

Aspectos generales de las acciones colectivas de la Ley Nº 19.496: desde la compensación a la regulación

*Matías Ponce Márquez***

*Bernardo Aylwin Correa**

RESUMEN

El trabajo analiza el sistema de acciones colectivas chileno a la luz del contexto comparado. Desarrollamos la tesis de que aquel transitó desde un énfasis compensatorio hacia uno predominantemente regulatorio, pero sin los mecanismos de control propios de este último. Para ello, primero realizamos una aproximación general al concepto e historia de las acciones colectivas y luego describimos los distintos fundamentos que le subyacen por medio de una revisión comparada. Identificados los fundamentos compensatorio y regulatorio, en la segunda parte abordamos la tesis indicada. Esto, analizando el sistema original contemplado en la Ley Nº 19.496 y luego examinando los cambios legales posteriores, lo que involucra profundizar en las modificaciones en materia de remedios disponibles y participación de los privados en el sistema. Finalmente presentamos los riesgos derivados de un cambio de énfasis a uno regulatorio sin contar con los debidos mecanismos de control.

Acciones colectivas; compensación; regulación

General aspects of class actions under Law N.19.496: from compensation to regulation

ABSTRACT

This paper analyses the Chilean class action system considering the comparative context. Our thesis is that our system transitioned from a compensatory emphasis to a predominantly regulatory one but without the inherent proper controls of a regulatory system. With that target, a general approach to the class action concept and history is first undertaken, followed by a description of the underlying principles through a comparative review. Having identified the

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. LLM en Private Law and Litigation, University California Los Angeles (UCLA), Estados Unidos, ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-1127-7885>. Correo electrónico: bernardoaylwin@gmail.com.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Magíster en Derecho Privado, Universidad de Chile. LLM en Competition Law, University College London (UCL), Inglaterra. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2720-8007>. Correo electrónico: matias.ponce@ug.uchile.cl.

Artículo recibido el 4.11.2022 y aceptado para su publicación el 23.8.2023.

compensatory and regulatory justifications, the second part addresses the above-mentioned thesis. This, by analyzing the collective procedure of Law No. 19.496 and examining its subsequent legal reforms, which entails delving into modifications concerning available remedies and the involvement of private parties in the system. Finally, the paper presents the risks derived from a shift in emphasis towards a regulatory approach without the necessary control mechanisms.

Class action; compensation; regulation

I. INTRODUCCIÓN

En Chile, las acciones colectivas fueron incorporadas en la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (LPDC) el año 2004, mediante la reforma introducida por la Ley N° 19.955. Por tanto, tienen todavía una corta historia, lo que explica que se trate de un tema aún poco explorado. Ello contrasta con la experiencia comparada, donde existe una importante historia y desarrollo, sobre todo en países de la tradición del *common law*.

Respecto de su finalidad, las acciones colectivas o *class action*¹ hacen posible casos que de otra manera no serían llevados ante tribunales, sobre todo, cuando los daños demandados son menores que los costos que involucra el proceso (reclamos de valor negativo)². Al mismo tiempo, atendido los montos reclamados que suelen involucrar, constituyen mecanismos de regulación y disuasión³. Lo indicado describe los dos fundamentos que con frecuencia se utilizan para explicar las acciones colectivas: el compensatorio y el regulatorio o disuasivo. Sin perjuicio de que estos no son excluyentes, la priorización de uno sobre otro tiene importantes consecuencias en el diseño de un sistema de acciones colectivas⁴.

Siguiendo tales fundamentos, nos enfocaremos en definir y describir las características generales de los sistemas de acciones colectivas, para luego analizar el chileno. Nuestra tesis es que el sistema de la LPDC fue concebido con un énfasis compensatorio pero que, a partir de sus reformas, transitó hacia uno que prioriza la regulación, pero que no contempla los mecanismos de control propios de este tipo de modelos. Como resultado, el sistema presenta importantes riesgos que pueden afectar su utilidad como mecanismo de protección de los consumidores.

Para abordar dicha tesis, dividimos este trabajo en dos secciones. En la primera, establecemos el marco teórico, lo que comprende tres apartados: la explicación del concepto e historia de las acciones colectivas (II.1); el análisis de sus funciones (II.2);

¹ La traducción de *class action* usada en español es acciones colectivas, no acciones de clase. GIDI, 2004, pp. 17 ss. En este trabajo utilizaremos los conceptos en español. Cuando determinado término no tenga una traducción directa al español usaremos el inglés.

² HENSLER, *et al.*, 2000, pp. 58-59.

³ SHERMAN, 2004, p. 233.

⁴ WALLER y POPAL, 2016, p. 37. En este trabajo haremos referencia a sistemas de acciones colectivas para referirnos a aquellas jurisdicciones en que las acciones colectivas han sido reconocidas y reguladas de manera expresa y sistemática. HENSLER, *et al.*, 2000, pp. 11-15.

y la revisión de los diseños adoptados en el derecho comparado mediante el examen de los aspectos más relevantes de un sistema de acciones colectivas (II.3). En la segunda desarrollamos la tesis, también en tres apartados que incluyen: la revisión general del sistema de acciones colectivas de la LPDC y su énfasis inicialmente compensatorio (III.1); el análisis del tránsito hacia un sistema que prioriza la regulación, esencialmente por los cambios en los remedios disponibles y sus efectos en la litigación privada (III.2); y la explicación de la falta de los mecanismos de control propios de un sistema con énfasis regulatorio, en particular, la existencia de una etapa de admisibilidad robusta y un adecuado control judicial de los acuerdos, y los riesgos que esto involucra. Terminamos el trabajo con las respectivas conclusiones.

