sector de la doctrina que arguye a favor de la posibilidad de acciones originarias en nuestro sistema reconoce que dichas acciones indemnizatorias carecerán de las ventajas probatorias que otorga la prejudicialidad de una sentencia previa firme o ejecutoriada, en razón de la cosa juzgada refleja. Además, indican que no correspondería a los tribunales civiles, competentes para conocer de las acciones de interés colectivo o difuso, pronunciarse sobre una infracción al DL 211, por lo que la acción indemnizatoria debería fundarse en una infracción a la LPDC: “*Teniendo en cuenta que en estos casos el Tribunal civil no dictaminaría acerca de la comisión ni infracciones al DL 211, al ser esta facultad del TDLC, la acción colectiva debería fundarse en el incumplimiento de la ley del consumidor*”.²⁰³ Por lo tanto, el procedimiento eventualmente aplicable a las acciones originarias sería muy distinto del procedimiento que hemos denominado especialísimo y que resulta de la lectura conjunta de los artículos 30 del DL 211 y 51 inciso 2° de la LPDC.

En nuestra opinión, si conforme a quienes defienden la existencia de las acciones originarias no es posible interponerlas argumentando sobre una infracción a la competencia, porque, con toda razón, pronunciarse sobre la existencia de estos ilícitos es de competencia exclusiva del TDLC, no podríamos saber nunca con certeza si estamos frente a una real acción originaria que prescinda del DL 211, pues el fundamento de esta eventual acción se basaría en una infracción a la LPDC. Es decir, sería una acción que buscaría la sanción de una infracción a la LPDC con su

²⁰¹ *Ibidem*. p. 109.

²⁰² *Ibidem*. p. 101.

²⁰³ Hernández P., G. citado en: Diálogos Ceco. 2022.

consiguiente indemnización de perjuicios por haber afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores que, no tendría relación explícita con una infracción a la libre competencia. Sería forzoso concluir entonces que, para relacionar una infracción a la libre competencia con la afectación al interés colectivo o difuso de los consumidores, debemos contar con este ilícito acreditado, lo que sólo podría lograrse con la sentencia previa del TDLC.

2.4 Descripción del procedimiento para hacer efectiva la responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos

Ya caracterizada la acción de este procedimiento especialísimo procederemos a analizar quienes son legitimados de presentar esta acción, ante qué tribunal y siguiendo qué tipo de reglas procesales. Para ello, a continuación, ofreceremos una reseña del procedimiento, en la que destacaremos las dificultades que ha debido sortear la acción indemnizatoria de los consumidores por ilícitos contra la competencia, y las diferentes reglas que aplican a esta acción respecto de acción que es interpuesta por otra afectación al interés colectivo o difuso.

2.4.1 Legitimación activa

El procedimiento podrá iniciar por cualquiera de los legitimados activos contemplados en el numeral 1° del inciso 1° del artículo 51 de la LPDC, esto es: por el Sernac; por una asociación de consumidores, constituida al menos con seis meses de anticipación y con la autorización del directorio; y por un grupo de al menos 50 consumidores afectados.

Estos legitimados se han llamado por la doctrina “legitimados colectivos”, que no siguen la mismas reglas de la representación clásica del derecho procesal, sino que cuentan con la aptitud de impulsar el interés colectivo, salvaguardando no al individuo sino al grupo en cuyo interés actúa en base a la representatividad adecuada regulada por ley, cualidad que justifica que el proceso tenga efectos respecto de los ausentes.²⁰⁴ Por otro lado, el hecho que se tenga la cualidad de portar la representatividad adecuada no implica necesariamente que tal rol se sostenga adecuadamente en juicio, por esta razón es que parte de la doctrina indica que el legitimado activo debe obrar en juicio según el estándar fiduciario de quienes administran bienes ajenos.²⁰⁵

Se ha precisado en la doctrina que cada uno de los legitimados activos de la LPDC tiene una justificación. La legitimación activa del Sernac proviene de su función de velar por

²⁰⁴ Aguirrezabal G., M. 2019. pp. 48-50.

²⁰⁵ Del Villar M., L. 2021. p. 251.

el cumplimiento de las disposiciones de la LPDC, establecida en el artículo 58 letra g) de la LPDC.²⁰⁶ Este rol público lo podemos notar en la notificación que se debe practicar al Sernac cuando otro legitimado activo pierde su calidad o se desiste de la demanda, para que en este caso el Servicio resuelva hacerse o no parte de la causa, conforme el inciso 5° del artículo 53 B de la LPDC, de tal manera que sea este órgano público, quien decida en base a sus criterios institucionales la continuación o no del procedimiento colectivo.²⁰⁷

Por su parte, las asociaciones de consumidores encuentran su justificación en su finalidad asociativa²⁰⁸ y, porque su legitimidad se evalúa en función de su propósito, que es proteger intereses colectivos necesarios para el adecuado funcionamiento del mercado y la economía.²⁰⁹

Finalmente, en el caso de los grupos de al menos 50 consumidores, se ha argumentado que su representación se explica como la de un gestor de los intereses colectivos,²¹⁰ revestida, al igual que la representación de los otros legitimados activos, con un deber fiduciario para con los ausentes como lo tiene quien administra bienes o intereses ajenos.²¹¹

Es importante mencionar también, que todos los legitimados activos pueden participar a la vez en el proceso,²¹² siguiendo las reglas relativas a los terceros coadyuvantes y el procurador común del título II del libro primero del CPC a las que se añaden las del numeral 7° del inciso 1° del artículo 51 de la LPDC. Esta regulación ha sido criticada por parte de la doctrina, por carecer de mecanismos de rendición de cuentas, especialmente respecto de asociaciones de consumidores y grupos de consumidores.²¹³

Por último, es necesario mencionar que los legitimados activos pueden iniciar este procedimiento ante el TDLC sin necesidad de haber sido parte del procedimiento infraccional previo, conforme el inciso 3° del artículo 51 de la LPDC, agregado con la reforma introducida por la ley 20.945.

²⁰⁶ Aguirrezabal G., M. 2019. pp. 53 y 54.

²⁰⁷ *Ibidem*. p. 80.

²⁰⁸ *Ibidem*. pp. 56-61.

²⁰⁹ Rodríguez A., P. 2021. pp. 421 y 422.

²¹⁰ Aguirrezabal G., M. 2021. pp. 77-79.

²¹¹ Del Villar M., L. 2021. p. 251.

²¹² *Ibidem*. p. 254.

²¹³ *Ibidem*. pp. 255 y 256: "(...) la falta de incentivos para una debida "accountability" por parte de los legitimados activos distintos del Sernac, el cual como organismo público se le exigen estándares de transparencia (...) [por lo que sería necesario] supervigilar con eficacia que las entidades habilitadas actúen en su rol de representación de acuerdo a sus fines propios y, particularmente, sus fuentes de financiamiento".

Esta norma permitió solucionar dificultades que enfrentaron los legitimados activos colectivos en procedimientos para solicitar indemnización. Así ocurrió en el caso de colusión de las farmacias, regido por la antigua redacción del artículo 30 del DL 211, en la cual se debía interponer la demanda indemnizatoria en sede civil, en que se acogió la reposición de las infractoras quienes solicitaron que se declarara inadmisibles la demanda indemnizatoria del Sernac, pues no se hizo parte del procedimiento infraccional y no representaba a directos afectados por los hechos señalados. Esta argumentación fue desechada por la Corte de Apelaciones de Santiago, la que indicó que el hecho que el Sernac no haya sido parte del procedimiento infraccional carecía de toda relevancia, además que se encontraba legitimado para actuar pues lo hacía en representación del interés difuso de los consumidores para lo que está facultado conforme al artículo 58 letra g) de la LPDC.²¹⁴

2.4.2 Competencia

A partir de la reforma introducida por la ley 20.945, el tribunal competente es el TDLC en atención a lo dispuesto por el artículo 30 del DL 211 y el mismo artículo 51 de la LPDC. Esto constituye una modificación introducida por la ley 20.945, que radicó el conocimiento de la acción indemnizatoria en el TDLC, lo que facilita la prueba y la determinación del monto del perjuicio ocasionado, toda vez que, es el mismo TDLC quien tuvo por acreditados los hechos que dan lugar a la infracción y estima los perjuicios. Además, al ser el TDLC un tribunal especializado, se pensó como una mejor sede para discutir la indemnización de los perjuicios ocasionados por los ilícitos de su competencia.²¹⁵

²¹⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia del 02 de diciembre de 2013, causa rol N° 3.908-2013, considerando 3°.

²¹⁵ Esto se puede ver en la historia de la ley en las exposiciones de expertas consideradas en la comisión de economía de la cámara de diputados María Elina Cruz, Directora del Centro de Libre Competencia de la PUC: "*Finalmente, considera absolutamente necesario que el TDLC fije las indemnizaciones que se deban a los afectados por la colusión, puesto que es el único que cuenta con dos economistas y no hay ningún juez civil que vaya a ser capaz de determinarlas de esa manera*" o la profesora Nicole Nehme quien acudió por el Centro de Estudios Espacio Público: "*En relación con la responsabilidad civil por daño anticompetitivo, recordó que hoy en día, cuando el TDLC dicta sentencia, puede imponer una multa, y puede haber además una sanción penal, pero la indemnización de perjuicios es entregada a la determinación de los tribunales ordinarios vía juicio sumario. Agregó que desde el año 2004 a la fecha solo ha habido dos condenas en materia de indemnización de daños, lo cual revela que el sistema no funciona muy bien. Cree que vale la pena evaluar que fuera el mismo TDLC el que pudiera fijar los perjuicios durante la ejecución de la sentencia, ya que tiene las herramientas técnicas, la pericia y los funcionarios internos necesarios para determinar el monto de los perjuicios, que es una tarea que muchas veces incomoda a los tribunales civiles. De hecho, entre los pocos precedentes que hay, lo que ha tenido que hacer el tribunal civil es ordenar ciertos peritajes y cuando llegan los resultados de las pericias cuesta interpretarlas porque son en términos econométricos. Entonces, se podría pensar que el propio TDLC sea el que fije los perjuicios, lo que aumentaría el rol disuasivo de la*

2.4.3 Prescripción

Por otro lado, uno de los elementos que deberá ser considerado al momento de interponer la demanda civil, son los plazos de prescripción que establece la ley. Suponiendo la naturaleza derivativa de esta acción el plazo comenzará a correr desde la fecha en que la sentencia infraccional previa se encuentre firme o ejecutoriada y se prolongará hasta 4 años, conforme indica el inciso final del artículo 20 del DL 211.²¹⁶

2.4.4 Admisibilidad

Ingresada la demanda, conforme al inciso 1° del artículo 54 de la LPDC, se notificará al demandado y al Sernac, cuando no sea éste quien inicie el juicio, para que informe si existe otro juicio pendiente por los mismos hechos, en cuyo caso se deberán acumular los autos conforme al numeral 9° del inciso 1° del artículo 51 de la LPDC. Además, facilita la participación del Servicio en el procedimiento, considerando su función de velar por el cumplimiento de la LPDC, conforme al artículo 58 g) ya mencionado en la sección 2.4.2.

Además, se debe realizar el examen de admisibilidad ordenado por el artículo 52 de la LPDC, verificando que se cumplen con los requisitos del artículo 254 del CPC, y que se interpuso por uno de los legitimados activos ya mencionados en la misma sección 2.4.2. Esta redacción se debe a modificaciones del análisis de admisibilidad, introducidos mediante la ley 21.081 de 2018, que antes requería la determinación de la cuantía de los daños ocasionados a los consumidores y la manera en que se habría afectado el interés colectivo o difuso, lo que daba lugar a dilaciones innecesarias del procedimiento en esta etapa. Con la nueva redacción el examen de admisibilidad cumple con ser una

legislación de libre competencia en materia de infracciones y maximizaría los recursos del tribunal especializado, que tiene además un equipo técnico de lujo.” También podemos citar al señor Mario Bravo, Abogado de Conadecus: “(...) Sin embargo, el proyecto en debate no establece el derecho a la indemnización de perjuicios, que ya existe y que esta iniciativa debiera confirmar. Para que esto sea más efectivo, propuso que el propio TDLC, junto con determinar el daño causado para efectos de fijar el monto de la sanción, defina el monto de la indemnización y ordene su pago a los consumidores afectados, a fin de evitar que éstos deban iniciar un nuevo juicio ante un tribunal civil, que no va a tener idea de lo discutido ante el tribunal especializado.” Historia de la Ley N° 20.945. pp. 90-91, 110-111 y 127 respectivamente.

²¹⁶ Hernández P., G. y Tapia R, M. 2019. p. 150.

etapa meramente formal,²¹⁷⁻²¹⁸ lo que también ha generado controversias por impedir el contradictorio antes de comenzar el juicio.²¹⁹

A mayor abundamiento, la interpretación acerca del carácter formal del examen de admisibilidad fue refrendada por la Corte Suprema resolviendo favorablemente un recurso de reclamación de una asociación de consumidores, cuya demanda indemnizatoria había sido desestimada en la fase de admisibilidad, por encontrarse pendiente otra causa civil sobre los mismos hechos, en este sentido, la Corte Suprema consideró que este motivo se refería a un análisis de fondo, contrario al examen de los requisitos formales de la demanda, por lo que la mandó a tener por interpuesta.²²⁰

Respecto de la resolución que declare inadmisibile la demanda, únicamente procederá el recurso de reclamación, de acuerdo con el artículo 30 del DL 211, por tratarse de una resolución que hace imposible la continuación del juicio. En este sentido, la Corte Suprema ha negado este recurso cuando se ha declarado inadmisibile la demanda colectiva respecto de algunos de los proveedores demandados, puesto que no haría imposible de continuar el juicio, sino que lo haría respecto de alguno de los proveedores demandados.²²¹

Si se confirma por la Corte Suprema el fallo del TDLC que declare inadmisibile la demanda colectiva, podrá intentarse nuevamente una demanda colectiva en el caso que se acompañen nuevos antecedentes, en conformidad al inciso 8° del artículo 52 de la LPDC.

En relación con el contenido de la demanda, la ley exige además que se señale el daño sufrido. Este requisito no es objeto del control de admisibilidad, puesto que la literalidad

²¹⁷ Aguirrezabal G., M. 2019. pp. 98 y 99.

²¹⁸ La redacción anterior del artículo 52, que establece el examen de admisibilidad, mandaba a que se revisara “a) que la demanda fue interpuesta por un de los legitimados activos individualizados en el artículo 51” y “b) que la demanda contiene una exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho que justifican razonablemente la afectación al interés colectivo o difuso de los consumidores, en los términos del artículo 50.” La redacción en particular de la letra b) dio lugar a impugnaciones de parte de los proveedores contra la resolución que tenía por interpuesta la demanda. Los recursos destinados a invalidar esta resolución exponían en sus fundamentos argumentos relativos a que la demanda no daba cuenta de afectaciones al interés colectivo, lo que propendía a discutir el fondo de la cuestión debatida en la etapa de admisibilidad. Un ejemplo de estas impugnaciones se puede ver en el caso de SERNAC contra CMPC TISSUE S.A. y SCA Chile S.A., en la resolución del recurso de apelación interpuesto subsidiariamente contra la resolución que tiene por interpuesta la demanda, Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 27 de marzo de 2017, rol causa N° Civil-14782-2016.

²¹⁹ Del Villar M., L. 2021. p. 227.

²²⁰ Corte Suprema, sentencia de fecha 12 de enero de 2021, causa rol N° 1.181-2020, considerando 7°.

²²¹ Corte Suprema, sentencia de fecha 06 de octubre de 2021, causa rol N° 14.395-2021, considerando 4°.

del artículo 52 no lo menciona, sino que lo manda el artículo 51 numeral 2°. Esta obligación de indicar los daños, se ha entendido por la doctrina como una reserva de liquidación, que abre la posibilidad a una cierta indeterminación del daño en el escrito de la demanda.²²² Esta posibilidad resulta trascendental, puesto que no es posible determinar con exactitud el daño indemnizable *a priori* sin mediar pericias u otros medios probatorios, como veremos en la sección 3.4.4., por lo que es apropiado en cambio una estimación razonable del daño.²²³ Como referencia en la determinación de esta estimación razonable, se podría utilizar la cuantificación del daño contra el mercado de la sentencia condenatoria infraccional del TDLC.²²⁴

En lo que respecta a la solicitud de daño extrapatrimonial, se aprecia con mayor intensidad la indeterminación de los daños, puesto que la ley se encarga de establecer el mecanismo para cuantificar la indemnización por este concepto denominado de “montos mínimos comunes”. Este sistema o mecanismo se rige por las siguientes reglas contempladas en los incisos 3° y siguientes del numeral 2° del artículo 51 de la LPDC: En primer lugar, el Sernac deberá poner a disposición de los consumidores afectados un sistema de registro que les permita acogerse al mecanismo de determinación. En segundo lugar, el juez de oficio o a petición de parte, una vez iniciado el procedimiento, podrá determinar este monto mínimo común, preferentemente por informe de peritos. Por último, el propio demandado podrá realizar propuestas de indemnización del daño moral. Con todo, la elaboración de este monto mínimo común y el registro de los consumidores, en ningún caso obstará a que, de manera individual y en juicio posterior, los consumidores persigan una indemnización mayor dadas las particularidades de cada caso, sin necesidad de reserva alguna, y siguiendo las reglas del juicio sumario, todo lo anterior en virtud del numeral 2° del inciso 1° del artículo 51 de la LPDC en concordancia con el inciso 1° del artículo 30 del DL 211. En este caso, como ha indicado la doctrina, el consumidor individual no deberá demostrar la procedencia del daño moral, sino únicamente su cuantificación en un monto mayor al otorgado mediante el sistema del monto mínimo común.²²⁵

Esta regulación se asemeja a la demanda de codena con reserva del artículo 173 del CPC, por cuanto el legislador permite una cierta indeterminación del daño en el petitorio de la demanda indemnizatoria, se distingue por cuanto la sentencia que acoja la demanda se amparó en este artículo, no se debe pronunciar sobre la extensión de los daños, por lo que parte de la doctrina indica que se trata de un procedimiento que finaliza

²²² Aguirrezabal G., M. 2019. pp. 86 y 87.

²²³ Hernández P., G. y Tapia R, M. 2019. p. 54.

²²⁴ *Ibidem*. 2019. pp. 40 y 41; *ibidem*. pp. 51 y 52.

²²⁵ Aguirrezabal G., M. 2019. pp. 129 y 130.

con una “(...) sentencia con reserva de liquidación (...) expresión en la que creemos deben entenderse incluidos los daños y perjuicios y la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe (...)”.²²⁶ Mientras que la indeterminación permitida en las demandas que reclaman indemnización por afectación al interés colectivo o difuso no se extiende a la sentencia, debiendo esta pronunciarse, como veremos más adelante, sobre los daños y su extensión.

2.4.5 Período de discusión

Con la resolución que declara admisible la demanda es posible solicitar la medida precautoria especial del cese provisional del cobro cuyo cargo se controvierta en juicio, como señala el artículo 51 inciso 1° numeral 10° de la LPDC, que la doctrina ha calificado como una medida innovativa, puesto que busca evitar nuevos perjuicios a los consumidores durante la tramitación del juicio mediante la alteración del *status quo*.²²⁷

Por otro lado, con cargo al demandante se deberá, dentro de décimo día, informar a los consumidores afectados de la existencia del juicio a través de la publicación de un aviso por un medio que asegure su adecuada difusión y por el sitio web del SERNAC, conforme lo indica el inciso 1° del artículo 53 de la LPDC. La elaboración del contenido de este aviso corresponderá al secretario del tribunal y contendrá al menos las menciones que señala el inciso 2° del artículo 53 de la LPDC.

Con lo anterior pretende que los consumidores afectados tengan conocimiento de la existencia del juicio, contando con un plazo de 20 días hábiles para hacer reserva de derechos y así poder perseguir posteriormente su indemnización mediante un procedimiento individual conforme lo indica el inciso 4° del artículo 53 de la LPDC. Este mecanismo para realizar reserva se conoce como *opt-out*, es decir, por el cual los interesados individualmente pueden optar por “salirse” de la pretensión colectiva. Esto significa “(...) que, una vez determinado el respectivo grupo, quienes lo conforman, pese a su silencio, serán representados automáticamente en la acción colectiva, salvo que decidan excluirse de ella.”²²⁸ Distinto al mecanismo *opt-in* conforme al cual los interesados podrían sumarse a la pretensión colectiva, este mecanismo no está presente en nuestro sistema.²²⁹ El efecto procesal de esta reserva será la inoponibilidad de los resultados del juicio, de esta manera el consumidor que realice su reserva oportuna de derechos deberá acreditar los daños patrimoniales y extrapatrimoniales en

²²⁶ *Ibidem*. pp. 86 y 87.

²²⁷ *Ibidem*. pp. 109 y 110.

²²⁸ Hernández P., G. y Tapia R, M. 2019. p. 85.

²²⁹ Un análisis y explicación de estos sistemas en acciones colectivas en: Leskinen C., E. 2010.

un juicio posterior de responsabilidad civil individual, el que se sujetará al procedimiento sumario por aplicación del inciso 1° del artículo 30 del DL 211.

Quienes hagan uso de esta reserva en esta etapa del procedimiento no son considerados partes del juicio,²³⁰ lo que les impide sostener alegaciones en juicio. Esta regulación se ha evaluado positivamente por parte de la doctrina, al “(...) *evitar la posibilidad que los consumidores puedan hacerse parte individualmente para entorpecer el proceso, así como interferir ineficazmente en el mismo, sea solicitando pruebas individuales o recurrir contra sus resoluciones*”.²³¹ En definitiva, mediante este sistema el legislador busca armonizar los intereses colectivos con los individuales, de manera que el legislador permite que ambos coexistan o se diferencien según opte individualmente el consumidor afectado. En efecto, la doctrina ha indicado que así se logra que el procedimiento colectivo siga su curso sin consideraciones particulares, lo que satisface su objeto de entregar un mecanismo más rápido y económico que los juicios individuales; y por otro lado se favorece al consumidor individual “(...) *por cuanto evita que los consumidores asuman riesgos en lo que respecta a la posibilidad de ejercer sus derechos*”.²³²

Finalmente, para interponer su demanda individual, el consumidor deberá esperar hasta que el procedimiento colectivo o difuso ya no se encuentre pendiente, suspendiéndose el plazo de prescripción durante su tramitación, según indican los numerales 5° y 6° del inciso 1° del artículo 51 de la LPDC.

Respecto del demandado, estando firme la resolución que declaró la admisibilidad de la demanda, se conferirá traslado para que conteste dentro del término de 10 días, conforme el artículo 52 incisos 2° y 4° de la LPDC, lo que constituye el período de emplazamiento, término en el cual podrá hacer valer sus defensas. Las actitudes que puede adoptar el demandado, como se indica en las normas generales, podrían ser la rebeldía, el allanamiento y la oposición a la pretensión mediante excepciones o por la contestación de la demanda.

Es usual que los infractores interpongan la excepción de falta legitimación pasiva, la que ha sido utilizada en casos de tutela del interés colectivo o difuso de los consumidores argumentando que la falta de un vínculo contractual con el consumidor impide la

²³⁰ Aguirrezabal G., M. 2019. p. 106.

²³¹ Del Villar M., L. 2021. p. 211.

²³² Aguirrezabal G., M. 2019. 2019. p. 109.

aplicación de la LPDC.²³³ Este argumento no considera adecuadamente el requisito de vínculo contractual a la luz de la definición de proveedor, que engloba a toda la cadena de intercambios que cuente con un vínculo contractual mediatizado con el consumidor, como ya hemos reiterado en las secciones 1.1.4.2 y 2.2. No obstante esta interpretación ha tenido tuvo acogida en una sentencia de primera instancia, que identificó la falta de vínculo contractual con la carencia de una relación de causalidad.²³⁴ Esta interpretación, tampoco es correcta, lo que será analizado en detalle en la sección 3.3.

2.4.6 Período obligatorio de conciliación

En la resolución que tiene por contestada la demanda, el juez citará a las partes a una audiencia de conciliación dentro de quinto día, en esta audiencia las partes podrán presentar las bases concretas de arreglo, obrando el juez como amigable componedor, pudiendo alcanzarse una conciliación total o parcial conforme lo señala el inciso 9° del artículo 52 de la LPDC.

Parte de la doctrina ha criticado esta norma por dos razones. En primer lugar, puesto que no se obliga a establecer de forma transparente los mecanismos de distribución de las indemnizaciones, lo que implica un riesgo a que las compensaciones no ingresen a los patrimonios de los afectados o siquiera salgan del patrimonio del demandado.²³⁵ En segundo lugar, puesto que es posible configurar un caso de “fraude procesal” cuando el objetivo del acuerdo sea engañar al tribunal sobre los supuestos de hecho o derecho, defraudando a los consumidores “(...) *mediante acuerdos con bajas o sin compensaciones efectivas, que no son más que el reflejo de la connivencia previa entre las partes*”.²³⁶

No obstante, lo advertido, creemos que se puede tener en consideración la regla especial del inciso 3° del artículo 53 B de la LPDC. Esta norma, de manera amplia, indica que “[t]odo *avenimiento, conciliación o transacción deberá ser sometido a la aprobación del juez. Para aprobarlo, el juez deberá verificar su conformidad con las normas de protección de los derechos de los consumidores (...)*” lo que se ha entendido como una manera de protección de los intereses de los consumidores ausentes por parte del juez.²³⁷ Dentro de este control sustantivo, se deberá verificar especialmente el

²³³ Esto se puede ver en los siguientes procedimientos, causas rol N° CIP-5-2020, CIP-7-2020, CIP-8-2021, CIP-9-2021 y CIP-10-2021, todos ante en TDLC.

²³⁴ 29° Juzgado Civil de Santiago, sentencia de fecha 19 de febrero de 2019, causa rol N° C-28.470-2015, considerandos 15° y 16°.

²³⁵ Del Villar M., L. 2021. p. 256.

²³⁶ *Ibidem*. p. 257.

²³⁷ Aguirrezabal G., M. 2019. p. 114.

cumplimiento de las letras c) y e) del artículo 3° de la LPDC referidas al derecho básico de los consumidores a no ser discriminados arbitrariamente y a una reparación adecuada y oportuna. En consecuencia, toda forma de fraude procesal que se materialice en mecanismos autocompositivos debería ser prevenida por el juez en virtud de su atribución de control de los acuerdos entre las partes, no debiendo admitir conciliaciones que juzgue discriminatorias o insuficientes para reparar el daño, dando paso a la etapa probatoria.

Para facilitar que las indemnizaciones entren en los patrimonios de las víctimas, los acuerdos deberán contemplar un conjunto mínimo de acciones destinadas a informar a quienes resulten beneficiados, designando por otro lado, a un tercero independiente, conforme indica el mencionado inciso final del artículo 53 B de la LPDC. El tercero destinado a concretar las acciones tendientes a informar a los beneficiarios deberá llevarlas a cabo a costa de los proveedores infractores.

Transcurridos dos años desde el plazo que se estipule para el cumplimiento del acuerdo habiendo remanentes, se entenderá que los derechos de los consumidores no reclamados han caducado de pleno derecho, debiendo este tercero enterar los remanentes a los fondos concursables para el financiamiento de las Asociaciones de Consumidores, establecidas en el artículo 11 bis de la LPDC, todo lo anterior conforme al artículo 53 B inciso 6° de la LPDC. Lo que se ha denominado en doctrina mecanismo *cy-prés*, que será analizado en profundidad en la sección 3.5.

2.4.7 Período de prueba

En caso de frustrarse la conciliación obligatoria, el juez recibirá la causa a prueba si considera que hay hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos. Al respecto es importante considerar que contra esta resolución que reciba la causa a prueba a diferencia de lo establecido en las reglas generales, sólo procederá el recurso de reposición, debido al restrictivo régimen de recursos de este procedimiento especialísimo. El término probatorio será de 20 días, conforme el inciso penúltimo del artículo 52 de la LPDC, siendo posible abrir un término especial, conforme a las reglas generales.

Como el procedimiento se basa en una sentencia anterior del mismo TDLC, los hechos establecidos en esa sentencia y su calificación jurídica no pueden ser cuestionados en el nuevo proceso indemnizatorio en virtud de los efectos positivos de la cosa juzgada o cosa juzgada prejudicial. Justamente, el objetivo de la cosa juzgada prejudicial es evitar

dos sentencias contradictorias sobre un objeto procesal conexo,²³⁸ así, lo establecido en esta sentencia infraccional no puede ser contradictorio con la sentencia civil posterior.

En consecuencia, los hechos a probar versarán sobre la causalidad y la existencia y extensión de los daños a los consumidores, salvo que uno de estos elementos ya haya sido reconocido por la sentencia del TDLC.²³⁹

Sobre la carga de la prueba, a diferencia de los procedimientos de interés individual del derecho del consumo, en que el inciso 5° del artículo 50 H establece expresamente la carga dinámica de la prueba, en el procedimiento colectivo, y en este procedimiento especialísimo, la carga recae sobre los demandantes, conforme a la regla general del artículo 1698 del Código Civil. Esto ha constituido un obstáculo a la hora de conceder indemnizaciones, por las dificultades prácticas que conlleva.²⁴⁰ Sin embargo, existen autores que indican que es posible establecer presunciones del daño en los procedimientos colectivos o difusos atendiendo que es el proveedor quien está en mejor posición para aportar prueba que tienda a demostrar la causalidad, y la existencia y extensión del daño,²⁴¹ lo que es coherente con el inciso final del artículo 51 de la LPDC, que establece un deber de colaboración procesal para los proveedores demandados de aportar los instrumentos solicitados, a petición de parte o de oficio, que obren en su poder y tengan relación con la cuestión debatida, so pena de presumirse lo indicado por la demandante.²⁴²

El sistema de valoración de la prueba que rige los procedimientos colectivos, incluido el procedimiento especialísimo, es el de la sana crítica, conforme lo señala el artículo 51 inciso 1° de la LPDC. Coherentemente con este sistema de valoración, existe libertad probatoria en cuanto a los medios de prueba,²⁴³ indicando una norma especial para los consumidores, quienes pueden declarar como testigos, no siendo aplicable la causal de inhabilidad contenida en el numeral 6° del artículo 358 del CPC.²⁴⁴⁻²⁴⁵

²³⁸ Romero S., A. 2002. pp. 93-102.

²³⁹ Hernández P., G. y Tapia R, M. 2019. pp. 51-53.

²⁴⁰ Momberg U., R. y Pino E., A. 2021. p. 310.

²⁴¹ Ponce M., M. 2021. pp. 257-278.

²⁴² Aguirrezabal G., M. 2019. pp. 110 y 111.

²⁴³ Hernández P., G. y Tapia R, M. 2019. p. 51.

²⁴⁴ Aguirrezabal G., M. 2019. p. 110.

²⁴⁵ Puede resultar interesante la incorporación de esta norma. En efecto, en la historia de la ley 21.081 quedó plasmado que, según la intervención de la abogada Jimena Orrego, a la postre abogada externa de CONADECUS, era necesaria su introducción para ampliar los medios probatorios de los consumidores y hacer énfasis en que "(...) *los afectados no son el colectivo por el que se demanda y tampoco la suma de ellos lo es, sino que el colectivo o difuso constituye una ficción legal, una universalidad jurídica, distinta de los miembros que la componen (...)*": Historia de la Ley N° 21.081. p. 482, sin un pronunciamiento explícito en este sentido, la

Respecto del estándar probatorio en este procedimiento debemos indicar que corresponderá al de preponderancia de la evidencia, “(...) *aplicable para los casos civiles ordinarios, en que está en juego el derecho o interés pecuniario de una parte frente al derecho o interés patrimonial equivalente de la otra*”.²⁴⁶ No obstante, de ser procedente la aplicación de daños punitivos, habrá que distinguir según sea la naturaleza que se asigne a tal indemnización: Si se considera que no escapa de la naturaleza indemnizatoria, debería conservarse el estándar probatorio de preponderancia de la evidencia; por el contrario, si se estima que la naturaleza de esta institución es contravencional, por su función preponderantemente retributiva, debería aplicarse, para el solo efecto de determinar su concurrencia, un estándar de prueba más exigente, esto es el de prueba clara y convincente, regla general en procedimientos sancionatorios infraccionales.²⁴⁷

2.4.8 Período de sentencia

Terminado el período probatorio, el TDLC deberá citar a oír sentencia, pudiendo dictar las medidas para mejor resolver conforme a las reglas generales.

La sentencia debe cumplir con los requisitos del inciso 1° del artículo 53 C de la LPDC. De esta manera, además de cumplir con lo dispuesto en el artículo 170 del CPC, deberá indicar, la manera en que se afectó el interés colectivo o difuso, declarar la procedencia de indemnizaciones y su monto en función de los grupos de consumidores afectados, indicar la procedencia de los daños punitivos, disponer la devolución de lo pagado en exceso y ordenar la publicación de avisos de la sentencia definitiva, con cargo a los infractores y, por último, si se estima que los proveedores cuentan con la información para proceder al pago a un grupo de consumidores, la sentencia indicará las acciones destinadas a que los beneficiados se informen de las medidas que hagan efectivo el pago.

Con todo, la sentencia del TDLC que se pronuncie sobre estos hechos no deberá pronunciarse sobre la letra b) del artículo 53 C, esto es declarar la responsabilidad de los proveedores y establecer las multas administrativas, toda vez que esto es parte de la sentencia infraccional precedente.

observación propuesta fue recogida por la presidencia de la república mediante una indicación que fue aprobada por unanimidad en la Comisión de Economía del Senado posición que fue incluida en la indicación N° 131 de la Presidencia de la República e incorporada por votación unánime en la Comisión de Economía del Senado: *Ibidem*. p. 610; *Ibidem*. p. 688.

²⁴⁶ Maturana B., J. 2021. p. 319. En el mismo sentido, pero específicamente respecto de las indemnizaciones civiles como consecuencia de la condena por ilícitos anticompetitivos: Hernández P., G. y Tapia R., M. 2019. p. 53; Hamilton E., M. 2018. p. 48.

²⁴⁷ Maturana B., J. 2021. pp. 321-323.

De lo anterior, se ha criticado la ausencia de una regulación y tarificación del otorgamiento de las costas personales y procesales para los legitimados activos, de manera que se incentive de forma transparente una óptima actividad judicial de todos los legitimados activos.²⁴⁸

Además, es preciso mencionar que, en caso de sentencia absolutoria, cualquier legitimado activo podrá interponer una nueva demanda colectiva valiéndose de nuevas circunstancias, las que serán evaluadas en la admisibilidad de la nueva acción, conforme indica el inciso 5° del artículo 54 de la LPDC. Este segundo juicio deberá considerar los hechos del juicio indemnizatorio anterior, como un *antecedente sustancial*,²⁴⁹ esto es, un elemento de hecho cuya incorporación, en sí mismo, permite evitar el resultado desfavorable anterior.²⁵⁰ El plazo para interponer la nueva demanda será el mismo de la demanda original, suspendiendo el plazo durante el tiempo que haya durado la tramitación del juicio colectivo anterior.²⁵¹

En contra de la sentencia definitiva de este procedimiento procederá únicamente el recurso de reclamación regulado en el artículo 27 del DL 211, para ante la Corte Suprema. Este es un recurso extraordinario, que no cuenta con definición en nuestra legislación, sin embargo, podemos afirmar que, según la jurisprudencia de la Corte Suprema, se trata de un recurso que promueve una nueva instancia,²⁵² pudiendo además suspenderse los efectos de la sentencia definitiva del TDLC.²⁵³

2.4.9 Efectos de la sentencia definitiva condenatoria

Los efectos de la sentencia definitiva, una vez firme serán *erga omnes*, en doctrina, se ha justificado este efecto sobre la base de la representatividad adecuada tratada al referirnos a los legitimados activos, puesto que se asume que el resto de afectados "(...) *de haber ejercido directamente la defensa, no podrían haberlo hecho de mejor modo*".²⁵⁴

En los casos en que no haya sido posible determinar durante el juicio la identidad de los consumidores afectados por no contar el proveedor demandado de la información necesaria para individualizarlos, será necesaria la comparecencia individual de los consumidores para demostrar su pertenencia al grupo, conforme señala el inciso 2° del

²⁴⁸ Del Villar M., L. 2021. p. 258.

²⁴⁹ Aguirrezabal. 2019. p. 146.

²⁵⁰ *Ibidem*. p. 124.

²⁵¹ *Ibidem*. p. 143.

²⁵² Hudson H., L. 2014. p. 188.

²⁵³ *Ibidem*. p. 148.

²⁵⁴ Aguirrezabal G., M. 2019. p. 117.

artículo 53 C de la LPDC, esta comparecencia individual se denomina también liquidación del daño y se hará de manera individual.²⁵⁵

Para proceder a la liquidación individual de la sentencia definitiva indemnizatoria, primero deberá ser publicada en avisos a costa del demandado, con el objeto de que los afectados, en un plazo de 90 días corridos desde el último aviso, comparezcan en juicio alegando su pertenencia a uno de los grupos, conforme al inciso 1° del artículo 54 C de la LPDC. En este mismo plazo, los consumidores tendrán la segunda oportunidad de hacer reserva de sus derechos que no difiere en sus efectos de la primera, conforme el inciso 2° del artículo 54 C de la LPDC. Así, podrán determinar la totalidad de los perjuicios que correspondan en un juicio individual posterior,²⁵⁶ que se seguirá conforme a las reglas del juicio sumario.

Es preciso que vinculemos el efecto *erga omnes* de la sentencia con el mecanismo *opt-out* analizado en la sección 2.4.6, en efecto, se ha afirmado que: "(...) las sentencias recaídas en estos procedimientos producen efecto erga omnes de conformidad al artículo 54 de la LPDC, el que deriva de la adopción del sistema opt-out de las acciones colectivas en la LPDC".²⁵⁷

Una vez se cumpla el plazo de los 90 días, se dará traslado al proveedor demandado para que dentro de 10 días corridos para controvertir la calidad de miembro de grupo a quienes hayan comparecido, lo que se tramitará vía incidental, pero contra la resolución que lo falle será procedente únicamente el recurso de reposición en virtud del artículo 54 E de la LPDC en concordancia con el artículo 30 del DL 211.

En el caso que el condenado no pague lo debido en 30 días, se procederá a la ejecución de la sentencia mediante el procedimiento de ejecución incidental según indica el artículo 54 F de la LPDC.

Estas normas relativas a la liquidación individual de la indemnización se pueden criticar por las siguientes razones. En primer lugar, por su poca utilidad práctica, así se ha señalado, ejemplificando con el caso de la colusión en el precio de la carne de pollo, que en una hipotética sentencia condenatoria, el consumidor individual "(...) debería limitarse a probar que adquirió carne de pollos a precios colusorios [sin embargo] (...) en la mayoría de los casos, aquello va a ser imposible (...) de acreditar".²⁵⁸ En segundo

²⁵⁵ *Ibidem*. p. 135.

²⁵⁶ *Ibidem*. p. 134.

²⁵⁷ Couchot B., J. M. 2021. p. 382.

²⁵⁸ De la Maza, I. 2020. pp. 138 y 139.

lugar, este procedimiento incidental posterior acontece después de un procedimiento indemnizatorio que ocurrió luego de un procedimiento infraccional, dilatando aún más una indemnización por una infracción ya probada latamente. En tercer lugar, respecto al cumplimiento de la sentencia, la doctrina ha criticado la ausencia de mecanismos de protección del crédito, puesto que se encuentran desprovistos de preferencia a propósito de la prelación de créditos.²⁵⁹

Los remanentes que no se reclamen o no hayan podido ser transferidos a los consumidores, en un plazo de dos años, se deberán enterar a los fondos concursables de las asociaciones de consumidores del artículo 11 bis de la LPDC, caducando los derechos de los consumidores a la indemnización, conforme el inciso 2° del artículo 53 C de la LPDC, lo que constituye un mecanismo de distribución del daño destinado a que el consumidor no conserve el monto del daño en su patrimonio, lo que será analizado en la sección 3.5 cuando analicemos el mecanismo del *cy-prés*.

2.5 Resumen de las diferencias entre el procedimiento colectivo seguido por un ilícito anticompetitivo del seguido por otra afectación al interés colectivo o difuso

En primer lugar, son distintas las pretensiones que se hacen valer en el caso que el procedimiento colectivo se inicie por un ilícito anticompetitivo, que si es por otro ilícito. En el procedimiento especialísimo tendrá como única finalidad acreditar la indemnización del daño civil derivado del injusto anticompetitivo.²⁶⁰ En cambio, en el caso de un procedimiento para la protección al interés colectivo o difuso motivado por una infracción a la LPDC, nos encontraremos con una pretensión infraccional y otra civil.²⁶¹

En segundo lugar, en el procedimiento para protección al interés colectivo o difuso, la acción deberá ser interpuesta ante el juez ordinario, conforme al artículo 50 A inciso 2° de la LPDC; en cambio, el procedimiento especialísimo indica que el tribunal competente será el TDLC en atención a lo dispuesto por el artículo 30 del DL 211 y el inciso 2° del artículo 51 de la LPDC.

En tercer lugar, existen diferencias respecto de la prescripción de las acciones. La acción para perseguir la responsabilidad infraccional y civil conforme a las reglas generales de la LPDC se rige por las reglas contempladas en el código civil, según el inciso 1° del artículo 26 de la LPDC, de tal manera respecto de lesiones al interés

²⁵⁹ Del Villar M., L. 2021. pp. 241 y 242.

²⁶⁰ Aguirrezabal G., M. 2019. p. 186.

²⁶¹ Del Villar M., L. 2021. p. 255.

colectivo, que suponen un vínculo contractual, el plazo será de 5 años conforme lo indica el artículo 2515.²⁶² Mientras que si se trata de lesiones al interés difuso, el plazo será de 4 años conforme lo señala el artículo 2332.²⁶³ En oposición, en el procedimiento especialísimo el plazo de prescripción será uniforme y corresponderá al establecido en el artículo 20 inciso final del DL 211, esto es de cuatro años desde la fecha en que se encuentre firme o ejecutoriada la sentencia que declare la infracción al mismo cuerpo legal.

En cuarto lugar, la sentencia definitiva del procedimiento especialísimo tiene como antecedente prejudicial la sentencia condenatoria ejecutoriada que declara la infracción al DL 211, por lo que no debe incluir un pronunciamiento sobre la responsabilidad infraccional.

En quinto lugar, si se hace uso de la reserva de derechos en el procedimiento para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores por una infracción distinta a una contra el DL 211, se substanciará conforme a las reglas del procedimiento de interés individual, conocido por el juez de letras que dictó la sentencia, conforme a las reglas generales de la LPDC. En cambio, si el procedimiento es para indemnizar los daños de un ilícito anticompetitivo, el procedimiento será el procedimiento sumario, en conformidad al artículo 30 del DL 211.

En sexto lugar, existe una diferencia respecto del régimen de recursos. Así, el procedimiento para la protección del interés colectivo o difuso contempla una amplia procedencia de recursos, por ejemplo, podemos observar la concurrencia expresa del recurso de reposición con apelación en subsidio, el de apelación directamente y, conforme a las reglas generales, las casaciones en el fondo y forma. En contraste, en el procedimiento especialísimo, el régimen de recursos es restrictivo, conforme al inciso 1° del artículo 30 del DL 211 e inciso 2° del artículo 51 de la LPDC, las resoluciones que dicte el TDLC sólo serán susceptibles de recurso de reposición, salvo respecto de la sentencia definitiva e interlocutorias que pongan término al procedimiento o hagan imposible su continuación, en cuyo caso sólo será procedente el recurso de reclamación.

²⁶² Hernández P., G. y Tapia R, M. 2019. p. 151.

²⁶³ *Ibidem*.

CAPÍTULO III. Estatuto de responsabilidad civil para con los consumidores frente a ilícitos contra la libre competencia

En este capítulo veremos cómo, desde un punto de vista civil, se configura el ilícito contra los consumidores a propósito de una infracción a la libre competencia en el procedimiento indemnizatorio.

Para ello, analizaremos cada uno de los elementos del juicio de atribución de daños en sede civil, a saber, (i) el hecho, (ii) el factor de imputación, (iii) la causalidad y (iv) el daño, indicando cómo se manifiestan estos elementos cuando el juicio de atribución de responsabilidad civil opera en el procedimiento indemnizatorio especialísimo que deben seguir los consumidores para obtener su reparación de un ilícito anticompetitivo.

A continuación, procederemos a distinguir cada elemento de la responsabilidad civil:

3.1 Hecho

Como ya hemos indicado, sólo el TDLC y la Corte Suprema conociendo vía recurso de reclamación, pueden determinar una infracción a la libre competencia. Así, los hechos que constituyen el tipo infraccional, quedarán establecidos en la sentencia que debe servir de antecedente de la demanda, y estarán beneficiados de los efectos de la cosa juzgada prejudicial, por lo que no se podrán controvertir en el procedimiento indemnizatorio conexo.²⁶⁴

Esto es indicado expresamente en la ley, conforme a la actual redacción del inciso segundo del artículo 30 del DL 211, que indica: “[a]l resolver sobre la acción de indemnización de perjuicios, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fundará su fallo en los hechos establecidos en su sentencia que sirvan de antecedente a la demanda”.

3.2 Factor de imputación

Antes de la reforma de la ley 20.945 del 30 de agosto de 2016, la redacción del artículo 30 del DL 211 indicaba que la sentencia condenatoria firme del TDLC, establecía tanto la existencia del hecho ilícito como su conducta y calificación jurídica, por lo que no había dudas de que la ilicitud de la conducta quedaba fijada junto a los hechos como indiscutible por el efecto positivo de la cosa juzgada.

²⁶⁴ Aguirrezabal G., M. 2019. p. 187; Hernández P., G. y Tapia R, M. 2019. p. 11.

No obstante, luego de la reforma del año 2016, la norma sólo alude a los hechos, sin referirse a la conducta ni a su calificación jurídica. De tal manera que, como advierten los profesores Gabriel Hernández y Mauricio Tapia, es razonable preguntarse si los demandantes civiles deben probar la culpa o el dolo.²⁶⁵

Los autores ofrecen cuatro argumentos para indicar que no sería necesario probar el factor de imputación, aún con la nueva redacción. Nosotros suscribimos plenamente estas cuatro consideraciones, a saber:

En primer lugar, por no interpretar la evolución de la redacción legislativa conforme al principio pro-consumidor que resulta obligatorio considerar. Este es claro del espíritu de la ley 20.945 y de la posterior reforma de la ley 21.081, que buscaban beneficiar a los consumidores. En segundo lugar, porque desincentivaría el *private enforcement*, lo que también era un objetivo de la reforma de la ley 20.945. En tercer lugar, porque sería contrario al principio de economía procesal, al tener que acreditar dos veces la culpabilidad por el mismo hecho ante el mismo tribunal. Y, en cuarto lugar, porque en los ilícitos anticompetitivos, especialmente, la colusión; se sancionan considerando la intencionalidad de la conducta en el procedimiento infraccional.²⁶⁶

Respecto del tercer motivo, nos permitimos añadir que, como se ha mencionado en la doctrina, el factor de imputación estaría dado por la culpa infraccional.²⁶⁷ Esta, conforme indican los mismos profesores Gabriel Hernández y Mauricio Tapia, presume la culpabilidad y la da por inequívocamente acreditada.²⁶⁸ Asimismo, al ser la intencionalidad parte integrante del tipo infraccional, el TDLC debe establecerla como uno de los fundamentos de la sentencia infraccional.²⁶⁹

Sobre el cuarto motivo, se puede agregar que una de las características propias de los ilícitos contra la libre competencia es que “(...) *la intencionalidad de la conducta es parte esencial del ilícito (...)*”.²⁷⁰ Esto se desprende de la descripción de la conducta ilegal, pues el legislador al indicar que se trata de conductas cuyo propósito o efecto es atentar contra la libre competencia, estaría indicando que se trata de ilícitos necesariamente

²⁶⁵ *Ibidem*. pp. 10-15.

²⁶⁶ *Ibidem*. pp. 12-15.

²⁶⁷ Besomi O., M. I. 2014. p. 57. En un sentido similar Barros B., E. 2020. p. 962, nota al pie número 680.

²⁶⁸ Hernández P., G. y Tapia R, M. 2019. p. 15; Barros. 2020. pp. 104-106.

²⁶⁹ En un sentido similar, Hernández P., G. y Tapia R, M. 2019. pp. 14 y 15. Sin embargo, para los profesores Hernández y Tapia los “hechos” acreditados en la sentencia infraccional permitirían acreditar una “culpabilidad intencional” lo que conduciría a la culpa infraccional en sede civil.

²⁷⁰ Barros B., E. 2020. p. 960.

deliberados.²⁷¹⁻²⁷² Se puede complementar con la opinión del profesor Barros al evaluar el alcance en sede civil de la intencionalidad de los ilícitos anticompetitivos, ha indicado que ésta corresponde a una hipótesis más amplia que la del dolo directo, incluyendo la hipótesis de dolo eventual.²⁷³

3.3 Causalidad

Acreditar el nexo de causalidad entre el ilícito anticompetitivo y el daño a los consumidores puede ser uno de los desafíos más importantes a la hora de solicitar la indemnización de perjuicios. En efecto, al igual que el daño, este requisito debe ser probado en juicio.

Respecto de los consumidores que contrataron con el proveedor, es decir, los consumidores jurídicos, no se presta a mayores dificultades la manera en que se manifiesta el vínculo de causalidad en su faz natural. En la medida que puedan probar su calidad de consumidor, podrán acreditar sin dificultades que adquirieron, usaron o disfrutaron el bien o servicio del mercado relevante.²⁷⁴ El principal problema en estos casos será entonces lograr determinar que los daños sufridos son objetivamente imputables al proveedor infractor, lo que podrá ser argumentado por los criterios de conexión de ilicitud²⁷⁵ o de causa adecuada.²⁷⁶

Sin embargo, los consumidores distintos al consumidor jurídico enfrentan dificultades para construir el vínculo causal. Podemos resaltar tres de los desafíos que enfrentan estos consumidores.

En primer lugar, nos encontramos con los consumidores que fueron excluidos del mercado producto del alza de precios.

En segundo lugar, debemos referirnos a los consumidores que no contrataron directamente con el infractor, sino que el ilícito ocurrió aguas arriba, siendo estos consumidores indirectos víctimas del traspaso del sobreprecio a lo largo de la cadena productiva.

²⁷¹ Banfi D., C. 2014. pp. 42 y 43.

²⁷² Banfi D., C. 2017. p. 106.

²⁷³ Barros B., E. 2020. p. 961.

²⁷⁴ Hernández P., G. 2022. p. 22.

²⁷⁵ Barros B., E. 2020. pp. 410-411.

²⁷⁶ *Ibidem*. p. 419.

Por último, nos referiremos al caso del “efecto paraguas”²⁷⁷ que afecta a consumidores que, no obstante, no haber contratado con el proveedor infractor o con un proveedor que le traspasara los daños de la infracción ocurrida aguas arriba, de igual manera se ven afectados por el ilícito anticompetitivo.

3.3.1 Consumidores excluidos del mercado por el alza de precios

Respecto del primer caso, es muy difícil para quienes fueron desplazados fuera del mercado por el precio anticompetitivo, probar que ellos hubiesen hecho transacciones si los precios no hubiesen sido afectados por la infracción. De hecho, es posible argüir por parte de los proveedores que de la decisión de no comprar no conlleva un daño en sí misma, y que los daños sufridos a raíz de esta decisión serían inconexos causalmente, incumpliendo con el criterio de proximidad para atribuir responsabilidad conforme a la faz normativa de la teoría de la causalidad. Este argumento se ha esgrimido en las contestaciones de los infractores demandados en algunos juicios de indemnización de perjuicios ante el TDLC, así ocurre con las contestaciones de Cencosud en las causas rol CIP-5-2019 y CIP-7-2020, en que indican que el nexo causal sería lejano, y, en consecuencia, no directo.

Esta argumentación omite que la pérdida de consumo es una consecuencia segura del aumento del precio,²⁷⁸ tanto como lo es que existan consumidores que sigan consumiendo al precio anticompetitivo. Como vimos en la sección 1.2.1.3, el aumento de precio, por sobre el precio de mercado, genera pérdidas de eficiencia (medibles) a los consumidores, por la disminución del número de transacciones en el mercado relevante. Por lo que, si este aumento de precio es considerado como parte de un hecho infraccional o ilícito, debe considerarse a la disminución del consumo que este aumento provoque, como un daño resarcible, como analizaremos en la sección 3.4.2.

Así las cosas, pareciera que el criterio de la causa próxima resulta insuficiente para analizar adecuadamente la faz normativa de la causalidad en este caso.

²⁷⁷ De acuerdo con Couchot B., J. M. 2021. El concepto de efecto paraguas consiste en el efecto “espejo” en los precios de los competidores, en un sentido que el aumento de precios ocasionado entre las empresa o por la empresa que sube artificialmente los precios, como consecuencia del ilícito anticompetitivo, también impulsará al alza sus precios, extendiendo el sobreprecio hacia consumidores no directamente ligados a los infractores.

²⁷⁸ El único caso en que esto puede ser discutible es en un mercado de bienes altamente inelásticos. Esto quiere decir que son bienes que, sin importar el alza o baja que sufran en su precio, serán consumidos en igual cantidad o en una cantidad bastante similar. Por ejemplo, el agua potable, aunque suba su precio, es poco probable que deje de ser consumida.

Para atribuir objetivamente estos daños al infractor debemos utilizar alguna de las doctrinas normativas de la causalidad.

El primero de estos criterios, siguiendo al profesor Barros es el de la causa próxima, sin embargo, “(...) la idea de una causa próxima no agrega criterio operativo alguno para calificar cuales consecuencias derivadas del hecho son remotas, a efectos de establecer el límite externo de la responsabilidad”,²⁷⁹ agregando que “[a] falta de otros criterios coadyuvantes, la idea de causa próxima nada agrega a la exigencia, de por sí misma genérica y vaga, de que el daño sea *directo*”.²⁸⁰

Por tanto, es necesario la adopción de un criterio alternativo para determinar si efectivamente la exclusión del mercado de parte de los consumidores se encuentra ligada causalmente con el ilícito anticompetitivo. Nuevamente de acuerdo con el profesor Barros, podríamos realizar este juicio de atribución objetivo mediante otros criterios por él presentados, en particular resultan atingentes el criterio de la causa adecuada y el criterio del riesgo incremental.

El primero consiste en entender que un hecho es imputable o atribuible a un daño cuando “(...) desde la perspectiva de un observador experimentado, que mira retrospectivamente la cadena causal, tales daños no resultan inverosímiles”.²⁸¹ Este criterio ha sido especialmente valorado por el profesor Barros para analizar los casos de responsabilidad por culpa, “(...) pues permite excluir del ámbito de la responsabilidad las consecuencias que objetivamente escapan al ámbito de riesgo de la acción del autor del daño inicial”.²⁸² Usando este criterio al caso, podemos indicar que es verosímil desde el punto de vista económico, que un aumento en el significativo en el precio determinará un número de transacciones inferior respecto de las condiciones de libre mercado anteriores al ilícito anticompetitivo, como ya se ha señalado en la sección 1.2.1.3, por lo que esa exclusión, de ser entendida como daño, se encuentra vinculado causalmente con el hecho ilícito anticompetitivo.

El segundo criterio, del riesgo incremental, responde a la pregunta por “(...) *si la conducta culpable envuelve un especial peligro de que surjan daños consecuentes*”,²⁸³ de manera de no imputar “(...) los daños consecuentes (...) cuando se trata de simples *riesgos generales de la vida* (,,,)”.²⁸⁴ Así las cosas, podemos comprender que el ilícito

²⁷⁹ Barros B, E. 2020. p. 418 y 419.

²⁸⁰ *Ibidem*. p. 419.

²⁸¹ *Ibidem*.

²⁸² *Ibidem*. p. 424.

²⁸³ *Ibidem*. p. 425.

²⁸⁴ *Ibidem*.

anticompetitivo ocasiona riesgos de exclusión de consumidores de un mercado dado, que de otra manera no hubieran existido, justamente porque el sobreprecio es consecuencia de la práctica anticompetitiva, como fue señalado en la mentada sección 1.2.1.3.

De todas maneras, cualquiera sea el criterio para determinar la faz normativa de la causalidad, el caso con mayor dificultad de acreditación de la prueba del nexo de causalidad recaerá, como adelantamos, en que los consumidores afectados deban demostrar que hubiesen consumido el producto (o hubiesen consumido más) en caso de no existir la infracción, lo que es muy difícil.²⁸⁵

3.3.2 Consumidores sin vínculo jurídico “directo”

El segundo caso, ocurre cuando el proveedor infractor no contrata directamente con el consumidor, porque se encuentra uno o varios eslabones más arriba en la cadena productiva. Por ejemplo, en el caso de la colusión de las productoras de carne de pollo, éstas se relacionan con los consumidores a través de intermediarios, los supermercados. En este escenario los intermediarios, es decir, los supermercados, compran los productos con el sobreprecio, pero traspasan este daño aguas abajo añadiendo el sobreprecio al del producto final que adquiere el consumidor.

La principal dificultad que enfrentan los consumidores en este caso es la definición de interés colectivo, el que según el inciso 5° del artículo 50 de la LPDC requiere de un “vínculo contractual” que ligue al consumidor con el proveedor infractor.

En el caso pollos, las empresas productoras fueron condenadas por haberse coludido en 2014 por el TDLC, ratificado el 2015 por la Corte Suprema.²⁸⁶ El Sernac al intentar la acción indemnizatoria (bajo el procedimiento previo a la reforma de 2016, por lo que se siguió ante tribunales ordinarios civiles) no pudo acreditar el vínculo contractual exigido por la norma, por lo que fue imposible construir la relación de causalidad y se rechazó su pretensión indicando falta de legitimidad pasiva de las demandadas.²⁸⁷

²⁸⁵ Se puede encontrar una explicación a la pérdida de consumo como consecuencia de un aumento de precios y de las dificultades probatorias que enfrentan los consumidores en: Gaudin, G. y Weber, F. 2021. pp. 370-379.

²⁸⁶ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia 139/2014 de fecha 25 de septiembre de 2014, causa rol N° C-236-2011, y Corte Suprema, sentencia de fecha 29 de octubre de 2015, causa rol N° 27.181-2014.

²⁸⁷ Corte Suprema, sentencia de fecha 7 de enero de 2020, causa rol 20626-1019. Así, quedó firme la sentencia del juicio civil por haberse rechazado los recursos en su contra de este mismo proceso, cuyo rol de primera instancia es el C-28470-2015 del 29° Civil de Santiago.

Sin perjuicio de que, por motivos de orden procesal, no prosperaron las impugnaciones a esta sentencia de primera instancia, quedó en evidencia que la exigencia de “vínculo contractual” por el artículo 50 de la LPDC otorga un argumento formal a los infractores para descargarse del daño ocasionado a los consumidores.

Así se ha visto en juicios posteriores contra de las sociedades productoras de pollo, esta vez ante el TDLC, en los autos rol N° CIP-2-2019, que las infractoras utilizaron diversos argumentos para intentar el rechazo de la demanda, entre los que justamente se encuentran la negativa del vínculo causal fundada en la falta de vínculo contractual.²⁸⁸ Con posterioridad se arribó a una conciliación que puso fin al juicio, por lo que el tribunal no se pronunció respecto de las defensas esgrimidas por las demandadas.²⁸⁹

Podemos rebatir esta posición de las infractoras por cuatro argumentos:

En primer lugar, como ya se ha reiterado en ocasiones anteriores, por ejemplo, en las secciones 1.1.4.2 y 2.2., la voz de vínculo contractual del inciso 5º del artículo 50 de la LPDC debe leerse en concordancia con la definición amplia de proveedor, que como ha propuesto la doctrina: “(...) *la exigencia de vínculo contractual solo apunta a que en la respectiva cadena de intercambios haya tenido lugar la celebración de un contrato (...)*”.²⁹⁰

En segundo lugar, la lectura de la definición de interés colectivo que realiza las infractoras entra fuertemente en contradicción con el principio de reparación integral del daño, establecido en favor de los consumidores por la legislación general conforme al artículo 2314 y 2329 del código civil; de consumo, conforme al artículo 3 letra e) de la LPDC; y de competencia, conforme al artículo 30 inciso segundo del DL 211. Esto, pues existe un, el daño sufrido por el consumidor, que será el que les sea traspasado aguas abajo.

Podemos encontrar una similitud con esta lectura restrictiva en el sistema estadounidense. La Corte Suprema de este país discutió la posibilidad que las víctimas de un ilícito anticompetitivo puedan demandar al proveedor infractor, a pesar que no hayan contratado con este, lo que se resolvió con el caso de *Illinois Brick Co v. Illinois* de 1977 (conocido simplemente como *Illinois Brick*), en el que se decidió por la Corte

²⁸⁸ Este argumento se observa en las contestaciones de Agrícola Don Pollo Limitada y Agrosuper S.A. de la causa a la que se hace referencia.

²⁸⁹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Rol CIP-2-2019. Se arribó primero a una conciliación con Agrícola Agrosuper S.A. y Agrícola Don Pollo Limitada que se aprobó el 5 de diciembre de 2022 por el TLDC y otra contra Ariztía S.A. (o Rentas Arifu Limitada que es la razón social que utilizó la demandada en el acuerdo conciliatorio), del 18 de enero de 2023.

²⁹⁰ Hernández P., G. 2022. p. 14.

Suprema de Estados Unidos que sólo los competidores directos, es decir, que cuentan con un vínculo con los infractores tienen acción para demandar por daños antimonopolio. Si bien esta decisión se realizó respecto de competidores, se ha aplicado la misma regla respecto de los consumidores en tanto afectados por el ilícito antimonopolio.²⁹¹

Esta regla jurisprudencial ha encontrado resistencia a nivel estatal en Estados Unidos. Así, los estados de la unión han generado regulaciones ya sea a nivel legal o mediante un precedente jurisprudencial para modificar la regla establecida por el caso *Illinois Brick*, o derechamente para revocarla. Estas regulaciones, conocidas como “*Illinois Brick Repealer*”²⁹² están presentes en varios Estados federados. Ellas pretenden hacer valer el principio de reparación que establece la *Clayton Act*, ya revisada en la sección 1.2.2.1 que indica en su sección cuarta el derecho a demandar de toda persona que haya sido afectada por un incumplimiento en la regulación antimonopolios.²⁹³ Por otro lado, una interpretación así no tiene coherencia con la racionalidad económica, pues efectivamente estos consumidores indirectos habrían sufrido daños a propósito de la infracción.²⁹⁴

Estos motivos de orden legal y económico también son aplicables a nuestra regulación. En efecto, interpretar la necesidad de vínculo contractual como una limitante a la legitimación activa o a la causalidad, de determinados consumidores no haría sentido con el principio de reparación integral del daño en razón de su reconocimiento legal y, por supuesto, en razón que, como indica el conocimiento científicamente afianzado, sí habría existido detrimento patrimonial a consumidores que contrataron con otros agentes económicos. Por ello, reiteramos que no es posible interpretar este requisito como una limitación, sino que debe darse como la necesidad de un contrato en la cadena de intercambios.

En tercer lugar, es menester recordar que la definición de consumidor es amplia. Así, el concepto de consumidor no se limita a las personas que cuenten con un vínculo contractual con un proveedor, protegiendo a los consumidores materiales e incluso supuestos de responsabilidad extracontractual o consumidores potenciales.

²⁹¹ Para mayor detalle sobre el caso se puede revisar Cavanaugh, E. 1983. pp. 63-117.

²⁹² Mostoufi, G. 2019. pp. 264-283.

²⁹³ Section 4 of the Clayton Act, 15 U.S.C.S. § 15 “any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws”.

²⁹⁴ Leonard, G. K. 2022. pp. 315-339.

En cuarto lugar, respecto del interés difuso de los consumidores dañados aguas abajo, es claro el argumento utilizado por las infractoras es únicamente plausible respecto de lesiones al interés colectivo, en tanto que para el difuso guarda silencio, por lo que no debería ser un problema de causalidad.²⁹⁵ Esta interpretación es coherente además con la historia de la ley, en efecto, la redacción del artículo como se encuentra actualmente fue definida en la Comisión de Constitución de la Cámara de Diputadas y Diputados, allí se discutió sobre el requisito de acreditar el vínculo contractual, así ante la preocupación del entonces director del Sernac Ernesto Muñoz “[a]l exigir la acreditación de un vínculo contractual para los efectos de determinar las indemnizaciones o reparaciones que procedan, se está cerrando la posibilidad a las acciones de interés difuso”, lo que fue contestado por el Diputado Squella quien indica que “(...) debieran mantenerse las exigencias contenidas en el inciso final, en lo que respecta a las acciones colectivas”,²⁹⁶ por ello para evitar confusiones la comisión votó por unanimidad la actual redacción, pensando el legislador que con ello despejaba la posibilidad de restar eficacia a la protección del interés difuso.

La lectura que los proveedores han preferido de la norma es una interpretación no sistemática del inciso 5º del artículo 50 de la LPDC y que prescinde del principio pro-consumidor, prefiriendo una lectura literal y aislada, a aquella sistemática que indica que esta exigencia hace referencia al vínculo contractual mediatizado de la cadena productiva con el consumidor.

3.3.3 Consumidor víctima del efecto paraguas

En tercer lugar, despejado lo anterior, podemos indicar que la situación de estos consumidores indirectos es similar al consumidor afectado por el efecto paraguas, puesto que en ambos casos se trata de proveedores distintos al infractor que aumentan los precios en el mercado relevante.²⁹⁷

El “efecto paraguas”, también denominado *umbrella pricing*, consiste, como ya se comentó, en que los competidores no infractores también aumentan el precio de sus bienes, debido a un aumento de precio de los infractores, porque los bienes que venden

²⁹⁵ Esta solución permitiría a los consumidores que no tiene un vínculo jurídico directo demandar los daños, lo que es coherente con las disposiciones del sistema comunitario europeo, en el que el capítulo cuarto de la Directiva 2014/104/UE trata este problema, indicando que las víctimas a quienes se les traspasó el daño (a quienes denomina compradores indirectos) tienen el derecho a reclamar su reparación. Incluso la Comisión Europea redactó una Guía para estos casos, para la estimación de los traspasos a los compradores indirectos, así lo explica: Wish, R. y Bailey, D. 2021. p. 317; Bolívar-Gacitúa, N. 2022. pp. 90 y 91.

²⁹⁶ Historia de la Ley N° 21.081, pp. 241 y 242.

²⁹⁷ Couchot B., J. M. 2021. p. 387

los competidores no infractores “(...) *se tornan en sustitutos suficientemente próximos, incrementando su demanda y elevando [a su vez] sus precios*”.²⁹⁸ Previsiblemente, esta situación va a ocurrir cuando los actores que provocan el sobreprecio se encuentran en una posición dominante, pues cuentan con poder de mercado suficiente para influir en un aumento general de los precios.²⁹⁹

Dicho efecto tiende a acrecentarse mientras más inelástica sea la demanda del bien, es decir, mientras menos posible sea para el consumidor prescindir del consumo del bien, como el caso de los medicamentos. En estos casos, los consumidores van a preferir consumir menos otros bienes para sufragar el sobreprecio, lo que sin duda constituye una consecuencia directa del ilícito anticompetitivo.³⁰⁰ Así, este consumidor “(...) *deberá acreditar que el aumento del precio de su vendedor directo —ajeno al cartel— fue una consecuencia directa y previsible de la implementación de un cartel en el mismo mercado relevante o en uno distinto*”.³⁰¹

Esto puede resultar complejo en cuanto al vínculo causal del daño ocasionado, pues el precio fue alzado por otro proveedor. Sobre esto versó una consulta de la Corte Suprema austriaca al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la que preguntó si debía el cartel extender su obligación reparatoria a consumidores que contratando con terceros habían incurrido en precios más elevados a causa de la colusión. A esto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea respondió afirmativamente, indicando que en caso contrario se haría imposible el ejercicio de derechos conferidos por la Unión. Además, conforme al Tribunal, se cumple con el requisito de causalidad e ilicitud necesarios para indemnizar este tipo de daños.³⁰²

La doctrina ha indicado que la decisión de un proveedor distinto del infractor de subir los precios de un producto no es una decisión autónoma que interrumpa el vínculo causal, sino que: Justamente el aumento general de los precios es una consecuencia de la ejecución exitosa de un ilícito anticompetitivo.³⁰³ Por lo que conforme a la teoría de la causa adecuada y de la equivalencia de las condiciones es posible imputar estos daños al infractor.³⁰⁴

²⁹⁸ Araya J., F. 2014. p. 428.

²⁹⁹ Hernández P., G. y Tapia R, M.. 2019. p. 34.

³⁰⁰ *Ibidem*. pp. 35 y 36.

³⁰¹ Couchot B., J. M. 2021. p. 387.

³⁰² Araya J., F. 2014. p. 435.

³⁰³ Couchot B., J. M. 2021. p. 389.

³⁰⁴ *Ibidem*. p. 390.

Respecto de los tres tipos de consumidores mencionados que enfrentan dificultades de causalidad, podemos inferir que su prueba puede ser compleja, a pesar de que sea posible, conforme hemos revisado en el ejercicio de imputación de este elemento. Así, a los consumidores excluidos del mercado por el precio anticompetitivo, les es difícil probar que habrían consumido (o habrían consumido más) en caso de no haber ocurrido la infracción; a los consumidores indirectos les podría ser difícil probar el hecho de haber adquirido, consumido o utilizado el bien o servicio del mercado relevante; y al consumidor víctima del efecto paraguas le podría ser difícil probar la existencia de este efecto en el mercado relevante o en un mercado sustituto.

Para sortear todas estas dificultades, se ha abogado por la incorporación de una presunción simplemente legal de causalidad respecto de daños por ilícitos anticompetitivos, especialmente en el caso de la colusión.³⁰⁵ Esta recomendación se fundamenta en la mentada Directiva 2014/104/UE, que establece una presunción de carácter general que indica que toda colusión causa perjuicios, de tal manera que existe una atenuación de la carga de acreditar el nexo causal.³⁰⁶

3.4 Daño

3.4.1 Definición

El daño cuenta con múltiples definiciones en nuestra doctrina y jurisprudencia nacional. Podemos definirlo como el “detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o en la persona”,³⁰⁷ también se puede definir como “*todo menoscabo que experimente un individuo en su persona o bienes, la pérdida de un beneficio de índole moral o material, de orden patrimonial o extrapatrimonial*”.³⁰⁸

La indemnización por el daño se rige, como hemos mencionado en ocasiones anteriores, por el principio de reparación integral que es aplicable por la legislación común en los artículos 2314 y 2329 del código civil, especialmente por el inciso primero de este último, que indica que: “*Por regla general todo daño que se deba a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por esta*”.

Dicho principio también resulta enteramente aplicable a la indemnización de los consumidores por daños ocasionados por infracciones a la libre competencia, porque está plasmado en la regulación especial tanto de libre competencia como de consumo.

³⁰⁵ Hernández P., G. 2022. p. 19.

³⁰⁶ Bolívar-Gacitúa, N. 2022. p. 88.

³⁰⁷ Figueroa Y., G. 2012. p. 133.

³⁰⁸ Así lo define citando variada jurisprudencia Novoa, C. y Da Costa, N. 2012. p. 74..

Así, conforme a la letra e) del artículo 3° de la LPDC establece expresamente la reparación integral del daño como un derecho de los consumidores, por su parte, el artículo 30 del DL 211, serían indemnizables todos los detrimentos patrimoniales derivados de los ilícitos anticompetitivos.

Hacia este principio de reparación integral también han apuntado las reformas a la ley de consumidor, que respecto de ilícitos contra la libre competencia han reconocido este principio. Por ejemplo, la ley N° 21.091 de 2018, modificó la LPDC, de modo que la nueva redacción de su artículo 51 permite expresamente la posibilidad de demandar daño moral colectivo.

No obstante, la relevancia de este principio, como veremos en esta sección, la indemnización de los perjuicios ocasionados por un ilícito anticompetitivo cumple no sólo con una función correctiva que se deriva de la reparación integral del daño, sino que además con una función distributiva, y función sancionatoria, con fines preventivos, disuasorios e incluso punitivos. Esta última finalidad estaría dada por la posibilidad de aumentar la indemnización en un 25% desde que la reforma de la Ley N° 21.081 hizo aplicable esta norma del artículo 24 de la LPDC al procedimiento colectivo.³⁰⁹

3.4.2 Daños indemnizables ocasionados por un ilícito contra la competencia

Podemos distinguir dos grandes tipos de daños que ocasionan los ilícitos anticompetitivos. Por un lado, mencionamos la pérdida irrecuperable de eficiencia económica, conocida en inglés como *deadweight welfare loss*, la que equivale, económicamente a la pérdida de bienestar social neto, por las transacciones que se dejaron de realizar producto de la conducta anticompetitiva,³¹⁰ como tuvimos la oportunidad de analizar en la sección 1.2.1.3.

Podemos indicar, sobre la pérdida irrecuperable de eficiencia económica, que no es un daño propiamente civil. En efecto, nuestra jurisprudencia lo ha diferenciado, como se puede ver en el caso Philip Morris Chile Comercializadora Limitada con Compañía Chilena de Tabacos S.A.,³¹¹ que es un caso de indemnización de perjuicios entre competidores por perjuicios ocasionados por un ilícito anticompetitivo. Este daño, como indica el fallo de la Corte Suprema de la jurisprudencia citada, es independiente del daño civilmente indemnizable, y ya fue sancionado por la autoridad de competencia.

³⁰⁹ Hernández P., G. y Tapia R, M. 2019. pp. 63-65.

³¹⁰ Gaudín, G. y Weber, F. 2021. pp. 370- 379.

³¹¹ Corte Suprema, sentencia de fecha 25 de julio de 2013, causa rol N° 1.339-2012, considerando 17°.

Por otro lado, se irroga perjuicios civiles tanto a competidores como a consumidores.³¹² De tal manera podemos diferenciar entre daños al mercado y daños a los consumidores. Para efectos de este trabajo, nos debemos centrar en los perjuicios que sufrieron los consumidores como efecto del ilícito anticompetitivo. Este daño para ser indemnizable debe cumplir con los siguientes requisitos: (1) ser una lesión a un interés legítimo, (2) tener magnitud suficiente o ser significativo, (3) ser personal, (4) ser directo y (5) ser cierto.³¹³

En primer lugar, el interés lesionado debe ser legítimo, esto quiere decir que esté tutelado de alguna manera por el derecho.³¹⁴ Si bien la definición alcanzada por la doctrina es una negativa, es decir, un interés es legítimo al menos que sea repudiado por el ordenamiento jurídico, los consumidores se encuentran en una situación ventajosa, pues son sujetos expresamente protegidos en el derecho de consumo, y respecto de los ilícitos ocasionados por infracciones a la libre competencia que les afecten, son amparados sus intereses específicamente por el derecho de la libre competencia, otorgando expresamente el legislador una vía procesal especialísima para la indemnización de perjuicios que deriven de un ilícito anticompetitivo, como analizamos a lo largo del Capítulo II.

En segundo lugar, es necesario que el daño sea significativo.³¹⁵ Esto quiere decir, que debe existir un nivel de tolerancia a los daños ínfimos. Este requisito pareciera poner en entredicho a los daños ocasionados a los consumidores por un ilícito anticompetitivo, pues probablemente el sobreprecio pagado por un consumidor sea de una cuantía muy poco significativa, sin embargo, este daño se prolonga en el tiempo y daña a un gran volumen de consumidores por lo que es socialmente significativo.

En tercer lugar, se requiere que sea sufrido personalmente por la víctima. En el caso de los consumidores afectados por un ilícito anticompetitivo, se cumple cabalmente. No obstante, cuando los consumidores que no pudieron adquirir el bien han sido cuestionados sobre si realmente han sufrido en sus personas algún perjuicio, pues no participaron de la transacción.³¹⁶

Aquí corresponde en primer lugar reiterar lo ya expuesto en la sección 3.3, a saber, que del ilícito anticompetitivo se espera una disminución del consumo, lo que puede ser

³¹² Hernández P., G. 2022. pp. 10 - 12. En el mismo sentido, Hernández P., G. y Tapia R, M. 2019. p. 25.

³¹³ *Ibidem*. 2019. p. 28

³¹⁴ En ese sentido, Alessandri R., A. 1943. p. 210 citado por Figueroa Y., G.. 2012. p. 134.

³¹⁵ *Ibidem*.

³¹⁶ Programa UC - Libre Competencia. 2021. pp. 5 y 6.]

cuantificado en la medida que esta exclusión del mercado haya provocado una afectación patrimonial al consumidor.

Además, se ha planteado no sólo que la exclusión del mercado de consumidores sería un perjuicio plenamente indemnizable y que afectaría a los consumidores más vulnerables, que ni siquiera pueden adquirir un sustituto del bien sobre el que recae el ilícito anticompetitivo.³¹⁷ Se puede añadir para sustentar el argumento que, como ya analizamos en la sección 1.1.4, las normas de la LPDC se aplican no sólo a supuestos en los que existe un contrato, como respecto de la seguridad en el consumo o el derecho a no ser discriminado arbitrariamente, entre otros.³¹⁸⁻³¹⁹ Así, no se requeriría del contrato con el proveedor infractor, sino que del hecho dañoso emana perjuicios por vías distintas al sobreprecio contractual, como puede ser contratar por bienes sustitutos de menor calidad o la exclusión del mercado.

Con todo, debe advertirse lo que el profesor Barros ha puntualizado respecto de los daños difusos, en efecto, en estos “[s]e trata de daños que soportan los miembros de una comunidad que participan conjuntamente de un interés indivisible”,³²⁰ lógicamente añade el autor que “[e]s de este tipo el interés que se tiene respecto de *bienes públicos*, que se pueden disfrutar en común (...)”,³²¹ esta situación, que el autor identifica con la regulación de las acciones populares que establece el código civil,³²² debe ser interpretada de forma excepcional y “(...) deben enmarcarse en los fines precisos para los que han sido establecidas”,³²³ puesto que se trata de intereses generales, cautelados principalmente por la administración del estado,³²⁴ y no propiamente personales e individuales. De esta manera podemos reflexionar que el requisito del daño personal de la responsabilidad civil se encuentra especial y excepcionalmente restringido respecto de los daños difusos por su propia naturaleza indivisible, autorizándose expresamente a ciertas personas o entidades para su representación, como fue señalado en la sección 2.4.1.

³¹⁷ Hernández P., G. y Tapia R, M. 2019. pp. 35-36.

³¹⁸ Respecto de las obligaciones de seguridad se ha descartado la necesidad del acto de consumo, pues llevaría al absurdo de eximir al proveedor de su obligación de otorgar seguridad en el consumo mientras no se concrete el acto jurídico. Esto se puede ver, por ejemplo, en: Ulloa V., P. 2014.

³¹⁹ Respecto del derecho a no ser discriminado arbitrariamente, se ha señalado en la primera parte de este trabajo, que las normas de protección de los consumidores aplican dentro de la relación de consumo, la que excede el ámbito meramente contractual. Esto se puede ver en: Isler, E. 2016.

³²⁰ Barros B., E. 2020. p. 251.

³²¹ *Ibidem.* p. 251.

³²² *Ibidem.* p. 1053.

³²³ *Ibidem.*

³²⁴ *Ibidem.*

En cuarto lugar, se requiere que el daño sea directo, es decir, que debe ser una consecuencia necesaria del hecho culpable, lo que fue analizado en la sección 3.3.

Por último, se requiere que el daño sea cierto. Esto se refiere a que el daño se ha producido o que con certeza se producirá, guardando el necesario juicio de probabilidad que es adecuado realizar al momento de determinar todo daño futuro.³²⁵ Para estos efectos podemos distinguir entre los daños al interés colectivo y al difuso.

Para el caso del daño al interés colectivo, no existen mayores problemas para imputar el daño actual o daño futuro, mientras sea probada la previsible extensión del daño. Esto, pues demostrada existencia del vínculo causal entre el hecho ilícito y el daño ocasionado a consumidores, aquellos que sean determinables, es decir, los afectados en su interés colectivo, son con los que fácilmente se tendrá por acreditada su pertenencia a los distintos grupos establecidos en la sentencia, en la medida que se conserve prueba.

Para el caso del daño al interés difuso, se ha considerado como daño no indemnizable en parte de las sentencias que han resuelto las demandas de indemnización por estos daños a propósito de ilícitos contra la competencia por no ser cierto. En particular, respecto del caso de la colusión de las productoras de carne de pollo, al cual ya nos hemos referido en la sección 3.3, el tribunal de primera instancia rechazó la posibilidad de indemnizar a los consumidores difusos indicando que el daño sufrido no sería cierto. Así, su considerando décimo sexto indica que el daño:

"(...) [N]ecesita de certidumbre tanto en su existencia como en su extensión, por lo que no es dable pretender que quede entregado a un juicio de probabilidades, porque entonces la cantidad que se estableciera como indemnización estaría resarciendo el daño eventual, tal vez probable, pero en caso alguno de naturaleza cierta".³²⁶

Podemos criticar este razonamiento porque no sólo ignora que existen tipos de daño que requieren de un juicio razonable de probabilidad para imputarse, como lo es el caso del lucro cesante o de todo daño futuro.³²⁷ Sino que también, como vimos en la sección 1.2.1.3, se daña a la generalidad de los consumidores del mercado relevante, y en consecuencia, la doctrina ha generado categorías para cada tipo de consumidores,

³²⁵ Peñailillo A., D. 2018. p. 12..

³²⁶ Corte Suprema, sentencia de fecha 7 de enero de 2020, causa rol N° 20.626-1019.

³²⁷ Peñailillo A., D. 2018. p. 12.

llegando incluso a desarrollar la categoría de consumidor potencial como vimos en la sección 1.1.4.1.

En consecuencia, se puede considerar que el daño ocasionado a los consumidores que afecta su interés colectivo o difuso cumple con los requisitos para considerarse daño indemnizable. Así, el daño es legítimo, significativo, personal -aunque con matices respecto del daño difuso, siguiendo al profesor Barros-, directo y cierto.

3.4.3 Tipos de daños ocasionados por un ilícito contra la competencia

Existe una amplia variedad de daños que pueden ocasionar los ilícitos anticompetitivos sobre los consumidores, además del tradicional daño patrimonial y extrapatrimonial, en estos casos podemos incorporar el daño punitivo. Por tanto, corresponde analizar estas instituciones respecto de la materia en comento.

3.4.3.1 Daño patrimonial

El daño patrimonial se ha definido como aquél que afecta bienes económicos que tienen un valor de mercado, por su naturaleza económica, el daño se expresa como la diferencia de un patrimonio antes y después de la concurrencia del hecho.³²⁸ Conforme al artículo 1556 del código civil, se ha entendido que el daño patrimonial comprende el daño emergente y el lucro cesante; la diferencia entre ambos consiste en que en el primero ocurre una disminución patrimonial, mientras que en el segundo se impide un aumento del patrimonio.³²⁹

Respecto del daño emergente, salta a la vista la consecuencia más inmediata del ilícito anticompetitivo: el sobreprecio pagado por el consumidor.³³⁰

Respecto del lucro cesante, se han indicado una serie de ventajas patrimoniales que son negadas producto del ilícito anticompetitivo. En primer lugar, se ha señalado la que la menor cantidad de bienes que se transan en el mercado relevante, constituyen una pérdida de ganancia para los agentes del mercado, así “(...) *de no mediar colusión [u otro ilícito anticompetitivo], los respectivos bienes habrían ingresado al patrimonio de las víctimas*”³³¹ en definitiva, este daño está determinado por “(...) *la utilidad no percibida por aquellos consumidores impedidos de comprar al no contar con un mercado que opere en forma competitiva*”,³³² incluso se ha llegado a definir este tipo de lucro cesante

³²⁸ Barros B., E. 2020. pp. 268 y 269.

³²⁹ *Ibidem*. p. 269.

³³⁰ Hernández P., G. y Tapia R M. 2019. p. 33.

³³¹ *Ibidem*. p. 35.

³³² Bolívar-Gacitúa, N.. 2022 p. 86.

bajo una categoría particular de daño, en las Directrices de la Comisión Europea sobre el cálculo de los sobrecostos, que los denomina “efecto volumen”.³³³ En segundo lugar, podríamos mencionar los consumidores que producto del sobreprecio adquirieron bienes sustitutos de menor calidad, lo que conduce a una menor satisfacción que respecto del que comprarían sin mediar el ilícito anticompetitivo.³³⁴

Además, se puede contemplar la posibilidad que un ilícito anticompetitivo prive a los consumidores de una oportunidad de obtener algo o aumente los riesgos de sufrir un daño, en cuyo caso nos encontraríamos frente a la discutida hipótesis de pérdida de una *chance*.³³⁵⁻³³⁶ Por ejemplo, en caso que un consumidor no haya podido adquirir el medicamento producto del precio colusorio, de seguro padecerá las consecuencias médicas que implica no seguir el tratamiento médico, perdiendo *chances* de recuperación.

3.4.3.2 Daño extrapatrimonial

La definición de daño extrapatrimonial o daño moral ha tenido una evolución en el ordenamiento nacional. Carmen Domínguez ha indicado que esta evolución tiene como punto de partida el *pretium doloris* que implica el denominado precio del dolor, pasando por una concepción que abarca lesiones a los derechos de la personalidad, tales como la imagen o la honra; hacia una protección de diversos intereses extrapatrimoniales tales como el perjuicio de agrado o la frustración de un proyecto de vida.³³⁷

En particular en el derecho del consumo, se ha discutido en causas de interés individual, la extensión del daño moral que es posible ocasionar a los consumidores. Así, un sector de la jurisprudencia ha establecido que se debería reparar toda molestia ocasionada al consumidor,³³⁸ mientras que un sector de la doctrina y jurisprudencia han criticado este criterio por considerarlo excesivo y una real presunción de daño, que no se hace cargo que los daños de poca entidad deben ser soportados, por no ser significativos.³³⁹

³³³ *Ibidem*.

³³⁴ Hernández P., G. y Tapia R. 2019 p. 30.

³³⁵ No pretendemos en este trabajo hacernos cargo de los argumentos a favor y en contra de la posibilidad de indemnizar la pérdida de la oportunidad o pérdida de la *chance*. Sobre el particular se puede consultar a: Hernández P., G. y Tapia R. 2019. pp. 30 y 31.

³³⁶ Para un análisis entre lucro cesante y pérdida de la *chance*, ver: Domínguez Á., R. 2019.

³³⁷ Domínguez H., C. 2019. pp. 38-40.

³³⁸ Un estudio estadístico que muestra cómo las molestias ocasionadas a los consumidores sirven de fundamento de numerosas sentencias condenatorias en sede de consumo, puede encontrarse en: Lazcano M., M. y Toro C., J. 2019.

³³⁹ González C., F. 2021.

Respecto del caso del interés colectivo o difuso de los consumidores, la posibilidad de demandar una indemnización por el daño extrapatrimonial estaba expresamente vedada hasta la dictación de la ley N° 21.081, a partir de la que es posible solicitar la reparación al daño moral en atención a la modificación de la redacción del artículo 51 N° 2 de la LPDC. No obstante, esta nueva regulación, claramente es distinta de la interpretación de daño moral en materia de derecho del consumo que realizaba extensivamente parte de la jurisprudencia, pues expresamente señala y limita los bienes jurídicos que se encuentran amparados, indicando a la integridad física, psíquica o la dignidad de los consumidores.

Esta redacción, que rige desde 2018, vino a zanjar una discusión sobre la procedencia de demandar la indemnización de daños extrapatrimoniales. No obstante, aún después de su entrada en vigencia.

Las críticas que se han formulado son esencialmente dos dirigidas respectivamente a la afectación al interés colectivo y al interés difuso. Para comprenderlas es necesario atender a distinciones doctrinarias que se han formulado a propósito del daño moral colectivo. Primero existiría una diferencia entre daños plurales, y el daño moral propiamente colectivo. Los primeros se refieren a lesiones a cada consumidor afectado,³⁴⁰ mientras que el segundo sería el caso del daño colectivo caracterizado por el daño a un interés supraindividual, como, por ejemplo, el daño ambiental.³⁴¹

La primera crítica plantea que en realidad el daño moral colectivo es la suma de intereses individuales homogéneos.³⁴² Así, se indica que los daños producidos por la afectación física, psíquica o la dignidad de los consumidores serían daños plurales, pues son esencialmente subjetivos y personales, como todo daño moral. Dado lo anterior, esta indemnización cuando repare un daño difuso es interpretado por este sector de la doctrina como una sanción, constituyendo un uso desnaturalizado del daño moral, el cual buscaría utilizar de modo punitivo al daño, contrario a la justicia correctiva cuyo fin es compensatorio.³⁴³

La segunda indica que la indemnización moral a grupos colectivos no es posible, puesto que la indeterminación de la cuantía generaría que el daño no sea civilmente indemnizable. De esta manera, quienes cuestionan la posibilidad de indemnizar el daño moral colectivo por su indeterminación, señalan que es difícil imaginar que un ilícito

³⁴⁰ Molinari V., A. 2018. p. 517

³⁴¹ *Ibidem*. pp. 520 y 521

³⁴² González C., F. 2021.

³⁴³ Molinari V., A. 2018.. En el mismo sentido: Aguirrezabal G., M. 2019. p. 130

anticompetitivo dañe la integridad física y psíquica de los consumidores, incluso negando que sea resarcible este daño para quienes, por ejemplo, no pudieron comprar medicamentos producto del precio anticompetitivo.³⁴⁴

La visión contraria que se pronuncia a favor de la existencia del daño moral colectivo se puede dividir entre dos grupos.

Por un lado, están quienes afirman que la dignidad de los consumidores como bien jurídico protegido por la ley, es el único bien jurídico de cuya afectación se deriva daño moral colectivo propiamente dicho, pues al ser un interés supraindividual, no puede depender de la afectación personal de las víctimas.³⁴⁵

Por otro lado, se plantea que, no solo de la lesión a la dignidad de los consumidores se puede derivar daño moral colectivo, sino que, en realidad, por la manera en que el legislador fijó la determinación del daño moral mediante un baremo, la acreditación del daño moral debería radicarse en el colectivo y no en la afectación personal de cada consumidor.³⁴⁶

Nosotros compartimos esta última visión.

En primer lugar, porque conforme al principio de reparación integral del daño, propio del derecho civil y establecido en el estatuto tutelar del derecho del Consumo, se debe reparar todo daño ocasionado a los consumidores, incluido el daño moral. La reparación del daño moral bien puede determinarse supraindividualmente y liquidarse y ejecutarse individualmente, de tal manera que no concurre una dicotomía entre el daño moral “personal” y el daño moral “colectivo”. En efecto, como analizamos en la sección 2.4.5, el legislador implementó un sistema denominado de “montos mínimos comunes”, que gira en torno al establecimiento de un monto global aproximado del daño moral colectivo, por el cual se entrega a cada miembro del grupo o subgrupo una cantidad equivalente, conforme los incisos 3° y 4° del numeral 3° del artículo 51 de la LPDC. En principio, podríamos indicar que tal determinación afecta el carácter personal del daño moral, sin embargo, es preciso que recordemos que todos los consumidores afectados, sin necesidad de reserva, pueden iniciar un juicio sumario para solicitar una indemnización por daño moral mayor al monto mínimo común en virtud del numeral 2° del inciso 1° del artículo 51 de la LPDC en concordancia con el inciso 1° del artículo 30 del DL 211. Así, el legislador ha compatibilizado una concepción colectiva del daño moral con la

³⁴⁴ Programa UC - Libre Competencia. 2021. pp. 5 y 6.

³⁴⁵ González C., F. 2021a. p. 134; en idéntico sentido: Barrera H., F. 2023. p. 181.

³⁴⁶ Hernández P., G. y Tapia R, M. 2019. pp. 38-40

característica esencialmente personal del mismo, permitiendo una reparación adecuada del daño causado.

En segundo lugar, debemos conceder que, en casos de daños difusos, la compensación del daño moral no podría satisfacer una función correctiva. No obstante, consideramos al contrario de la posición que asimila el daño moral colectivo a daños sancionatorios, que la función de esta indemnización en tal caso no es punitiva sino distributiva, tal y como se verá más adelante respecto del mecanismo *cy-prés*, en la sección 3.5, especialmente útil para estos efectos. A mayor abundamiento, es posible destacar diferencias entre el daño moral colectivo y la sanción civil. La primera es que, en cuanto a su naturaleza, el daño moral colectivo cumple una función es compensatoria y mientras la sanción civil una función retributiva. La segunda diferencia es que la extensión del monto a indemnizar en el daño moral colectivo siempre corresponderá al daño efectivamente sufrido y no lo puede exceder, como sí ocurre con las sanciones civiles, que son un mecanismo de sobre compensación. La tercera, es que se distinguen según la necesidad de acreditar el daño, así el daño moral debe probarse, lo que no sucede con la sanción civil.³⁴⁷

Para concluir este argumento, debemos plantear que la discusión doctrinaria no es relevante para el momento en que se debe determinar la cuantía de la reparación para cada grupo o subgrupo de consumidores, pues lo cierto es que la jurisprudencia ha reconocido que los consumidores sufren daño extrapatrimonial al momento de verse infringido el interés colectivo o difuso de los consumidores, sin que se haya entrado en profundidad en las distinciones planteadas por la doctrina. Un argumento similar se realizó al momento de descartar la relevancia práctica de la distinción entre el interés colectivo y los intereses individuales homogéneos, en la sección 2.2. Como ejemplo de lo anterior, contamos con la sentencia de la Corte Suprema en sede infraccional, que sancionando el ilícito de colusión de las farmacias, reconoce que el ilícito en cuestión afectaba bienes de “primera necesidad por su afección a la salud de las personas, derecho constitucionalmente protegido por el artículo 19 N° 1 de la Carta Fundamental. De hecho, precios elevados, como sucedió en la especie, respecto de determinados medicamentos, puede generar que parte de la población no pueda acceder a ellos.” Asaz, indica la Corte que “*El consumidor en un periodo de corto plazo es además afectado psicológicamente desde que es razonable considerar que el precio es la única información de la que dispone*”.³⁴⁸ De esta manera se reconoce tanto a los consumidores

³⁴⁷ Barrera H., F. A. 2022. pp. 46 y 47.

³⁴⁸ Corte Suprema, sentencia de fecha 07 de septiembre de 2012, causa rol N° 2.578-2012, considerando 90°.

afectados por el sobreprecio como aquellos que quedaban fuera del mercado y que carecen de un vínculo jurídico con los infractores como víctimas que sufrieron una afectación a sus derechos fundamentales.

3.4.3.3 Daño punitivo

Tradicionalmente se entendía que la función de la responsabilidad civil es: *“restablecer la igualdad que ha sido vulnerada por un determinado ilícito y que, en el ámbito extracontractual, deriva en la necesidad de reparar el daño injustamente causado”*.³⁴⁹ Esta función consiste en una manifestación de la justicia correctiva, cuyo objeto es compensar el daño causado para retrotraer a las partes al momento anterior a la ocurrencia del daño.³⁵⁰ Así, la función compensatoria se encuentra relacionada íntimamente con el principio de reparación integral del daño, en cuanto se entiende que la extensión del daño es el límite de la indemnización, lo que impone, lógicamente, una prohibición de determinar la indemnización a partir de factores externos como el grado de culpa del demandado.³⁵¹

Sin embargo, actualmente, es posible reconocer variadas funciones de la responsabilidad civil, además de esta función compensatoria.³⁵²⁻³⁵³ A partir de estas funciones distintas a la compensatoria, es posible entender el rol de los daños punitivos los cuales pueden definirse como "condenas pecuniarias extracomensatorias que las y los juzgadores imponen a pedido de parte, con el objeto de sancionar a la persona demandada y a disuadir a esta- y tal vez a terceros- de incurrir en conductas similares en el futuro".³⁵⁴

³⁴⁹ Pereira F., E. 2010. p. 324.

³⁵⁰ Aristóteles. 1985. p. 248.

³⁵¹ Barros B., E. 2020. p. 475.

³⁵² Para un análisis general de las funciones de la responsabilidad reconocidas en la doctrina moderno, ver: Papayannis, D. M. 2022. pp. 47 y ss. Al respecto es importante realizar una prevención sobre el debate que actualmente se sostiene en doctrina respecto de las funciones que desempeña el sistema de responsabilidad civil. A modo de resumen, existen teorías que sostienen que el fin de la responsabilidad civil es la eficiencia (por ejemplo Posner, R. A. 2014) , mientras que otros postulan que mantiene un fin o fines internos, dividiéndose éstos entre los que plantean que la responsabilidad civil cumple una única función (por ejemplo, Weinrib, E. J.1995) consistente en la compensación del daño, otros que plantean que cumple esta función de manera principal pudiendo contar con otras (por ejemplo Coleman, J. L. 1992), y por último, otros que postulan que la responsabilidad civil tiene variadas funciones, que exceden la compensación del daño causado (por ejemplo, Englard, I. 1995). Un breve resumen del estado de este debate se puede encontrar en: Papayannis, D. M. 2022. pp. 3-5. No nos detendremos en el detalle de esta discusión por exceder con mucho a los límites de este trabajo, simplemente nos contentaremos con exponer la utilidad explicativa que ofrecen otras funciones de la responsabilidad civil para analizar este capítulo.

³⁵³ Hernández P., G. y Ponce M., M. 2022. p. 83.

³⁵⁴ Martínez A., M. G. 2022. p 625. También una definición más breve, pero similar en Papayannis, D. M. 2022. p. 69.

En lo que nos interesa para este trabajo, ya habíamos analizado sobrecompensaciones, como vimos en la sección 1.2.2.1, al analizar el sistema estadounidense a propósito de los *treble damages*, corresponde a un daño destinado a un fin distinto a la reparación del daño efectivamente causado.

En el caso del sistema nacional, se ha indicado por parte de la doctrina nacional que se han introducido a nivel legal los daños punitivos por medio del artículo 53 C letra c) de la LPDC, el cual indica que la sentencia que se pronuncie sobre un procedimiento de interés colectivo o difuso debe referirse si aumenta o no la indemnización hasta en un 25% en el caso que se cumpla con alguna de las circunstancias agravantes de la responsabilidad infraccional establecidas en el inciso 5° del artículo 24 de la LPDC, así esta norma constituye un ejemplo de una manifestación de daños punitivos, los que definen por esta parte de la doctrina como una “*sanción civil que satisface una finalidad de castigo, disuasoria y preventiva de conductas graves*”.³⁵⁵

En lo que sigue de este apartado, (i) analizaremos las razones que se exponen por parte de la doctrina arriba mencionada para explicar las funciones que desempeñan los daños punitivos; (ii) Analizaremos las funciones del derecho de daños expuestas con el objeto de revisar críticamente la definición ofrecida por la doctrina nacional y así comprender con mayor claridad el rol que desempeña el artículo 53 C letra c) en el procedimiento de atribución de responsabilidad; (iii) veremos las dificultades a las que se puede enfrentar la aplicación del artículo 53 C letra c) en tanto norma que impone daños punitivos al proveedor infractor que ha vulnerado los intereses colectivos o difusos de los consumidores.

En primer lugar, para la doctrina nacional ya referida, las conductas que sancionan el artículo 53 C, letra C), descritas en el inciso 5° del artículo 24 de la LPDC, se refieren a conductas especialmente graves, por lo que la norma permitiría la aplicación de la sanción civil con el objeto de castigar -cumpliendo, a riesgo de reiterar su función de castigo o sancionatoria- este comportamiento especialmente repudiable.³⁵⁶ Por otro lado, se sostiene que esta regulación tiene un fin disuasivo, pues el sistema de responsabilidad civil muchas veces falla en dar una respuesta compensatoria adecuada por dificultades probatorias o para determinar la causalidad, lo que impide arribar a una compensación exacta, por ello, las normas punitivas sirven de amenaza a potenciales infractores.³⁵⁷ Respecto de la finalidad preventiva, la doctrina citada le da un tratamiento

³⁵⁵ Hernández P., G. y Ponce M., M. 2022.

³⁵⁶ Hernández P., G. y Ponce M., M. 2022. p. 70.

³⁵⁷ *Ibidem*. p. 71.

conjunto con la función disuasiva, ligada al concepto de prevención general que consiste en la imposición de costos a las actividades riesgosas y de prevención especial, que consiste en la aplicación de herramientas -por ejemplo, multas- que hacen más improbable que se decida incurrir en una determinada conducta por parte de potenciales infractores.³⁵⁸ Esto es similar a lo que plantea Lucas del Villar quien ha dicho que esta función preventiva se justifica plenamente puesto que en el ámbito del derecho del consumo no solo se resguardan intereses de consumidores, sino que además se debe custodiar el Orden Económico y la confianza del mercado en él, de tal manera que una indemnización en los términos tradicionales resulta insuficiente,³⁵⁹ por lo que es necesaria la adopción de una mirada de prevención de conductas especialmente graves.³⁶⁰

Consideramos que las explicaciones ofrecidas no permiten comprender adecuadamente el rol que cumplen los daños punitivos en general, mucho menos el artículo 53 C letra c) de la LPDC. En primer lugar, porque no se distingue claramente cuál es fin de la sanción dentro de la responsabilidad civil, y porque no ofrece una diferencia significativa entre la función disuasiva y la preventiva.

En segundo lugar, entonces, corresponde reparar en las distinciones respecto de las funciones (o fines) de la responsabilidad civil a los que hace referencia al momento de ofrecer una definición de daños punitivos. Al precisar estos conceptos, podremos contar lo que nos servirá para comprender que funciones cumple el artículo 53 C letra c).

Primero, nos enfocaremos en la función sancionatoria, para la cual es menester realizar algunas precisiones. Se ha mencionado que, el sistema de responsabilidad civil no puede respaldar una función propiamente sancionatoria o de castigo, por cuanto la responsabilidad civil requiere de la existencia de daño para fundamentar la indemnización y medir el quantum indemnizatorio, mientras que la función sancionatoria determina el merecimiento del castigo y su intensidad en la gravedad de la conducta y no en el daño.³⁶¹ En ese sentido, no es posible indemnizar una conducta reprochable, pero que resulta inocua, ni se puede medir la extensión de la sanción. Adicionalmente, la voz sanción se puede entender como una función expresiva o comunicativa, cuyo propósito es transmitir "(...) al agente dañador y al conjunto de la sociedad su indignación moral por lo que ha sufrido a manos de la parte demandada".³⁶² Esta función

³⁵⁸ *Ibidem*. p. 87.

³⁵⁹ Del Villar. 2021. pp. 331 y 332

³⁶⁰ *Ibidem*. pp. 244 y 245.

³⁶¹ Papayannis, D. M. 2022. pp. 67-69.

³⁶² Ídem . p. 69 a 70.

expresiva o comunicativa permite la realización de la justicia interpersonal,³⁶³ concepto que implica que la responsabilidad civil observa la gravedad de la conducta del agente en relación a la víctima, pues esta pide la sanción “en virtud de su especial posición relacional respecto de quien causó el daño”.³⁶⁴ De esta forma, la función expresiva reconoce que muchas veces la compensación monetaria no es suficiente ni del total interés de las víctimas, sino que estas tendrían un interés en que se indique la gravedad e injusticia del daño.³⁶⁵

Segundo, nos referiremos a la función disuasiva. Esta busca que la norma sirva para alcanzar, o al menos tender, hacia la disuasión óptima de daños ineficientes,³⁶⁶ con el objeto de que se mantenga “(...) en un nivel razonable la cantidad y gravedad de los daños que se producen en una sociedad (...)”.³⁶⁷ Con esto se espera una distribución racional y eficiente de los daños y accidentes ocasionados por conductas riesgosas, por lo que no se atiende a la afectación de la víctima ni se califica la gravedad de la conducta del infractor.

Tercero, nos ocuparemos de la función preventiva, a partir de la distinción entre esta y la función disuasiva. Ambas esperan que “el daño no ocurra, pero la disuasión deja en libertad de acción al agente, mientras que la prevención se la niega”.³⁶⁸ De esta forma, la función disuasiva está orientada a la disuasión óptima de daños ineficientes, buscando que los agentes se comporten de manera racional, mientras que la función preventiva suprime la fuente generadora de riesgo, prohibiendo, incluso coercitivamente, una acción que se considera dañina o riesgosa.³⁶⁹

³⁶³ Ídem, p. 74.

³⁶⁴ Martínez A., M. G. 2022. p 627.

³⁶⁵ Una introducción a la función expresiva de la responsabilidad civil se puede encontrar en: Pino E., A. 2017. pp. 159-176. En un sentido similar: Barros B., E. 2020. p. 320: “*Alguna doctrina afirma que la compensación de la víctima exige introducir factores de satisfacción por el agravio que ha recibido. El daño estaría agravado por la necesidad íntima de venganza. En este sentido, se ha afirmado que la responsabilidad civil también podría tener un propósito comunicativo; bajo esta idea, la indemnización del daño moral no tendría por objeto compensar a la víctima, sino reivindicar sus derechos y comunicar que estos importan*”.

³⁶⁶ Martínez A., M. G. 2022. p. 628.

³⁶⁷ Papayannis, D. M. 2022.. p. 53.

³⁶⁸ Papayannis, D. M. 2022. p. 55-56.

³⁶⁹ Al respecto, Papayannis D. M. 2022. p. 56, ofrece un ejemplo esclarecedor: “Si una compañía constructora insiste en edificar pese a que las condiciones del terreno no son apropiadas, la disuasión le envía el siguiente mensaje: si dañas en el curso de tu edificación defectuosa, deberás indemnizar a quienes sean perjudicados. La decisión de continuar con la actividad y de exponer al riesgo a las potenciales víctimas pertenece enteramente al potencial agente dañador. En contraste, la acción preventiva le impide continuar con la obra, si fuera necesario mediante la asistencia de la fuerza pública. La obra se paraliza y con ello se suprime la fuente del riesgo”.

De estas precisiones respecto de las funciones de la responsabilidad civil es posible determinar con mayor exactitud la función que cumple el artículo 53 C letra c), a la luz de las conductas que este establece como agravantes, establecidas en el artículo 24 inciso quinto de la LPDC. Las conductas agravantes dispuestas por el artículo se refieren en su letra a) a la reiteración de la conducta lesiva en un período de tiempo,³⁷⁰ en su letra b) a la especial gravedad del daño patrimonial causado, en su letra c) a la afectación a la integridad física, psíquica o a la grave afectación de la dignidad de los consumidores y en su letra d) al hecho de haber puesto en riesgo la seguridad de los consumidores o de la comunidad, aun no habiéndose causado daño.

En primer lugar, es posible entender que el artículo 53 C letra C) de la LPDC cumple una función sancionatoria, pero en su sentido expresivo, pues una de las conductas agravantes a las que reconduce -establecidas en el artículo 24 de la LPDC- hace referencia a las lesiones a la dignidad de los consumidores en su letra c).³⁷¹ No obstante, esta explicación no se pronuncia sobre las otras letras del inciso quinto del artículo 24 de la LPDC.

Es posible notar que la conducta agravante de la letra a) no sólo cumple una función expresiva, porque la conducta anterior no necesariamente dañó al mismo grupo de consumidores, entonces no mira a la relación con un o un grupo de consumidores específico. Sin embargo, hace referencia a la indignación que produce la reiteración en un corto lapso de la conducta respecto de consumidores como víctimas del daño, por lo que cumple una función disuasiva pues busca evitar que los proveedores vuelvan a cometer estas conductas en el futuro, sin mirar a la relación personal del agente con una o unas víctimas determinadas, sino que a cuan reprochable es que se reitere conductas lesivas que afecten a consumidores, cumpliendo también una función expresiva.

Respecto de la letra c), se sobre compensa a los consumidores en razón del daño patrimonial sufrido que se considera especialmente grave. Esta conducta puede ser apreciada desde la función expresiva, pues se refiere a la especial gravedad de la

³⁷⁰ En particular, la letra a) del inciso quinto del artículo 24 de la LPDC indica: “Haber sido sancionado con anterioridad por la misma infracción durante los últimos veinticuatro meses, contados desde que esté ejecutoriada la resolución o sentencia sancionatoria. En caso de tratarse de una micro o pequeña empresa en los términos del inciso segundo del artículo segundo de la ley N° 20.416, si ha sido sancionada por la misma infracción durante los últimos doce meses contados de la misma manera.

³⁷¹ La conducta agravante de esta letra del artículo 24 de la LPDC conduce a que los profesores Gamonal y Pino indiquen que el artículo 53 C letra C) de la LPDC establece daños agravados, en vez de daños propiamente punitivos. Estos consisten en daños indemnizatorios, agravados por la actitud del agente respecto de la víctima, véase: Gamonal C., S. y Pino E., A. 2022.

conducta del agente en el patrimonio de la víctima, pero también puede leerse desde la función disuasiva, como una norma que busca evitar daños irreparables.

Por último, la letra d) sanciona el riesgo respecto de la seguridad de los consumidores o la sociedad en que incurrió el infractor en su conducta, incluso si no se ocasionó daño. Esta norma reconoce una fuente generadora de riesgos, pero no la elimina, sino que establece una sanción adicional en caso de que se genere el riesgo, por ello, se puede concluir que esta letra puede entenderse que cumple una función disuasiva, además de una función expresiva por considerar la generación de este riesgo especialmente reprochable.

Del análisis conjunto de los literales, en especial de esta último, es posible concluir que el artículo 53 C letra C) no cumple una función preventiva, a diferencia de lo que indica la doctrina nacional ya referida, pues no elimina la fuente generadora del riesgo, sino que establece un monto extracompensatorio si el infractor incurre en agravantes.

De esta forma, es posible que la norma del artículo 53 C letra C) de la LPDC pueda considerarse que cumple una función disuasoria en la medida que establece incentivos para que el agente potencialmente dañoso no incurra en estas conductas agravantes, o que cumpliendo una función expresiva, que hace hincapié en el mensaje que pretende enviar la víctima respecto del reproche que merece el agente dañoso en atención a la gravedad de la conducta. Además, del análisis realizado de los literales del inciso quinto del artículo 24, puede concluirse que estas dos funciones -sancionatoria y disuasiva- de los daños punitivos no son excluyentes, sin embargo, una puede ser entendida como predominante sobre la otra.³⁷² Así, pueden ser vistos como una medida para disuadir a los agentes de conductas especialmente dolosas o graves, o bien como un medio para comunicar el reproche jurídico merecido por afectar de un modo especialmente grave o humillante a la víctima.³⁷³

Por último, para la correcta aplicación del artículo 53 C letra c), corresponde tener en cuenta dos dificultades a las que se enfrentan los daños punitivos, en particular (i) su necesaria distinción de la función compensatoria y (ii) críticas que se refieren a la falta de normas que observen garantías necesarias para aplicar sanciones privadas.

Sobre la distinción entre la función compensatoria y los daños punitivos, corresponde resaltar que se ha advertido por voces en la doctrina nacional que, nuestro sistema judicial ha incorporado a la función sancionatoria a través del uso de normas relativas a

³⁷². Martínez A., M. G. 2022. pp. 625-632.

³⁷³ Papayanis, D. M. 2022. p.70.

la indemnización de daño moral, así se ha visto reflejado en nuestra jurisprudencia en los casos en que la conducta se ha ejercido con negligencia grave o dolo.³⁷⁴ Este hecho sería similar a lo acontecido en otros países que incorporan los daños punitivos dentro de la indemnización compensatoria bajo el título de daño moral.³⁷⁵

No obstante, la aplicación de daños punitivos bajo el título de daño moral importa una confusión que no repara en que el primero busca reprochar la conducta del actor respecto de la víctima y el segundo compensar a la víctima el perjuicio sufrido, siendo así sus funciones -y en consecuencia sus fundamentos- distintas, y tampoco nota que el modo de medir el monto por el que se condena al agente es respecto del daño sufrido, para el daño moral, mientras que para el daño punitivo es respecto de la gravedad de la conducta desplegada.³⁷⁶

En lo que respecta a las críticas referidas a la carencia de adecuadas garantías para aplicar daños punitivos, se ha argumentado que estos están revestidos de características propias del derecho penal, por su fin sancionatorio,³⁷⁷ por lo que vulnerarían garantías constitucionales relativas al debido proceso.³⁷⁸

Sin embargo, estas críticas no consideran la precisión, ya realizada, respecto de la función propiamente sancionatoria y la función expresiva,³⁷⁹ respecto de lo cual reiteramos que los daños punitivos sancionan la gravedad de la conducta del infractor respecto de la víctima, por lo que siempre tienen en cuenta o suponen el impacto que ha tenido la conducta reprochable en quien o quienes pueden reclamar su reparación. En consecuencia, los daños punitivos no deberían ajustarse a estrictas restricciones propias del derecho penal. Esto no quiere decir que no se deba adoptar especiales medidas a la hora de evaluar los daños punitivos, pues se está juzgando una conducta que se considera reprochable para el general de la sociedad.³⁸⁰

Por ejemplo, respecto del principio de reserva legal o tipificación, se ha reconocido que el artículo 53 C letra c) de la LPDC se ajusta al principio de legalidad al describir previamente la conducta sancionada.³⁸¹

³⁷⁴ Pereira F., E. 2015.

³⁷⁵ Martínez A., M. G. 2022. p 619.

³⁷⁶ Ídem. pp. 619-621. Esto es sin perjuicio de si los daños punitivos inciden significativamente o no en el monto que es condenado el actor, pues la importancia de la distinción es conceptual.

³⁷⁷ Barraza R., Á. 2018. p. 49.

³⁷⁸ Hernández P., G. y Ponce M., M. 2022. pp. 79-80.

³⁷⁹ Papayannis, D. M. 2022 pp. 67-69.

³⁸⁰ Martínez A., M. G. 2018. P 69-70, 74-76.

³⁸¹ Hernández P., G. y Ponce M., M. 2022. p. 80

Adicionalmente, por la concurrencia de sanciones de orden administrativo -por infracción de la LPDC, o en nuestro caso, por infracción al artículo 3º del DL 211- con la aplicabilidad de los daños punitivos se ha advertido que "(...) la posible infracción del principio *non bis in ídem*, que proscribe que una persona sea sancionada dos veces por la misma conducta, lo que ocurriría si un mismo hecho es castigado en sede penal o administrativa y la vez en la civil".³⁸² No obstante, para el caso del artículo 53 C letra c), no se cumple con la triple identidad de sujetos, fundamentos jurídicos y hechos para la aplicación de este principio.³⁸³ Así, el fundamento jurídico es distinto, pues en un caso estamos frente a una sanción infraccional y en el caso de los daños punitivos estamos frente a una sanción civil contra una conducta especialmente grave respecto de la víctima; y los hechos sancionados son distintos, en sede de libre competencia se trata de alguno de los hechos del artículo 3º del DL 211 en que incurrieron los infractores y, en sede indemnizatoria se sancionan las conductas agravantes descritas en las letras del inciso 5º del artículo 24 de la LPDC.³⁸⁴ Por lo demás, incluso es posible que algunos ilícitos contra la competencia conlleven sanciones de orden penal para los infractores, lo que ciertamente no es considerado como una vulneración al principio *non bis in ídem*, pues expresamente la legislación establece en el artículo 26 del DL 211 que: "*La aplicación de las sanciones previstas en este artículo será compatible con aquellas de carácter penal establecidas en la presente ley y con la determinación de la indemnización de perjuicios que prevé el artículo 30*".

Sin perjuicio de lo indicado, sí sería posible considerar un estándar probatorio distinto para las conductas que hacen aplicables los daños punitivos, ya que se está considerando aplicar la sanción extracompensatoria no en virtud del daño provocado, sino que, en razón de la gravedad de la conducta, por lo que debería aplicarse un estándar más exigente al evaluarse la gravedad de un comportamiento que se considera como un disvalor.³⁸⁵

³⁸² Hernández P., G. y Ponce M. 2022. p. 80.

³⁸³ *Ibidem*. pp. 90-92. Los autores se sostienen en: Bermúdez S., J. 2011. pp. 288-290. Creemos importante destacar que la necesidad de concurrencia de idénticos sujetos, hechos y fundamentos para la aplicación del principio *non bis in ídem*, es conteste en gran parte de la doctrina administrativa. Un acabado estudio se puede encontrar en: Altamirano A., P. 2017.

³⁸⁴

³⁸⁵ Martínez A., M. G. 2012. pp. 69-70 y 74-76. Al respecto, la autora en este texto indica que esta prueba más exigente debe emplearse para los casos en que se entienda a los daños punitivos como una vindicación privada o como una sanción social. Si se entiende que los daños punitivos cumplen una función eminentemente disuasiva, se debería probar la probabilidad de escapar de la responsabilidad por parte del agente, pues los daños punitivos cumplirían una función de eficiencia social. Una explicación más detallada se encuentra en Martínez A., M. G. 2012 p. 80-92.

En conclusión, el artículo 53 C letra c) de la LPDC establece efectivamente daños punitivos en razón que sanciona las conductas que considera como reprochables, a la vez que busca evitar que los proveedores incurran en estas conductas, cumpliendo una función expresiva de la responsabilidad civil y una función disuasiva.

3.4.4 Extensión del daño patrimonial ocasionado por un ilícito anticompetitivo

Determinar el daño indemnizable es, un ejercicio técnicamente complejo, para el que se ha utilizado la comparación del mercado real en el que existió la infracción a la libre competencia, con un mercado hipotético en el que la infracción que motiva la sanción nunca ocurrió. Esto es lo que se conoce como contrafactual o escenario contrafactual, utilizado por la jurisprudencia europea para la determinación del daño emergente.³⁸⁶ La dificultad de esta comparación es la construcción del escenario hipotético sin infracción a la libre competencia, para lo que se han desarrollado diversas técnicas.³⁸⁷

En primer lugar, podemos mencionar a las técnicas que comparan mercados: Se puede buscar un mercado de bienes sustitutos o altamente similar, lo que es conocido como *Yardstick Method*; se puede revisar el mismo mercado en que ocurrió la infracción, pero en una extensión geográfica distinta en la cual no haya surtido efectos la conducta anticompetitiva; o se revisa el mismo mercado antes que ocurriera la infracción, o método *before-after*.³⁸⁸

En segundo lugar, es posible realizar comparaciones de la información financiera de las empresas del mercado, para aproximar su utilidad con la que habrían obtenido en el escenario contrafactual. Esto se realiza comparando la tasa de retorno sobre inversión de la infractora en el mercado relevante, con la tasa de retorno sobre inversión de empresas similares que se desempeñan en mercados competitivos, o con la tasa de retorno de otros bienes de la empresa que no fueron objeto ni se vieron afectados por la infracción, o de empresas que participan en el mismo mercado relevante pero que no son infractoras.³⁸⁹

También se puede utilizar el método de margen de utilidad, que compara la utilidad obtenida por las infractoras en el mercado relevante con la utilidad obtenida por empresas que intervienen en mercados similares, pero en otra zona geográfica no afectada por el ilícito, o por empresas que intervienen en el mercado relevante, pero que

³⁸⁶ Bolívar-Gacitúa, N.. 2022. pp. 84 y 85.

³⁸⁷ Una aproximación a estos métodos para construir el mercado contrafactual se puede encontrar en: Agostini, C. 2022.

³⁸⁸ Lewin M., N. 2011. p. 8.

³⁸⁹ Agostini, C. 2022. pp. 7-9

no son infractoras, o por empresas que operan en mercados de bienes sustitutos que son competitivos.³⁹⁰⁻³⁹¹

Con todo, los informes de peritos que se evacúan en los juicios para determinar la sanción infraccional o la indemnización a los consumidores por este tipo de ilícitos se basan en más de un método, de esta manera, se ha constatado que es necesaria la adopción de *“criterios econométricos de común aceptación (...) atendiendo a las enormes diferencias que se observan entre las estimaciones de perjuicios a partir de modelos econométricos presentados por las partes (...)”*.³⁹²

Como vimos, en diversas secciones del capítulo II, la ley permite, para mayor facilidad al determinar el daño anticompetitivo, y considerando que su magnitud dependerá de la identidad de la víctima, la formación de grupos y subgrupos. Al respecto la doctrina ha indicado que este mecanismo es especialmente atingente en casos en dónde se han vulnerado distintos derechos a diversos grupos o para diferenciar derechos individuales homogéneos,³⁹³ como por ejemplo, en casos de colusión de farmacias, formando un grupo de quienes producto del sobreprecio no pudieron acceder al medicamento lesionando su derecho a la integridad física o psíquica y otro grupo conformado por quienes simplemente pudieron pagar el sobreprecio, sin afectación a su salud.

3.5 Distribución del remanente de la indemnización

Como ya tratamos en las secciones 2.4.5 y 2.4.7, el TDLC hasta la sentencia deberá establecer grupos y subgrupos distinguiendo a los distintos tipos de consumidores afectados, contando cada grupo con su propio monto indemnizatorio. Conforme habíamos indicado, en caso en que la identidad de los consumidores pertenecientes al grupo no sea posible de determinar durante el juicio, se espera que cada consumidor comparezca en la fase de liquidación de la sentencia, argumentando su pertenencia al grupo o subgrupo titular de la indemnización, mediante antecedentes suficientes.

Sin embargo, como ya habíamos anotado, en la sección 2.4.9 existen críticas sobre la real posibilidad de que los consumidores puedan demostrar su pertenencia al grupo, o incluso es razonable que un número significativo de consumidores siquiera comparezca. Todo lo cual nos hace preguntarnos sobre este monto no reclamado. Misma cuestión

³⁹⁰ *Ibidem*. pp. 9 y 10.

³⁹¹ A mayor abundamiento, para conocer más las técnicas mediante las cuales se determina la extensión del daño patrimonial, se puede consultar a: Edwards, M. V; Fantuzzi, J. y Gana, J. M. 2020.

³⁹² Quiroz, J.; Givovich, F.; Araya, F.; Canales, R.; Rojas. M. 2020. p. 17.]

³⁹³ Aguirrezabal G., M. 2019. pp. 108 y 109; Hernández P., G. y Tapia R, M. 2019. pp. 49-51

se plantea en la concurrencia de acuerdos como avenimiento o conciliación, respecto de los montos que no sean reclamados por los consumidores en cuyo favor se estipuló la indemnización.

La solución propuesta por la doctrina se denomina mecanismo *cy-prés* (del francés *cy pres comme possible*)³⁹⁴ o *fluid recovery*. Este sistema puede ser conceptualizado como un mecanismo subsidiario de distribución de la indemnización obtenida en juicio que “(...) consiste en que los remanentes o fondos que no fueron distribuidos entre los miembros del grupo de afectados, sean entregados a un destinatario cuyos intereses se aproximen razonablemente a los del grupo (...)”.³⁹⁵ De esta manera, se evita el enriquecimiento injustificado del proveedor condenado civilmente así como el cumplimiento del principio de reparación integral del daño.³⁹⁶

Es posible agregar que la incorporación de este sistema tiene una finalidad disuasoria al asegurar “(...) que la demandada no lucre con su actividad lesiva, y que parte de la premisa de que los beneficios generados por una acción colectiva siempre deben ser adjudicados a alguien (...)”.³⁹⁷ En efecto, la efectividad de la responsabilidad civil de las acciones colectivas es únicamente posible cuando “(...) la demandada no escape a la condena aprovechando el escaso incentivo de los miembros del grupo afectado para presentarse a liquidar y ejecutar individualmente su pretensión”,³⁹⁸ de esta manera se concibe el mecanismo procesal del *cy-prés* como uno excepcional y subsidiario, que encuentra una justificación para su aplicación solo cuando no es posible la indemnización directa e individual a los afectados, en otras palabras “(...) cuando la finalidad de compensación directa se diluye (...)”³⁹⁹ y la alternativa de devolución al demandado conspiraría contra la efectividad de estas demandas y además de la finalidad disuasoria que plasmó el legislador en la historia fidedigna de la ley 20.081.⁴⁰⁰ Podemos indicar dos ejemplos de lo anterior, en primer lugar, este mecanismo de distribución de perjuicios resulta especialmente útil en casos que el daño es difuso y afecta a un grupo indeterminado de consumidores, en este sentido se ha utilizado en el derecho ambiental.⁴⁰¹ También, cuando el daño proviene del sobreprecio de un producto cuya demanda es reiterada y la reparación consiste en una rebaja temporal del precio

³⁹⁴ En castellano, “tan próximo como sea posible”.

³⁹⁵ Aguirrezabal G., M. 2019. p. 139.

³⁹⁶ Hernández P., G. 2022. p. 23.

³⁹⁷ Aguirrezabal G., M. y Pérez R., Á. 2021. pp. 26 y 27.

³⁹⁸ Verbic, F. 2012. p. 3.798.]

³⁹⁹ *Ibidem*. p. 3.800.

⁴⁰⁰ Historia de la Ley N° 21.081. pp. 3 y 4..

⁴⁰¹ Hernández P., G. y Tapia R, M. 2019. p. 76.

del producto, como lo es el daño que ocasionan los ilícitos contra la competencia al afectar el interés colectivo o difuso.⁴⁰²

El origen de este mecanismo se encuentra en el *common law*, en hipótesis reasignación de bienes del testador o donante “(...) que por distintas razones no pueden cumplir la voluntad del instituyente, y se prefiere buscar una alternativa semejante (...)”.⁴⁰³⁻⁴⁰⁴

En Chile, a nivel legislativo, su incorporación se identifica con la reforma introducida mediante la ley 21.081 que modificó los artículos 53 B inciso final y 53 C inciso 2° de la LPDC. En estos casos, si los consumidores no reclaman su indemnización en un plazo de dos años, el proveedor que acordó la indemnización o que ha sido condenado civilmente, dependiendo de la aplicación de una u otra norma; deberá enterar el remanente al fondo contemplado en el artículo 11 bis.

El artículo 11 bis de la LPDC, modificado por la referida reforma, introdujo un fondo concursable cuyo objeto es el financiamiento de las Asociaciones de Consumidores para el cumplimiento de sus fines. Debido a las actividades que el legislador les reconoce en el artículo 8° de la LPDC, observamos que tienen una función amplia respecto de la promoción de los derechos en el consumo de la sociedad en general, así observamos el literal c) que indica que pueden estudiar y proponer medidas encaminadas a la protección de los derechos de los consumidores y efectuar o apoyar investigaciones en el área del consumo, lo cual, por ejemplo, ha resultado en estudios que han demostrado falsedad en el etiquetado de diversos productos;⁴⁰⁵ lo que fundamenta el financiamiento público y en particular el ser destinatarias, mediante fondos concursables, del remanente de las indemnizaciones establecidas en acuerdos o sentencias que se susciten como consecuencia de un ilícito que afecte el interés colectivo o difuso de los consumidores. Este mecanismo destinado a la distribución de remanentes se ha aplicado sin necesidad de sentencia estando contemplado en acuerdos arribados por los legitimados activos con infractores. De hecho, el primer caso de aplicación práctica de este mecanismo ocurrió en el avenimiento entre el Sernac, las asociaciones de consumidores CONADECUS y ODECU y la papelera CMPC TISSUE S.A., al que nos referimos en la introducción. En este caso, como recordaremos, se estableció la entrega de un monto de dinero a todas las personas mayores de 18 años, con cédula de

⁴⁰² *Ibidem*.

⁴⁰³ González C., F. 2021a. p. 129.

⁴⁰⁴ Aun cuando en nuestro derecho civil podemos encontrar una institución similar en el cumplimiento por equivalencia de la obligación modal contemplada en el inciso 2° del artículo 1093 del código civil.

⁴⁰⁵ Zapata C., L. (coord.); Espinoza M., A.; Aguilera, N. 2022.

identidad vigente, al momento en que quedara firme la resolución que tiene por aprobado el acuerdo, estableciendo expresamente que los remanentes serían distribuidos entre las personas con mayor vulnerabilidad por medio del Instituto de Previsión Social.⁴⁰⁶

Otro caso corresponde al caso farmacias, en dónde se llegó a un acuerdo con parte de las infractoras⁴⁰⁷ que destinó el remanente a una fundación que tiene una actividad que beneficia a personas que se acercan razonablemente a los afectados por el ilícito, entregando los montos no reclamados a la Fundación de Ayuda al Niño Oncológico Sagrada Familia.⁴⁰⁸

Por último, el TDLC ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este mecanismo y su aplicación a la indemnización por daños difusos, con ocasión de la conciliación parcial ocurrida en la causa rol N° CIP-2-2019, seguida contra las productoras de carne de pollo, en este se acordó la distribución de USD 29 millones a diversas instituciones sin fines de lucro, señalando los demandantes que este acuerdo se acercaba razonablemente sus pretensiones e indicando el tribunal que las bases propuestas no contenían términos que infringiesen las normas de protección de los derechos de los consumidores.⁴⁰⁹

Así podemos observar dos desarrollos del mecanismo *cy-prés* en el derecho del consumo nacional, uno por vía legislativa, el establecimiento de los artículos 53 B inciso final y 53 C inciso 2° en relación con el artículo 11 bis todos de la LPDC; y otro por vía de los métodos autocompositivos, mediante acuerdos que promocionan mecanismos de *cy-prés*.

La incorporación del mecanismo *cy-prés* en el ordenamiento jurídico chileno ha sido objeto de diversas valoraciones positivas por la doctrina, por ejemplo, Gabriel Hernández y Mauricio Tapia han indicado que:

“(...) la LPC ha resuelto adecuadamente el problema de los remanentes, ya que, distanciándose del criticable modelo colombiano -que contempla la devolución al demandado-, los destina a un fondo cuyo objeto es el desarrollo de iniciativas

⁴⁰⁶ Aguirrezabal G., M. 2019. pp. 140 y 141.

⁴⁰⁷ 10° Juzgado Civil de Santiago, sentencia de fecha 13 de noviembre de 2020, causa rol N° C-1940-2013.

⁴⁰⁸ Avenimiento aprobado por resolución de fecha 13 de noviembre de 2020, por el 10° Juzgado Civil de Santiago en causa rol N° 1.940-2013.

⁴⁰⁹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia de fecha 05 de diciembre de 2022, causa Rol N° CIP-2-2019, considerandos 10°-13°.

tendientes a aumentar los niveles de protección y/o la tutela judicial efectiva de los derechos de los consumidores".⁴¹⁰

También se puede destacar que el mecanismo ha sido recogido en profundidad por la autoridad administrativa, así el SERNAC también ha reconocido este mecanismo de distribución. En uso de las atribuciones de interpretación administrativa del artículo 58 de la LPDC, publicó la Resolución Exenta N° 759 del 06 de noviembre de 2020, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, mediante la cual aprobó la Circular Interpretativa sobre mecanismos alternativos de distribución de indemnizaciones, reparaciones, devoluciones y compensaciones por afectaciones a los intereses colectivos o difusos. En lo que interesa, estableció cuatro criterios de priorización y aplicación del "*cy pres distribution*" como lo menciona la circular.

En primer lugar, establece el criterio de la "Primacía de la reparación directa", en síntesis este criterio indica que en casos en que los consumidores sean determinados o determinables, como es el caso de intereses colectivos e individuales homogéneos, deberá primar la reparación directa a la víctima.⁴¹¹ En segundo lugar, establece el criterio de la "Proximidad", según el cual deberá privilegiar un destino razonablemente próximo a los consumidores determinados, si fuera posible; o al interés que se intenta proteger con la acción, complementando con un criterio de vulnerabilidad.⁴¹² En tercer lugar, formula el criterio de "No afectación al artículo 11 bis", que indica que en caso que igualmente permanezca un remanente éste deberá ser destinado al fondo del artículo 11 bis.⁴¹³ Finalmente, señala el criterio de "Carácter excepcional y subsidiario", que básicamente reitera el primer criterio.⁴¹⁴

Con todo, la formulación de este mecanismo en el ordenamiento jurídico nacional y la interpretación que de él ha hecho el Sernac, mediante la referida Circular, ha sido criticada por contener elementos que se alejan de la función correctiva de la responsabilidad civil, así se ha dicho que indica que el *cy-prés* tiene una función punitiva, que no hay discrecionalidad del juez para determinar el destino de los remanentes y por infringir el principio de reparación integral del daño, "*(...) puesto que los fondos no irían en su directo beneficio [de las víctimas], dejando a muchas personas sin ninguna compensación*".⁴¹⁵

⁴¹⁰ Hernández P., G. y Tapia R, M. 2019. p. 79.

⁴¹¹ Resolución Exenta N° 759 de 06 de noviembre de 2020.

⁴¹² *Ibidem*. pp. 12 y 13.

⁴¹³ *Ibidem*. p. 13.

⁴¹⁴ *Ibidem*. pp. 13 y 14.

⁴¹⁵ González C., F. 2021a. p. 130.

De lo anterior, podemos indicar que este tipo de mecanismos tensiona la función correctiva de la responsabilidad civil, particularmente, puesto que no es posible determinar que los beneficiarios de la indemnización serán las víctimas cuyo daño la fundamenta, considerando lo anterior Iñigo de la Maza ha reflexionado que “(...) *si existen buenas razones para permitir estos mecanismos, el vocabulario de la indemnización debe repensarse con una imaginación que exceda los bordes de la responsabilidad civil*”.⁴¹⁶

Tiene razón la crítica en que el mecanismo del *cy-prés* o *fluid recovery* nos invita a pensar la indemnización civil más allá de la justicia correctiva, pero a nuestro juicio no es cierto que tenga un carácter punitivo. A diferencia de los daños punitivos, ya estudiados, no adiciona la doctrina *cy-prés* montos a indemnizar, sino que asegura la salida del patrimonio del infractor del monto que corresponde al daño efectivamente causado y su distribución en personas jurídicas que pueden ayudar a la sociedad en general. Consideramos que este es un criterio de justicia distributiva, pues permite a estas instituciones repartir la indemnización a través del cumplimiento de su giro, que se considera beneficioso para la sociedad toda.

En este sentido, tradicionalmente se ha restringido el uso de la justicia distributiva en la responsabilidad civil al ámbito de la socialización del riesgo, así se dice, mediante la adopción de mecanismos distributivos del daño como el seguro privado y seguro social.⁴¹⁷ Sin embargo, el concepto clásico de justicia distributiva es más amplio y se relaciona con la justa proporción entre desiguales, es decir la porción que merece uno respecto de todos.⁴¹⁸ En consecuencia, la relación se sitúa entre la comunidad y el individuo. Además, este método de distribución permite, que la indemnización pueda llegar, al menos de manera indirecta, al consumidor más vulnerable quien probablemente no tiene los medios para comparecer en juicio ni mucho menos para probar su pertenencia al grupo. Esta preocupación por la vulnerabilidad del consumidor se ve recogida, en primer lugar, en la circular del Sernac sobre este mecanismo, quien la menciona dentro del criterio de proximidad para la aplicación del *cy-prés*, y, en segundo lugar, los acuerdos a los que nos hemos referido han acordado, que el destino de los montos obtenidos por la responsabilidad civil derivada de ilícitos anticompetitivos, tenga por finalidad favorecer a grupos vulnerables.

⁴¹⁶ De la Maza, I. 2020. p. 796.

⁴¹⁷ Barros B., E. 2020. p. 58.

⁴¹⁸ Aristóteles. 1985. pp. 243-245.

Así, la doctrina *cy-prés* o *fluid recovery*, nos recuerda a la tesis de la inseparabilidad sostenida por el profesor Alberto Pino Emhart según la cual no solo la justicia correctiva o conmutativa ha de ser considerada como un factor explicativo de la indemnización del daño, sino que es inseparable de las exigencias de la justicia distributiva, cuyos criterios sí tienen relevancia en la práctica al atribuir responsabilidad civil.⁴¹⁹

3.6 Resumen del ejercicio de imputación de responsabilidad civil a proveedores infractores de la libre competencia respecto de daños ocasionados al interés colectivo o difuso de los consumidores

A modo de recapitulación, podemos indicar que existen una serie de elementos relevantes que deben ser considerados por los consumidores al momento de perseguir la responsabilidad civil de los proveedores infractores de la libre competencia:

En primer lugar, no será preciso para los demandantes probar los hechos y el factor de imputación.

En segundo lugar, respecto de la causalidad, los demandantes deberán probarla y tendrán diversos desafíos para su acreditación. Los consumidores jurídicos, no existe dificultad para indicar que los daños que padezcan éstos guardan una relación causal con el ilícito. Respecto de los consumidores distintos al consumidor jurídico, podemos distinguir tres tipos de consumidores que invitan a la reflexión respecto de la relación causal que guarde los daños que hayan sufrido con la infracción: Los consumidores excluidos del mercado, los consumidores indirectos y los consumidores víctimas del “efecto paraguas”.

Respecto de los consumidores excluidos del mercado por el aumento del precio, se ha argumentado por los proveedores que no se deriva daño de la decisión de no participar del mercado y que los daños sufridos no guardan relación causal. Sin embargo, la pérdida de consumo es una consecuencia segura del aumento de precio y debe considerarse como un daño atribuible pues guarda una relación de causalidad

⁴¹⁹ El autor se explaya sobre casos en que se hacen presentes las exigencias de la justicia distributiva en la responsabilidad, mostrando la tesis de inseparabilidad en: (1) la escuela aristotélica tomista, (2) en el análisis económico del Derecho, (3) en las escuelas modernas de responsabilidad extracontractual, (4) en la doctrina chilena. Respecto de la responsabilidad extracontractual, muestra ejemplos de inseparabilidad en: (1) la responsabilidad por culpa y la responsabilidad estricta, (2) en los seguros, (3) en la presunción de culpa del empresario por los hechos de sus dependientes, (4) en la indemnización del daño moral y (4) en la protección de la honra. Para su revisión en profundidad revisar: Pino E., A. 2013.

adecuada, además de ser los consumidores objeto de la protección de la norma de libre competencia como revisamos en la sección 1.2.1.1. No obstante debemos reconocer la dificultad que conlleva demostrar que se hubieran consumido (o se hubiera consumido más) el producto del mercado relevante en caso de no existir la infracción.

Respecto de los consumidores sin un vínculo “directo” con el proveedor, la principal dificultad se encuentra en la definición de interés colectivo, que requiere de un “vínculo contractual” que ligue a estos consumidores con el proveedor. Este argumento formal y aislado, puede ser contrarrestado por tres razones. Primero por la definición amplia de proveedor, conforme al cual el concepto de proveedor abarca toda la cadena de intercambios que debe contar con un vínculo contractual mediatizado con el consumidor. En segundo lugar, por su contradicción con el principio de reparación integral del daño y, por último, en atención a la definición amplia de consumidor, que engloba a muchos más consumidores que el jurídico que contrata directamente con el proveedor, incluyendo a consumidores materiales, o incluso potenciales.

Respecto de los consumidores víctimas del efecto paraguas, tendrán dificultades para acreditar que el aumento del precio del competidor no infractor se produjo a consecuencia del poder de mercado del o los infractores, siendo una consecuencia directa y previsible del ilícito anticompetitivo. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha indicado que se debe extender la obligación reparatoria a consumidores que contratan con terceros y han incurrido en precios más elevados a causa de la colusión. Es razonable que el aumento general de los precios sea una consecuencia de la ejecución exitosa de un ilícito anticompetitivo y es posible imputar estos daños al infractor.

En tercer lugar, también se debe probar el daño, tanto en su existencia como en su extensión. Podemos observar que el daño ocasionado a los consumidores por un ilícito anticompetitivo cumple con las condiciones para ser indemnizable, a saber, que se derive de la lesión de un interés legítimo, pues el interés colectivo o difuso es reconocido por la legislación; que sea significativo, porque se considera el daño ocasionado a todos los consumidores que participan del mercado relevante durante toda la duración de los efectos de la infracción; que sea personal, ya que incluso los consumidores que no pudieron adquirir, utilizar o disfrutar el bien o servicio del mercado relevante pueden haber sufrido un daño ocasionado de esta exclusión en el caso que, de no mediar un ilícito contra la competencia hubiesen consumido, o hubiesen consumido más; que sea directo pues cumple con estar conectado casualmente y; que sea cierto, debido a que un ilícito anticompetitivo puede dañar a la generalidad de los consumidores del mercado

relevante, siendo posible acreditar para todas las categorías de consumidores, determinables o indeterminables, la existencia de un daño, incluso aquellos que requieren de un juicio de razonable probabilidad para imputarse, como el lucro cesante o el daño futuro.

Los tipos de daños que es posible ocasionar a los consumidores con ocasión de un ilícito contra la competencia son patrimoniales, extrapatrimoniales y sancionatorios. Dentro de los primeros, vemos que es posible formular afectaciones tanto a título de daño emergente, lucro cesante e incluso, pérdida de una chance. Sobre los segundos, podemos indicar que sólo recientemente se ha permitido por la legislación su petición, cuando se afecte la integridad física, psíquica o la dignidad de los consumidores, conforme a la reforma de la ley 21.081. Si bien esta incorporación no ha estado exenta de críticas que piensan que el daño moral colectivo es en realidad la suma de intereses homogéneos, o que sostienen que se trata de daño sancionatorio encubierto, lo cierto es que es una respuesta del legislador que permite el resarcimiento de estos daños es coherente con el principio de reparación integral del daño, el que además se construye colectivamente mediante el sistema de “montos mínimos comunes”. Por lo demás, las instituciones de reserva de derechos y la posibilidad de que cada consumidor inicie un juicio sumario posterior persiguiendo una cuantía de daño moral superior, permiten conciliar los intereses individuales de los consumidores con el interés colectivo que se refleja en el sistema de “montos mínimos comunes”, por lo que las distinciones entre daño moral individual homogéneo y daño moral colectivo propiamente tal pierde relevancia práctica. Por último, el daño punitivo, constituye un tipo de daño que es excepcionalmente establecido en la legislación, que busca sobre compensar a las víctimas. Este persigue el castigo de las conductas agravantes del inciso quinto del artículo 24 de la LPDC, además de su prevención y disuasión, y cumple una función expresiva del daño por cuanto sirve para enviar un mensaje sobre el repudio a las conductas sancionadas por el ordenamiento jurídico.

La extensión del daño patrimonial ocasionado a los consumidores por un ilícito anticompetitivo, debe determinarse por la diferencia entre el escenario en el que se encuentran los consumidores en el mercado real en el que ocurrió el ilícito, con otro mercado hipotético en el que la infracción no aconteció. Para configurar este escenario hipotético, se utilizan diversas técnicas económicas, que comparan al mercado relevante con el estado del mismo mercado antes de los efectos del ilícito, con otros mercados similares, o comparando la utilidad o información financiera de los infractores con los de competidores no infractores o con los propios antes que surtiera efectos el ilícito. Con todo, idealmente se requerirá de la implementación de varios métodos que

serán aportados mediante prueba pericial, la que tiene una relevancia determinante a la hora de establecer los montos de los daños.

En último lugar, hemos visto que el monto de la indemnización se distribuirá, primero a cada consumidor que comparezca para acreditar su pertenencia a algún grupo o subgrupo establecido en la sentencia. No obstante, ante el probable caso que ningún o muy pocos consumidores comparezcan y quede un remanente, se ha resuelto por el legislador repartirlo conforme al mecanismo del *cy-prés*. Éste busca que los remanentes de en a destinatarios, cuyos intereses se aproximen razonablemente a los del grupo afectado y evitar el enriquecimiento injustificado del proveedor condenado. Podemos ver que este mecanismo acude a criterios de justicia distributiva para el destino de estos fondos, pues se busca fomentar a organizaciones cuya actividad beneficia a la sociedad toda, obteniendo los afectados que no comparecieron su compensación de modo indirecto.

Es posible apreciar como diversos mecanismos de la responsabilidad civil colaboran para una adecuada reparación a los consumidores en el caso de los ilícitos contra la competencia observándose que se ha buscado fortalecer la función correctiva de la responsabilidad al permitir solicitar reparación por el daño moral, autorizando el legislador la aplicación de daños punitivos e incorporando mecanismos que atienden a criterios de justicia distributiva.

CONCLUSIONES.

El propósito de este trabajo era exponer los criterios necesarios para considerar la indemnización a los consumidores en casos de daños provocados por infracciones a la competencia. Se buscaba determinar la forma en que los consumidores podrían obtener una reparación óptima o lo más cercana a ella. Para lograrlo, se realizaron precisiones sobre conceptos relevantes en el ámbito del derecho del consumo y el derecho de la libre competencia, además de explorar la relación entre ambas ramas. Asimismo, se analizó el proceso de indemnización desde la perspectiva del procedimiento y el juicio de atribución.

A continuación, indicaremos las conclusiones que es posible colegir de la revisión del derecho del consumo, el derecho de la libre competencia y su relación, del procedimiento indemnizatorio y de la manera en que se imputan estos daños sufridos por los consumidores a los infractores:

1. El derecho del consumo tiene por antecedente principios que buscaban la protección a la parte más débil de una relación jurídica de derecho privado. Nace como estatuto tutelar para hacer posible los principios abstractos de igualdad y libertad que debían regir este tipo de relaciones, los cuales se veían seriamente obstaculizados tanto por situaciones de hecho derivadas de la contratación masiva industrial, por ejemplo, el desigual poder negociador, las asimetrías informativas y los costes de transacción, como por la naturaleza del ser humano al momento de tomar decisiones, que conforme demuestra la economía del comportamiento es, en parte, irracional.
2. El derecho del consumo, en consecuencia, debe leerse conforme a su principio rector pro-consumidor al momento de analizar su aplicabilidad, en cuya faz subjetiva encontramos definiciones amplias tanto de consumidor como de proveedor. Así, el primero abarca a las personas que realicen actos onerosos, gratuitos, o simplemente consuman materialmente el bien o servicio. Incluso la definición de consumidor puede abarcar a consumidores abstractos que tienen la potencialidad de consumir. Por otro lado, el concepto de proveedor abarca a personas que se encuentran en todos los eslabones de la cadena productiva, desde el que vende al consumidor, el intermediario, productor, importador, entre otros, requiriendo sólo de la existencia de un vínculo contractual mediatizado que anteceda al hecho por el cual se relaciona el proveedor con el consumidor.
3. El derecho de la libre competencia se relaciona con el derecho del consumo en tanto se ha reconocido dentro de los bienes jurídicos protegidos por la libre

competencia al bienestar de los consumidores, o al menos se puede considerar al bienestar de los consumidores como una consecuencia de la efectiva tutela de los bienes jurídicos que protege por esta rama del derecho, como ha reconocido la jurisprudencia.

4. Un ilícito anticompetitivo que afecte a los consumidores puede ocasionar un alza del precio en el mercado relevante, lo que ocasiona que un grupo de consumidores pague este sobreprecio ilícito y otro grupo de consumidores sea expulsado del mercado, pues no puede seguir comprando al precio anticompetitivo. Ambos hechos generan una pérdida de bienestar.
5. En consideración de lo expuesto, el derecho de consumo y de la libre competencia se encuentran, pues un mercado competitivo contribuye al bienestar de los consumidores. Esta relación es reconocida desde la teoría económica, por la doctrina, en la historia de la ley de la LPDC, a nivel internacional, por la jurisprudencia y en menciones expresas a los consumidores, las asociaciones de consumidores o el Sernac en el DL 211.
6. La reparación del daño ocasionado a consumidores con ocasión de un ilícito contra la competencia se regula por un procedimiento indemnizatorio especialísimo respecto del procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores. Este procedimiento indemnizatorio sólo puede seguirse ante el TDLC, pues sólo este tribunal (y la Corte Suprema conociendo vía recurso de reclamación) puede determinar una infracción a la libre competencia, es decir, este es un procedimiento que se inicia por una acción derivativa que tiene por antecedente una sentencia firme que, conforme a los efectos positivos de la cosa juzgada, impide controvertir los hechos y su calificación jurídica, que han quedado establecidos ésta.
7. El procedimiento no obstante estar pensado para una cantidad masiva de afectados, concilia los intereses individuales de los consumidores con los de la colectividad, pues permite a los consumidores que estimen que se les ha ocasionado un daño especialmente significativo resguardar sus intereses mediante mecanismos de reserva de derechos, a la vez que establece mecanismos de reparación colectiva de los daños para la generalidad de los consumidores, a saber, contar con legitimados activos colectivos que en principio representan a la generalidad de las víctimas, el establecimiento de grupos o subgrupos de consumidores afectados, los efectos erga omnes de la sentencia, entre otros.
8. Respecto de la causalidad del daño ocasionado a los consumidores, es necesario tener presente que la disminución del consumo es una consecuencia

verosímil del ilícito contra la competencia, por lo que consumidores que han dejado de consumir (o que han consumido menos) producto del sobre precio anticompetitivo, no dejan de ser víctimas cuyo daño se relaciona causalmente con el ilícito, a pesar de las dificultades de probar este vínculo.

9. Por otro lado, debemos considerar que, aun cuando el ilícito haya sido cometido por infractores que no contratan directamente con consumidores, no dejan de ser proveedores, pues éstos cuentan con una definición amplia que engloba toda la cadena productiva, sólo requiriendo un vínculo contractual mediatizado que sirva de antecedente al hecho que los vincula al consumidor. Y es en ese sentido que debe entenderse la exigencia de “vínculo contractual” del inciso 5º del artículo 50 de la LPDC en la definición de interés colectivo.
10. Para sortear las dificultades, a las que se enfrentan los consumidores en materia de causalidad, es posible que a futuro se establezca una presunción simplemente legal de causalidad respecto de daños por ilícitos anticompetitivos, como lo ha hecho el derecho comunitario europeo, respecto del ilícito de colusión.
11. Respecto del daño causado a los consumidores, por un ilícito anticompetitivo, es necesario indicar que cumple con todos los requisitos del daño indemnizable. Así, es pertinente que el proveedor infractor responda de todo daño conforme al principio de reparación integral que regula la legislación común el artículo 30 del DL 211, y la LPDC en el artículo 3º letra e).
12. En ese sentido, la legislación incluye expresamente la indemnización por daño moral colectivo, conforme la literalidad del artículo 51 de la LPDC. Sin perjuicio que la construcción del monto a indemnizar por el daño moral se construye de manera colectiva mediante el sistema de “montos mínimos comunes”, cuenta con la posibilidad incondicionada de aumentar la indemnización individual en esta sede mediante un juicio posterior, siendo un ejemplo adicional a la forma en la que se concilian los intereses colectivos e individuales en la reparación por la afectación a intereses colectivos o difusos.
13. No obstante, también es posible establecer daños punitivos a los infractores, en atención a lo dispuesto por el artículo 53 C letra c) de la LPDC. Estos cumplen una función expresiva, comunicando por medio del incremento de la sanción el reproche social que merece la gravedad de las conductas dan lugar a la aplicación de estos daños, y una función disuasiva, buscando evitar que los proveedores incurran en estas conductas al establecer un incentivo mediante el aumento de la indemnización.

14. En cuanto a la manera de determinar la extensión del daño, podemos encontrar que esta se determina de la diferencia entre el mercado relevante afectado por los efectos de la infracción con un mercado relevante hipotético en el que no ocurrió el ilícito. Para la determinación de este último, se precisa de prueba pericial que se nutre de diversa información existente para construir el mercado relevante hipotético, por lo que esta prueba tendrá una importancia gravitante al momento de establecer la extensión del daño.
15. Luego de liquidado el monto a indemnizar, es razonable preguntarse qué ocurre si por no comparecer todos los consumidores afectados, quedan remanentes sin cobrar. Por ello, se ha establecido mecanismo *cy-prés*, el que distribuye el remanente en personas por cuya actividad pueden beneficiar a la sociedad completa, cumpliendo por un lado una función distributiva del daño, y, por otro lado, impidiendo un enriquecimiento injustificado por parte del proveedor civilmente condenado. Este mecanismo incluso se ha utilizado en métodos autocompositivos sobre indemnizaciones civiles por ilícitos anticompetitivos, en dónde las partes han estipulado el destino de remanentes a sectores vulnerables de la población o en casos en que se ha estipulado derechamente que toda la indemnización sea recibida por organizaciones sin fines de lucro.
16. Entonces, la indemnización civil en los casos de la afectación el interés colectivo o difuso de los consumidores, no sólo cumple un rol correctivo, sino que también cumple un rol retributivo, en atención al establecimiento de daños punitivos, y un rol distributivo, considerando tanto la aplicación práctica en avenimientos como su regulación por ley, del mecanismo *cy-prés*. Esto refleja la inseparabilidad de las funciones de la responsabilidad en la indemnización civil, que se manifiestan nítidamente en el caso de la reparación a la afectación de intereses colectivos o difusos de los consumidores.
17. De esta forma, podemos ver que una comprensión teleológica pro-consumidor, que toma en consideración la definición amplia que se ha dado a los conceptos de consumidor y proveedor permite leer una afectación a un mercado relevante, como lo es un ilícito anticompetitivo, procurando la protección de los diversos tipos de consumidores afectados. Así, se debe considerar a cada efecto de un ilícito anticompetitivo que pueda tener un impacto patrimonial o moral en los consumidores como un daño causalmente conectado e indemnizable en la medida que se logre probar que su existencia no habría tenido lugar en un mercado hipotético competitivo. La forma de reparar estos ilícitos se ajusta, procesalmente, al procedimiento especialísimo seguido ante el TDLC, mismo tribunal que dictó la sentencia condenatoria, por lo que permite tener por probado

el hecho infraccional y por cuyo carácter técnico, puede evaluar de más conveniente que otros tribunales la extensión del daño que requiere de una compleja prueba pericial. Desde la perspectiva de la reparación civil, esta indemnización al igual que la reparación a todo daño al interés colectivo o difuso, procura asegurar la reparación de todo daño causado, tanto patrimonial como moral, pero también considera finalidades de orden sancionatorio, disuasorio y preventivo, mediante el establecimiento de daños punitivos, y mecanismos para asegurar que el daño causado pase del patrimonio del infractor al de los consumidores, aún sea indirectamente a través del mecanismo *cy-prés* que, atendiendo criterios de justicia distributiva, busca que el remanente no reclamado por las víctimas vaya a organizaciones por cuyo giro o actividad podrían beneficiarlas.

BIBLIOGRAFÍA.

Obras consultadas:

1. Agostini, C. 2022. Cálculo de daños por conductas anticompetitivas: Consumidores. Centro de Competencia (CeCo). [en línea]. Santiago: Universidad Adolfo Ibáñez. Recuperado en: <<https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/10/Agostini-2022-Calculo-de-danos-por-conductas-anticompetitivas-consumidores.pdf>> [consultado el: 02 de julio de 2023].
2. Aguirrezabal G., M. 2019. Defensa de los consumidores y acceso a la justicia: un análisis del procedimiento colectivo en la legislación chilena. 2º edición actualizada. Santiago. Thomson Reuters.
3. Aguirrezabal G., M. y Pérez R., Á. 2021. Liquidación y ejecución de sentencias condenatorias en el proceso colectivo chileno de consumidores y usuarios. [en línea]. Ius et Praxis, 27(1): 17-36. Recuperado en: <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122021000100017>> [consultado el: 18 de junio de 2023].
4. Altamirano A., P. 2017. El principio non bis in ídem en el derecho administrativo sancionador. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.
5. Araya J., F. 2014. Efecto paraguas de la colusión y la imputación objetiva de los daños indemnizables: sentencia del tribunal de Justicia de la Unión Europea (sala quinta), 5 de junio de 2014, asunto C-557/12. [en línea]. Revista chilena de derecho privado, (23): 425-441. Recuperado en: <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722014000200020>> [consultado el: 02 de julio de 2023].
6. Aristóteles. 1985. Ética Nicomáquea. J. Pallí (Trad.). Madrid: Editorial Gredos.
7. Bork, R. 1993. The Antitrust Paradox, a policy at war with itself. EE.UU.: Bork Publishing.
8. Banfi D., C. 2013. La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del derecho de la competencia. [en línea]. Revista Chilena de Derecho Privado, (21): 217-258. Recuperado en: <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722013000200006>> [consultado el: 02 de julio de 2023].
9. Banfi D., C. 2014. Acerca de la imputación de responsabilidad civil por ilícitos anticompetitivos entre rivales en Chile. [en línea]. Revista chilena de derecho,

- 41(1): 37-58. Recuperado en: <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372014000100003>> [consultado el: 18 de junio de 2023].
10. Banfi D., C. 2017. De la función punitiva de la responsabilidad aquiliana en Francia: algunas implicancias para la comprensión del derecho de daños chileno. [en línea]. Revista de derecho (Valdivia), 30(1): 97-125. Recuperado en: <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502017000100005>> [consultado el: 18 de junio de 2023].
 11. Barcía L., R. 2012. Estudio sobre la caducidad y la prescripción en el derecho del consumo. [en línea]. *Revista chilena de derecho privado*, (19): pp. 115-164.
 12. Barraza R., Á. 2018. Propuesta interpretativa para la determinación del dies a quo prescriptivo de la acción infraccional en materia de protección al consumidor. Tesina para optar al grado de magíster en derecho de la Universidad de Valparaíso.
 13. Barrera H., F. 2022. Problemas probatorios del daño moral colectivo a propósito del ilícito de colusión. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.
 14. Barrera H., F. 2023. Conceptualización de la prueba del daño moral colectivo en el ilícito de colusión en Chile. En: Valenzuela S., J. (Dir.). *La arquitectura probatoria del daño*. Santiago: Tirant lo Blanch. pp. 167-195.
 15. Barrientos C., F. 2019. *Lecciones de Derecho del Consumidor*. Santiago. Thomson Reuters.
 16. Barros B., E. 2020. *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. 2° edición actualizada. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
 17. Bermúdez S., J. 2011. *Derecho Administrativo General*. 2° edición actualizada. Santiago: Thomson Reuters
 18. Besomi O., M. I. 2014. *Indemnización a Consumidores por Ilícitos Anticompetitivos: un análisis desde la perspectiva de la responsabilidad civil*. Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.
 19. Bobbio, N. 2021. *Liberalismo y Democracia*. J. Fernández (Trad.). 17° reimpresión. México. Fondo de Cultura Económica.

20. Boetsch G., C. 2021. Indemnización de perjuicios a consumidores por atentados a la Libre Competencia. Centro de Competencia (CeCo). [en línea]. Santiago: Universidad Adolfo Ibáñez. Recuperado en: <<https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2021/06/Investigacion-Cristian-Boetsch.pdf>> [consultado el: 15 de junio de 2023].
21. Bolívar-Gacitúa, N. 2022. El pleno resarcimiento derivado de la colusión: su tratamiento en la legislación europea y chilena de competencia. [en línea]. Ius et Praxis, 28(2): 81-98. Recuperado en: <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122022000200081>> [consultado el: 18 de junio de 2023].
22. Brantt Z., M. A. y Mejías A., C. 2021. El proveedor intermediario de servicios y su responsabilidad: Un estudio del artículo 43 de la Ley 19.496. [en línea]. Revista de derecho (Valdivia), 34(2): 29-50. Recuperado en: <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502021000200029>> [consultado el: 17 de junio de 2023].
23. Cavanaugh, E. 1983. Illinois Brick Revisited: An Analysis of a Developing Antitrust Jurisprudence. [en línea]. Valparaíso University Law Review, 17(2): 63-117. Recuperado en: <<https://scholar.valpo.edu/vulr/vol17/iss2/1/>> [consultado el: 02 de julio de 2023].
24. Christiansen, Arndt y Wolfgang, K. 2006. Competition policy with optimally differentiated rules instead of “per se” rules vs rule of reason. Journal of Competition Law and Economics, 2 (2): 215-224.
25. Cohen, J. D. 2005. The Vulcanization of the Human Brain: A Neural Perspective in Interactions Between Cognition and Emotion. [en línea]. Journal of Economic Perspectives, 19(4): 3-24. Recuperado en: <<https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/089533005775196750>> [consultado el: 16 de junio de 2023].
26. Coleman, J. L. 1992. Risks and Wrongs. Oxford: Oxford University Press.
27. Comisión Europea. 1997. Comunicación de la Comisión Relativa a la definición de Mercado de Referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. [en línea]. Unión Europea: Diario Oficial de las Comunidades Europeas. Recuperado en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3A0J.C_.1997.372.01.0005.01.SPA&toc=OJ%3AC%3A1997%3A372%3ATOC> [consultado el: 30 de junio de 2023].

28. Contreras, P. 2017. Titularidad de los derechos fundamentales. En: Contreras, P. y Salgado, C. (Eds.). Manual sobre derechos fundamentales: Teoría General. Santiago: LOM Ediciones. pp. 119-160.
29. Córdova Y., D. 2016. Régimen de responsabilidad de compañías de descuento por internet ¿proveedores intermediarios? [en línea] Revista de derecho (Coquimbo), 23(2): 23-67. Recuperado en: <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532016000200002>> [consultado el: 17 de junio de 2023].
30. Cortez M., G. 2013. Artículo 50. En: Pizarro W., C. y De la maza G., I. (Dirs.). La protección de los Derechos de los Consumidores: Comentarios a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores. Santiago: Thomson Reuters. pp. 977-980.
31. Couchot B., J. M. 2021. Una mirada comparada a la legitimidad activa de los consumidores en relación a la causalidad de los daños producidos fuera del cartel: el denominado "Umbrella Price Effect". En: Barrientos C., F. y Del Villar M., L. (Dirs.). Interés general, las negociaciones extrajudiciales y juicios colectivos en el derecho del consumo. Santiago: Thomson Reuters.
32. De la Maza G., I. A. y Cortez L., H. F. 2021. La ley 19.496 como supuesto de descodificación material y su relación con las leyes especiales de su artículo 2° bis. [en línea]. Revista De Derecho Pontificia Universidad Católica De Valparaíso, 56: 115-143. Recuperado en: <<http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/1330>> [consultado el: 17 de junio de 2023]
33. De la Maza, I. 2020. La indemnización del daño en las acciones colectivas masivas: ¿Una promesa incumplida? En: Elorriaga de Bonis, F. (Ed.). Estudios de Derecho Civil XV: XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Santiago: Thomson Reuters. pp. 783-798.
34. Del Villar M., L. 2021. Principios que informan el Procedimiento Especial para la Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores de la Ley N° 19.496 y los desafíos legislativos que ello presenta. En: Barrientos C., F. y Del Villar M., L. (Dirs.). Interés general, las negociaciones extrajudiciales y juicios colectivos en el derecho del consumo. Santiago: Thomson Reuters.
35. Diálogos CeCo. (5°, 13 de enero de 2022). Indemnización a consumidores por casos de colusión: los análisis y debates entre los expertos. [en línea]. Centro de Competencia. Santiago: Universidad Adolfo Ibáñez. Recuperado en:

- <<https://centrocompetencia.com/indemnizacion-a-consumidores-por-casos-de-colusion-los-analisis-y-debates-entre-los-expertos/>> [consultado el: 15 de junio de 2023].
36. Directorate for Financial and Enterprise Affairs. 2004. United States: Report on competition law and institutions. [en línea]. París: OCDE. Recuperado en: <<https://www.oecd.org/unitedstates/34427452.pdf>> [consultado el: 02 de julio de 2023].
 37. Domínguez Á., R. 2019. El principio en relación con el lucro cesante: Tensiones. En: Domínguez H., C. (Edit.). El principio de reparación integral en sus contornos actuales. Una revisión desde el derecho chileno, latinoamericano y europeo. Santiago: Thomson Reuters. pp. 160-177.
 38. Domínguez H., C. 2019. Los principios que informan la responsabilidad en el Código Civil: Versión original y mirada del presente. En: Domínguez H., C. (Edit.). El principio de reparación integral en sus contornos actuales. Una revisión desde el derecho chileno, latinoamericano y europeo. Santiago: Thomson Reuters. pp. 13-43.
 39. Edwards, M. V; Fantuzzi, J. y Gana, J. M. 2020. Acciones de indemnización de perjuicios a partir de conductas anticompetitivas. Centro de Competencia (CeCo). [en línea]. Santiago: Universidad Adolfo Ibáñez. Recuperado en: <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/04/Edwards-Fantuzzi-Gana_Acciones-de-indemnizaci%C3%B3n-de-perjuicios-a-partir-de-conductas-anticompetitivas.pdf> [consultado el: 10 de julio de 2023].
 40. Englard, I. 1995. The idea of complementarity as a philosophical basis for pluralism in tort law. En: Owen, D. (Edit.). Philosophical foundations of tort law. Oxford: Clarendon Press.
 41. Figueroa Y., G. 2012. Curso de Derecho Civil: Las fuentes de las obligaciones, los cuasicontratos, la Ley como fuente de las obligaciones, los delitos y los cuasidelitos. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
 42. Fiscalía Nacional Económica. 2012. Guía para el análisis de operaciones de concentración. [en línea]. Santiago: Fiscalía Nacional Económica. Recuperado en: <<https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf>> [consultado el: 30 de junio de 2023].

43. FTC Bureau of Competition. Competition guidance. [en línea]. Washington DC: Federal Trade Commission. Recuperado en: <<https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/guide-antitrust-laws/enforcers>> [consultado el: 07 de julio de 2023].
44. Fuentes H., F y Saavedra, E. 2012. Fundamentos, Práctica y Recomendaciones para una Política Efectiva de Protección al Consumidor. Documentos de Investigación 2012. [en línea]. Santiago: Universidad Alberto Hurtado. Recuperado en: <<https://repositorio.uahurtado.cl/handle/11242/6653>> [consultado el: 16 de junio de 2023].
45. Fuenzalida R., E. A. 2018. El acto de consumo como hecho y la responsabilidad civil. [en línea]. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, 25(1): 121-152. Recuperado en: <<https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/issue/view/276>> [consultado el: 17 de junio de 2023].
46. Gamonal C., S. y Pino E., A. 2022. La dignidad humana en el derecho privado, una lectura desde el concepto de dignidad como estatus [en línea]. Revista de Derecho Privado, (43): 42-72. Recuperado en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8521546>> [consultado el: 17 de junio de 2023].
47. Gatica R., M. y P. Hernández P., G. 2019. Protección del consumidor y responsabilidad civil por producto o servicio defectuoso. [en línea]. Revista De Estudios De La Justicia, (31): 17-43. Recuperado en: <<https://doi.org/10.5354/0718-4735.2019.51413>> [consultado el: 17 de junio de 2023].
48. Gatica R., M. P. y Morales O., M. E. 2022. El deber de profesionalidad como elemento determinante del estándar de diligencia en el derecho del consumo: Comentario a la sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 15 de marzo de 2019 (Rol 484-2018). [en línea]. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte, 29. Recuperado en: <<https://doi.org/10.22199/issn.0718-9753-4445>> [consultado el: 17 de junio de 2023].
49. Gaudin, G. y Weber, F. 2021. Antitrust Damages, Consumer Harm and Consumer Collective Redress. [en línea]. Journal of European Competition Law & Practice, 12(5): 370-379. Recuperado en: <<https://doi.org/10.1093/jeclap/lpaa097>> [consultado el: 02 de julio de 2023].

50. Guerra F., M. A. 2011. La responsabilidad civil derivada de ilícitos monopólicos. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.
51. González C., F. 2019. Estructuración normativa de la relación de consumo. Criterios para una moderna aplicación de la ley de protección al consumidor. [en línea]. Ars Boni et Aequi, 15(1): 97-120. Recuperado en: <<https://doi.org/10.23854/07192568.2019152Gonzalez97>> [consultado el: 17 de junio de 2023].
52. González C., F. 2021a. Daño moral colectivo en el derecho del consumo chileno: Situación actual y proyecciones. [en línea]. Latin American Legal Studies, 8: 122-148. Recuperado en: <<https://lals.uai.cl/index.php/rld/article/view/80/101>> [consultado el: 18 de junio de 2023].
53. González C., F. 2021b. Los contornos del daño moral. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema del 15 de enero de 2018, que excluye a las molestias como daño moral indemnizable en sede de consumo (Rol N° 36.734-2017). [en línea]. Revista de derecho (Coquimbo), 28(1): Epub. Recuperado en: <<https://dx.doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2021-0001>> [consultado el: 02 de julio de 2023].
54. Martínez A., M. G. 2022. La dimensión sancionadora del derecho de daños, los daños punitivos. En: Papayannis, D. M. (Coord.). Manual de derecho de daños extracontractuales. Ciudad de México: a Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. pp. 601-639.
55. Hamilton E., M. 2018. Estándar probatorio en los Procesos Sancionatorios en Libre Competencia y Rol de la Corte Suprema. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.
56. Hernández P., G. 2022. Responsabilidad civil por los daños causados a los consumidores por la colusión. Centro de Competencia (CeCo). [en línea]. Santiago: Universidad Adolfo Ibáñez. Recuperado en: <<https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/01/Gabriel-Hernandez-Responsabilidad-civil-por-los-danos-causados-a-los-consumidores-por-la-colusion.pdf>> [consultado el: 15 de junio de 2023].
57. Hernández, D. y Bugueño, J. I. 2020. Algunas lecciones del derecho de la libre competencia de Estados Unidos sobre los acuerdos entre firmas que limitan la

- libre movilidad de los trabajadores. Centro de Competencia (CeCo). [en línea]. Santiago: Universidad Adolfo Ibáñez. Recuperado en: <<https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/02/Hern%C3%A1ndez-y-Bugue%C3%B1o-Algunas-lecciones-derecho-libre-competencia-NPA.pdf>> [consultado el: 04 de julio de 2023].
58. Hernández P., G. y Ponce M., M. 2022. Daños punitivos, especialmente para proteger el interés colectivo o difuso de los consumidores. [en línea]. Revista de derecho privado, (38): 63-107. Recuperado en: <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722022000100063>> [consultado el: 02 de julio de 2023].
59. Hernández P., G. y Tapia R, M. 2019. Colusión y daños a los consumidores. Santiago: Thomson Reuters.
60. Hovenkamp, H. J. 2018. The rule of reason. [en línea]. All Faculty Scholarship, (1778): 81-167. Recuperado en: <https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1778> [consultado el: 31 de octubre de 2023].
61. Historia de la Ley N° 19.496. [en línea]. Santiago. Recuperado en <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6746/>> [consultado el: 16 de junio de 2023].
62. Historia de la Ley N° 19.911. p. 94. [en línea]. Santiago. Recuperado en: <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5814/>> [consultado el: 17 de junio de 2023].
63. Historia de la Ley N° 19.955. p. 5. [en línea]. Santiago. Recuperado en: <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5671/>> [consultado el: 15 de junio de 2023].
64. Historia de la Ley N° 20.945. [en línea]. Santiago. Recuperado en: <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5311/>> [consultado el: 02 de julio de 2023].
65. Historia de la Ley N° 21.081. p. 94. [en línea]. Santiago. Recuperado en: <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7577/>> [consultado el: 15 de junio de 2023].

66. Hobsbawm, E. 2009. La era de la revolución: 1789-1848. F. Ximénez de Sandoval (Trad.) 6ª edición reimpresa. Buenos Aires. Editorial Paidós/Crítica.
67. Hudson H., L. 2014. Naturaleza del recurso de reclamación en materia de Libre Competencia: Análisis jurisprudencial de acuerdo a la Corte Suprema. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.
68. Isler S., E. 2013. El producto defectuoso en la ley 19.496. Santiago: Editorial Librotecnia.
69. Isler S., E. 2014. Comentario de sentencia sobre el concepto de consumidor. [en línea]. Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política, 5(1): 151-165. Recuperado en: <<https://doi.org/10.7770/rchdcp-V5N1-art709>> [consultado el: 17 de junio de 2023].
70. Isler S., E. 2016. Aproximación al derecho a la no discriminación arbitraria en el régimen de la Ley 19.496. [en línea]. Revista de Derecho Público, (84): 99-113. Recuperado en: <[10.5354/0719-5249.2016.43062](https://doi.org/10.5354/0719-5249.2016.43062)> [consultado el: 02 de julio de 2023].
71. Isler S., E. 2017. Sernac con Farmacias Ahumada S.A.: Un acercamiento a la responsabilidad postcontractual en materia de consumo. [en línea]. Revista de Derecho Escuela de Postgrado, (9): 49-61. Recuperado en: <<https://doi.org/10.5354/rdep.v0i9.47275>> [consultado el: 16 de junio de 2023].
72. Isler S., E. 2019a. Del favor debilis al favor consumatore: consideraciones históricas. [en línea]. Revista de la facultad de Derecho PUCP, (84): 35-59. Recuperado en: <http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0251-34202019000100002> [consultado el: 16 de junio de 2023].
73. Isler S., E. 2019b. Derecho del consumo: Nociones fundamentales. Santiago: Editorial Tirant lo Blanch.
74. Isler S., E. 2019c. Acerca de la responsabilidad civil postcontractual en el derecho del consumidor chileno. [en línea]. Ius et Praxis, 25(1): 335-382. Recuperado en: <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000100335>> [consultado el: 16 de junio de 2023].
75. Jara A., R. 1999. Ámbito de aplicación de la ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones. En: Corral T., F. (Ed.). Derecho del

- consumo y protección al consumidor: Estudios sobre la Ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras. Santiago: Ediciones Universidad de los Andes. pp. 47-74 (Colección Cuadernos de Extensión N° 3).
76. Kahneman, D. 2003. Mapas de racionalidad limitada: psicología para una economía conductual discurso pronunciado en el acto de entrega del premio Nobel de Economía 2002. M. Piñera (Trad.). [en línea]. Revista Asturiana de Economía, (28): 181-225. Recuperado en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2304896>> [consultado el: 16 de junio de 2023].
77. Kahneman, D. 2012. Pensar rápido, pensar despacio. J. Chamorro (Trad.). Barcelona. Editorial Debate.
78. Kant, I. 2008. La Metafísica de las Costumbres. A. Cortina y J. Conill (Trad.) 4° edición reimpresa. Madrid. Editorial Tecnos.
79. Kennedy, J. F. 1962. Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest. [en línea]. Washington DC: The American Presidency Project. Recuperado en: <<https://www.presidency.ucsb.edu/documents/special-message-the-congress-protecting-the-consumer-interest>> [consultado el: 16 de junio de 2023].
80. Lazcano M., M. y Toro C., J. 2019. Estudio cuantitativo de la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales por infracciones a los derechos de los consumidores. [en línea]. Revista de derecho (Concepción), 87(245): 99-131. Recuperado en: <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-591X2019000100099>> [consultado el: 02 de julio de 2023].
81. Leonard, G. K. 2022. The Illinois Brick Damages Edifice: Demolition or Deconstruction? [en línea]. Antitrust Law Journal, 84(2): 315-339. Recuperado en: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4280046> [consultado el: 02 de julio de 2023].
82. Leskinen C., E. 2010. Collective antitrust damages actions in the EU: the opt-in v. the opt-out model. [en línea] IE Law School Working Paper, (10-03): 1-56. Recuperado en: <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1612731>> [consultado el: 02 de julio de 2023].
83. López D., P. 2018. Por una modulación reequilibradora del ámbito de aplicación subjetivo de la ley 19.496: su expansión a las tratativas preliminares al período

- de prueba del bien o producto y su improcedencia frente al abuso del consumidor. [en línea]. Revista de derecho (Concepción), 86(244): 91-127. Recuperado en: <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-591X2018000200091>> [consultado el: 16 de junio de 2023].
84. López D., P. 2022a. El consumidor hipervulnerable como débil jurídico en el derecho chileno: una taxonomía y alcance de la tutela aplicable. [en línea]. Latin america legal studies, 10(2): 340-415. Recuperado en: <<https://dx.doi.org/10.15691/0719-9112vol10n2a7>> [consultado el: 22 de octubre de 2023].
85. López D., P. 2022b. La publicidad digital y el fenómeno de los influencers en el derecho chileno. [en línea]. Revista Chilena de Derecho y Tecnología, 11(1): 287-321. Recuperado en: <<https://orcid.org/0000-0001-6716-0584>> [consultado el: 22 de octubre de 2023]
86. López S., J. 1986. Los contratos: parte general. Santiago. Editorial Jurídica de Chile.
87. Marambio T., A. 2011. Bancarización, crédito y endeudamiento en los sectores medios chilenos: tácticas de acceso, diferenciación social y el espejismo de la movilidad. Tesis para optar al grado de Magíster en Ciencias Sociales, mención Sociología de la Modernización de la Universidad de Chile.
88. Martínez A., M. G. 2012. ¿Para Qué Sirven los Daños Punitivos? Modelos de Sanción Privada, Sanción Social y Disuasión Optima. Responsabilidad civil y seguro, 14(5): 55-100.
89. Martínez A., M. G. 2022. La dimensión sancionadora del derecho de daños, daños punitivos. En: Papayannis, D. M. (Coord.). Manual de derecho de daños extracontractuales. Ciudad de México: a Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. pp. 601-639.
90. Marshall, P. 2017. Clasificación de los derechos fundamentales. En: Contreras, P. y Salgado, C. (Eds.). Manual sobre derechos fundamentales: Teoría General. Santiago: LOM Ediciones. pp. 93-118.
91. Maturana B., J. 2021. Estándares de prueba en libre competencia y una propuesta de delimitación del estándar de prueba clara y convincente. En:

- Ezurmendia, J. (Ed.). Proceso, prueba y epistemología sobre derecho probatorio. Santiago: Tirant lo Blanch. pp. 305-370.
92. Mendoza A, P. 2019. Introducción al estatuto de la responsabilidad del proveedor. En: Morales O., M. E. (Dir.). Derecho del consumo: Ley, doctrina y jurisprudencia. Santiago: DER Ediciones. pp. 61-84.
93. Molinari V., A. 2018. Improcedencia del daño moral como categoría compensatoria de la afectación al interés colectivo frente al reconocimiento del daño punitivo. En: Bahamondes O., C; Etcheverry C., L; Pizarro W., C (Edits.). Estudios de Derecho Civil XIII: Ponencias presentadas en las XV jornadas nacionales de derecho civil. Santiago: Thomson Reuters. pp. 515-533.
94. Momberg U., R. 2004. Ámbito de Aplicación de la Ley N° 19.496 Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. [en línea]. Revista de derecho (Valdivia), 17: 41-62. Recuperado en: <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502004000200002>> [consultado el: 16 de junio de 2023].
95. Momberg U., R. 2013a. Artículo 1° N° 1. En: Pizarro W., C. y De la maza G., I. (Dir.). La protección de los Derechos de los Consumidores: Comentarios a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores. Santiago: Thomson Reuters. pp. 3-16.
96. Momberg U., R. 2013b. Artículo 1° N°2. En: Pizarro W., C. y De la maza G., I. (Dir.). La protección de los Derechos de los Consumidores: Comentarios a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores. Santiago: Thomson Reuters. pp. 19-22.
97. Momberg U., R. 2013c. Artículo 2° Bis. En: Pizarro W., C. y De la maza G., I. (Dir.). La protección de los Derechos de los Consumidores: Comentarios a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores. Santiago: Thomson Reuters. pp. 77-83.
98. Momberg U., R. 2013d. Artículo 2°. En: Pizarro W., C. y De la maza G., I. (Dir.). La protección de los Derechos de los Consumidores: Comentarios a la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores. Santiago: Thomson Reuters. pp. 66-76.
99. Momberg U., R. 2015. Derecho de Consumo. [en línea]. Revista Chilena de Derecho Privado, (25): 279-287. Recuperado en:

<<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722015000200013>> [consultado el: 16 de junio de 2023].

100. Momberg U., R. 2019. Leyes especiales y aplicación de la ley N° 19.496 sobre Protección de los derechos de los consumidores: análisis de casos. En: Morales O., M. E. (Dir.). Derecho del consumo: Ley, doctrina y jurisprudencia. Santiago: DER Ediciones. pp. 25-44.
101. Momberg U., R. y Pino E., A. 2021. Algunos aspectos relevantes para el ejercicio de acciones indemnizatorias en procedimientos colectivos. En: Barrientos C., F. y Del Villar M., L. (Dir.). Interés general, las negociaciones extrajudiciales y juicios colectivos en el derecho del consumo. Santiago: Thomson Reuters. pp. 307-325.
102. Morgenstein S., W. 2015. Algunos apuntes sobre la doctrina del solidarismo contractual y sus expresiones en el concepto de información regulado por el Estatuto del Consumidor colombiano - Ley 1480 de 2011. [en línea]. Revista de la facultad de derecho y ciencias políticas-UPB, 45(122): 69-111. Recuperado en: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0120-38862015000100009&lng=e&nrm=iso&tlng=e> [consultado el: 16 de junio de 2023].
103. Morin, C. 2011. Neuromarketing: The New Science of Consumer Behavior. [en línea]. Society, 2: 131-135. Recuperado en: <<https://doi.org/10.1007/s12115-010-9408-1>> [consultado el: 16 de junio de 2023].
104. Mostoufi, G. 2019. Cleaning Up the Illinois Brick Mess. [en línea]. The Journal of Corporation Law, 45(1): 264-283. Recuperado en: <https://jcl.law.uiowa.edu/sites/jcl.law.uiowa.edu/files/2021-08/Mostoufi_Final_Web.pdf> [consultado el: 02 de julio de 2023].
105. Novoa, C. y Da Costa, N. 2012. Daño y Certeza. [en línea]. Debates Jurídicos y Sociales, (4): 73-92. Recuperado en: <<https://debatesjuridicosysociales.cl/ojs/index.php/djs/article/view/30>> [consultado el: 02 de julio de 2023].
106. Ortiz B., I. 2008. La aplicación privada del derecho Antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la libre competencia. [en línea]. Revista Mercatoria, 7(1): 1-62. Recuperado en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3627164>> [consultado el: 02 de julio de 2023].

107. Ossola, F. A. e Hiruela, M. 2007. El contratante débil: determinación de la categoría jurídica. [en línea]. Revista Oficial del Poder Judicial, 1(1): 415-422. Recuperado en: <<https://revistas.pj.gob.pe/revista/index.php/ropj/article/view/111>> [consultado el: 16 de junio de 2023].
108. Papayannis, D. M. 2022. Estructura y funciones de la responsabilidad civil. En: Papayannis, D. M. (Coord.). Manual de derecho de daños extracontractuales. Ciudad de México: a Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. pp. 1-74.
109. Pereira F., E. 2015. Un alegato en favor de las consideraciones punitivas en el derecho privado. [en línea]. Revista de derecho Escuela de Postgrado, (7): 67-78. Recuperado en: <<https://doi.org/10.5354/rdep.v0i7.37264>> [consultado el: 02 de julio de 2023].
110. Pereira F., E. 2010. Contextos de participación como fundamento de la responsabilidad. En: Orellana B., M. E. (Comp.) Causas Perdidas: Ensayos de filosofía jurídica, política y moral. Santiago: Editorial Catalonia. pp. 307-331.
111. Peñailillo A., D. 2018. Sobre el lucro cesante. [en línea]. Revista de Derecho, (243): 7-35. Recuperado en: <<https://www.scielo.cl/pdf/revderudec/v86n243/0718-591X-revderudec-86-243-00007.pdf>> [consultado el: 10 de julio de 2023].
112. Pino E., A. 2013. Entre reparación y distribución: La responsabilidad extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios. [en línea]. Revista chilena de derecho privado, (21): 89-135. Recuperado en: <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722013000200004>> [consultado el: 18 de junio de 2023].
113. Pino E., A. 2017. No sólo quieren dinero: La función expresiva de la responsabilidad extracontractual. En: Barría D., R; Ferrante, A.; San Martín N., L. (Edits.). Presente y futuro de la responsabilidad civil: Actas del congreso internacional de 3 y 4 de noviembre de 2016, Santiago de Chile. Santiago: Thomson Reuters. pp. 159-176.
114. Pinochet O., R. 2011. Delimitación material del Derecho de Consumo: Evolución de la noción de consumidor en la doctrina nacional. En: Vásquez, M. F. (Dir.). Estudios de Derecho Comercial. Santiago: Thomson Reuters. pp 343-367.

115. Piris, C. R. 2000. Evolución de los derechos del consumidor. [en línea]. Corrientes: Facultad de Ciencias Económicas - UNNE. Recuperado en: <<https://studylib.es/doc/4523494/evoluci%C3%B3n-de-los-derechos-del-consumidor>> [consultado el: 16 de junio de 2023].
116. Ponce M., M. 2021. Indemnización de perjuicios a consumidores financieros en juicios de interés colectivo: El olvido del caso Sernac con Cencosud. [en línea]. Revista Chilena de Derecho, 48 (1): 257-278. Recuperado en: <https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-34372021000100257&script=sci_arttext#fn62> [consultado el: 15 de junio de 2023].
117. Posner, R. A. 2014. Economic Analysis of Law. Nueva York: Wolters Kluwer Law & Business.
118. Programa UC - Libre Competencia. 2021. Regulación y problemáticas de la indemnización de perjuicios por infracciones a la libre competencia. [en línea]. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile. pp. 5 y 6. Recuperado en: <https://librecompetencia.uc.cl/images/AAA/APP/APP_6.pdf> [consultado el: 02 de julio de 2023].
119. Quiroz, J.; Givovich, F.; Araya, F.; Canales, R.; Rojas, M. 2020. Cálculo de perjuicios en casos de colusión: Desafíos metodológicos. Centro de Competencia (CeCo). [en línea]. Santiago: Universidad Adolfo Ibáñez. Recuperado en: <https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/09/Quiroz-et-al_C%C3%A1lculo-de-perjuicios-en-casos-de-colusi%C3%B3n.pdf> [consultado el: 18 de junio de 2023].
120. Reveco S., E. 2020. Tres controversias de la Ley n° 19496 en un solo caso: la aplicabilidad a las micro o pequeñas empresas; la independencia de la acción infraccional de la acción indemnizatoria y el plazo de caducidad de la garantía legal. [en línea]. Revista Chilena de Derecho Privado, (35): 287-305. Recuperado en: <<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722020000200287>> [consultado el: 16 de junio de 2023].
121. Rodríguez A., P. 2021. Acciones por el interés difuso: Tendencias jurisprudenciales. En: Barrientos C., F. y Del Villar M., L. (Dirs.). Interés general, las negociaciones extrajudiciales y juicios colectivos en el derecho del consumo. Santiago: Thomson Reuters.

122. Rodríguez O., J. 2008. Contexto y construcción de la regla “interpretatio contra profeterem” en la tradición romanista. [en línea]. Revista de Derecho Privado, (14): 69-111. Recuperado en: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=417537590003>> [consultado el: 16 de junio de 2023].
123. Rojo G., M. 2021. Los fundamentos históricos del derecho del consumo. [en línea]. Ius et Praxis, 27(1): 37-56. Recuperado en: <https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122021000100037> [consultado el: 16 de junio de 2023].
124. Romero S., A. 2002. La cosa juzgada en el proceso civil chileno: doctrina y jurisprudencia. Santiago. Editorial Jurídica de Chile
125. Roulusonis, R. 2015. Understanding how and why the U.S. competition law system is decentralized. [en línea]. Estudios de Deusto: revista de Derecho Público, 63(1): 157-168. Recuperado en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5171982>> [consultado el: 02 de julio de 2023].
126. Samper P., F. 2007. Derecho Romano. 2º edición. Santiago. Ediciones Universidad Católica de Chile.
127. Sandoval L., R. 1997. La ley de protección de los derechos del consumidor. [en línea]. Revista de Derecho Universidad de Concepción, (201): 145-157. Recuperado en: <<https://www.revistadederecho.com/pdf.php?id=2598>> [consultado el: 16 de junio de 2023].
128. Sanguino Sánchez, Jesús María. 2003. Por la dignidad del deudor. [en línea]. Revista de la facultad de Derecho PUCP, (56): 701-732. Recuperado en: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5084777>> [consultado el: 25 de junio de 2023].
129. Sepúlveda M., I. 2022. La dimensión económica de los datos. Implicancias en Libre Competencia según la Comisión Europea. Aplicación en Chile. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile.
130. Sobrino, W. 2019. Contratos de Consumo y los aportes doctrinarios de cuatro (4) Premios Nobel de Economía del siglo XXI. ¿Existe el Contrato de Consumo? [en línea]. Diario La Ley, publicado el 06 de marzo de 2019. Disponible en:

- <<https://www.studocu.com/es-ar/document/universidad-de-ciencias-empresariales-y-sociales/taller-de-argumentacion-e-interpretacion-juridica/4-existe-el-contrato-de-consumo-waldo-sobrino-publicado-en-diario-la-ley-6-de-marzo-de-2019/18204058>> [consultado el: 14 de octubre de 2023].
131. Tapia, J. y Saavedra, E. 2019. El control de los precios excesivos en el derecho de la libre competencia: análisis y propuestas. [en línea]. Estudios públicos, (153): 95-140. Recuperado en: <<https://www.estudiospublicos.cl/index.php/cep/article/view/34/39>> [consultado el: 30 de junio de 2023].
132. Tusche, A., Bode, S. y Haynes, J. 2010. Neural Responses to Unattended Products Predict Later Consumer Choices. [en línea]. The Journal of Neurosciencie, 30(23): 8.024-8.031. Recuperado en: <<https://doi.org/10.1523/JNEUROSCI.0064-10.2010>> [consultado el: 16 de junio de 2023].
133. Ulloa V., P. 2014. El deber de seguridad en la ley N° 19.496 en la jurisprudencia. [en línea]. Santiago: Fundación Fernando Fueyo, Universidad Diego Portales. Recuperado en: <<https://derechoyconsumo.udp.cl/wp-content/uploads/2016/10/El-deber-de-seguridad-de-la-LPDC-en-la-jurisprudencia-Pablo-Ulloa.pdf>> [consultado el: 02 de julio de 2023].
134. UNCTAD. 2016. Directrices para la Protección del Consumidor de las Naciones Unidas. [en línea]. Nueva York: Naciones Unidas. Recuperado en: <<https://digitallibrary.un.org/record/3929030?ln=es>> [consultado el: 16 de junio de 2023].
135. Valdés P., D. 2009. Libre competencia y monopolio. 1° edición reimpressa. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
136. Verbic, F. 2012. Liquidación colectiva de pretensiones de consumo individualmente no recuperables por medio del mecanismo de fluid recovery. Nociones generales y su recepción en Argentina y Brasil. [en línea]. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, 1(6): 3.791-3.813. Recuperado en: <<https://blook.pt/publications/publication/3ae776242b39/>> [consultado el: 18 de junio de 2023].
137. Vial D., V. 2003. Teoría General del Acto Jurídico. 5° edición actualizada. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

138. Vidal O., Á. 2000. Contratación y consumo: el contrato de consumo en la ley N° 19.496, sobre protección a los derechos de los consumidores. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso, (21): 229-255.
139. Weinrib, E. J. 1995. The Idea of Private Law. Cambridge: Harvard University Press.
140. Werden, G. 2020. The Foundations of Antitrust: Events, Ideas, and Doctrines. Carolina del Norte: Carolina Academic Press.
141. Whish, R. y Bailey, D. 2021. The ability to reduce output or capacity, to raise prices, to reduce the quality of products, to limit the choice available to customers and/or to suppress innovation without fear of a damaging competitive response by other firms. 10° edición. Oxford. Oxford University Press.
142. Wish, R. y Bailey, D. 2021. Competition Law. 10° edición. Oxford: Oxford University Press.
143. Zapata C., L. (coord.); Espinoza M., A.; Aguilera, N. 2022. Estudio de salchichas: Evaluación de la calidad nutricional de salchichas disponibles en el mercado nacional. [en línea]. Santiago: ODECU. Recuperado en: <https://www.odecu.cl/wp-content/uploads/2020/02/INFORME-ESTUDIO-DE-SALCHICHAS-ODECU-FINAL.pdf> [consultado el 02 de julio de 2023].

Jurisprudencia y procedimientos judiciales consultados:

1. Corte Suprema, sentencia de fecha 07 de marzo de 2022, causa rol N° 21.250-2020.
2. Corte Suprema, sentencia de fecha 06 de octubre de 2021, causa rol N° 14.395-2021
3. Corte Suprema, sentencia de fecha 12 de febrero de 2021, causa rol N° 16.680-2018.
4. Corte Suprema, sentencia del 12 de enero de 2021, causa rol N° 1.181-2020
5. Corte Suprema, sentencia de fecha 14 de agosto de 2020, causa rol N° 15.005-2019
6. Corte Suprema, sentencia de fecha 14 de mayo de 2020, causa rol N° 25.068-2019
7. Corte Suprema, sentencia de fecha 8 de abril de 2020, causa rol 9.361-2019.

8. Corte Suprema, sentencia de fecha 7 de enero de 2020, causa rol 20.626-1019.
9. Corte Suprema, sentencia de fecha 06 de enero de 2020, causa rol N° 1.531-2018
10. Corte Suprema, sentencia de fecha 29 de diciembre de 2016, causa rol N° 45.946-2016.
11. Corte Suprema, sentencia de fecha 20 de abril de 2016, causa rol N° 11.363-15.
12. Corte Suprema, sentencia de fecha 29 de octubre de 2015, causa rol N° 27.181-2014.
13. Corte Suprema, sentencia de fecha 25 de julio de 2013, causa rol N° 1.339-2012
14. Corte Suprema, sentencia de fecha 7 de septiembre de 2012, causa rol N° 2.578-2012
15. Tribunal Constitucional, sentencia de 13 de mayo de 2008, causa rol N° 980-2007
16. Tribunal de Defensa la Libre Competencia, resolución de fecha 08 de febrero de 2023, causa rol N° CIP-3-2020
17. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia 178/2021 de fecha 15 de noviembre de 2021, causa rol N° C-359-2018.
18. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia 175/2020 de 21 de diciembre de 2020, causa rol N° C-361-2018.
19. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, resolución de fecha 15 de abril de 2020, causa rol N° AE-17-2020
20. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia 166/2018 de fecha 27 de noviembre de 2018, causa rol N° RRE-1-2018.
21. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia 146/2015 de fecha 24 de julio de 2015, causa rol N° C-275-2014.
22. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia 139/2014 de fecha 25 de septiembre de 2014, causa rol N° C-236-2011.
23. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, sentencia 39/2006 de fecha 13 de junio de 2006, causa rol N° C-42-2004.
24. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, causa rol N° CIP-5-2020

25. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, causa rol N° CIP-7-2020
26. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, causa rol N° CIP-8-2021
27. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, causa rol N° CIP-9-2021
28. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, causa rol N° CIP-10-2021
29. Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de fecha 21 de diciembre de 2016, rol 174-2016.
30. Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia del 02 de diciembre de 2013, causa Rol N° 3.908-2013
31. 10° Juzgado Civil de Santiago, resolución de fecha 13 de noviembre de 2020, causa rol N° 1.940-2012.
32. Segundo Juzgado de Policía Local de San Miguel, sentencia de fecha 29 de agosto de 2017, causa rol N° 7.088-1-2016.
33. Tribunal de la Justicia de la Unión Europea, sentencia de fecha 06 de noviembre de 2012, asunto N° C-199/11, caso Europese Gemeenschap v. Otis NV and Others.
34. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de fecha 08 de diciembre de 2011, asunto N° C-386/10 P, caso Chalkor AE Epexergias Metallon v European Commission.
35. Corte Europea de Derechos Humanos, sentencia de fecha 27 de septiembre de 2011, causa N° 43.509/08, caso Menarini Diagnostics v Italy.
36. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de fecha 20 de septiembre de 2001, asunto N° C-453/99, caso Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan v Courage Ltd and Others.

Normativa citada:

1. Resolución Exenta N° 175 de 28 de febrero de 2022. Dictamen interpretativo sobre la aplicabilidad de la ley N° 19.496 a los proveedores de plataformas o redes sociales que resuelve solicitud N° 29.783. [en línea] Santiago: Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. Recuperado en: <<https://www.sernac.cl/portal/618/w3-article-65306.html>> [consultado el: 17 de junio de 2023]

2. Resolución Exenta N° 1038 de 31 de diciembre de 2021. Circular Interpretativa sobre noción de consumidor hipervulnerable. [en línea]. Santiago: Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. Recuperado en: <https://www.sernac.cl/portal/618/articles-64930_archivo_01.pdf> [consultado el: 16 de junio de 2023]
3. Resolución Exenta N° 759 de 06 de noviembre de 2020. Aprueba la Circular Interpretativa sobre mecanismos alternativos de distribución de indemnizaciones, reparaciones, devoluciones y compensaciones por afectaciones a los intereses colectivos y difusos. [en línea] Santiago: Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. Recuperado en: <<https://www.sernac.cl/portal/618/w3-article-59259.html>> [consultado el: 18 de junio de 2023].