II. ACCIONES COLECTIVAS: ASPECTOS GENERALES Y DISEÑOS

1. *Concepto e historia*

Numerosas jurisdicciones contemplan acciones colectivas en sus ordenamientos⁵. Si bien estas se sujetan a distintas regulaciones a lo largo del mundo, tienen en común un rasgo distintivo: se trata de acciones en las que una parte (el representante) se encuentra facultada para ejercer la pretensión en representación de todo individuo similarmente situado (los miembros ausentes) y cuyo resultado es, al menos potencialmente, vinculante para todos ellos (el colectivo)⁶.

El desarrollo y evolución de las acciones colectivas en el derecho comparado no es uniforme. Por un lado, en jurisdicciones del *common law* tienen una larga historia –fundamentalmente en Inglaterra, donde se remontan al medievo y en Estados Unidos, lugar en el que existen desde sus inicios–; y, por el otro, se trata de una institución relativamente reciente en aquellas jurisdicciones de derecho continental que la han adoptado⁷. Más aún, las jurisdicciones del *common law* tienden a presentar sistemas notoriamente más robustos que las pertenecientes a la segunda, contraste que se explica en razones históricas e institucionales.

Históricamente, las acciones colectivas se desarrollaron exclusivamente en jurisdicciones del *common law* porque su origen está ligado a las *Cortes de Equidad* del medievo inglés, buscando hacer frente a aquellos casos en los que el número de demandantes o demandados hacía impracticable su comparecencia individual en el proceso⁸. El concepto fue pronto adoptado por las *Cortes de Equidad* de la colonia inglesa en Norteamérica,

⁵ Al año 2017 al menos 38 jurisdicciones contaban con sistemas de acciones colectivas. HENSLER, 2017, p. 966.

⁶ HENSLER, 2009 p. 8.

⁷ HENSLER, 2017, p. 965.

⁸ YEAZELL, 1987, pp. 866 ss. Tradicionalmente, Inglaterra contemplaba *Cortes de Derecho* (*Courts of Law*) y *Cortes de Equidad* (*Equity Courts*), centrándose estas últimas en casos en los que el demandante solicitaba remedios distintos a la indemnización de perjuicios, que era el propio de las *Cortes de Derecho*.

continuando su desarrollo luego de la independencia de ese país⁹. Fue precisamente en Estados Unidos donde en el siglo XX se desarrolló un verdadero *sistema de acciones colectivas*. Este ha sido extraordinariamente influyente, en tanto las distintas jurisdicciones que han adoptado acciones colectivas se han basado en aquel, ya sea para imitarlo o matizarlo¹⁰.

Institucionalmente, las acciones colectivas se acoplan con mayor naturalidad a jurisdicciones pertenecientes al *common law*, que tienden a conceptualizar a los jueces como entes creadores de derecho¹¹. En estas jurisdicciones la litigación no solo cumple la función de resolver disputas entre dos partes, sino que también persigue objetivos de política pública o regulatorios¹². En contraste, en el derecho continental se tiene una visión más estricta de la separación de poderes¹³, en la que las cortes son conceptualizadas más propiamente como adjudicadores del derecho previamente definido por el legislador¹⁴. Del mismo modo, estas jurisdicciones tienden a abordar problemas regulatorios por medio de la ley y agencias estatales, y miran con cierta sospecha la implementación de políticas públicas mediante tribunales¹⁵.

2. *Fundamentos de las acciones colectivas*

Sea cual sea la tradición jurídica desde la que se analicen las acciones colectivas, existe consenso en que ellas son una excepción que contraviene uno de los más elementales principios procesales: para que una decisión judicial sea vinculante, el individuo afectado debe haber participado del proceso que concluyó con esa decisión¹⁶.

Por eso, la existencia de acciones colectivas se justifica en su capacidad de lograr dos objetivos: maximizar la compensación de víctimas y optimizar el cumplimiento de la regulación¹⁷. Estos dos fundamentos se entrecruzan en todo sistema de acciones colectivas, y la preponderancia de uno sobre otro permite explicar en gran medida las diferencias entre los distintos sistemas.

En el fundamento compensatorio las acciones colectivas son comprendidas como un mecanismo procesal que permite agregar múltiples pretensiones individuales; si diversas personas tienen una pretensión con los mismos o similares problemas de hecho o de derecho en contra del mismo demandado, aquel instrumento les permitirá litigar

Tanto Inglaterra como Estados Unidos unificaron sus cortes, pero los diferentes principios subyacentes a ambas siguen jugando un rol en el derecho sustantivo.

⁹ HENSLER, *et al.*, 2000, pp. 10 ss.

¹⁰ LUTHER, 2012, pp. 309 ss.

¹¹ CHASE, *et al.*, 2007, p. 4.

¹² GIDI, 2003, pp. 316-317.

¹³ CHASE, *et al.*, 2007, p. 4.

¹⁴ EWALD, 1995, p. 1973.

¹⁵ ISSACHAROFF y MILLER, 2012, p. 669.

¹⁶ REDISH y BERLOW, 2007, p. 754.

¹⁷ MARCUS, 2013, p. 595.

conjuntamente, reduciendo sus costos, mejorando su capacidad negociadora y, en definitiva, aumentando sus oportunidades de obtener compensación¹⁸. Tal objetivo es especialmente relevante en el contexto de los reclamos de valor negativo: disputas en que cada pretensión individualmente considerada es inferior al costo de su persecución judicial (típicamente, infracciones en el ámbito del consumo)¹⁹. En estos casos, las acciones colectivas constituyen el único medio por el que esas pretensiones pueden ser litigadas²⁰.

Asimismo, de acuerdo con la función regulatoria las acciones colectivas son una herramienta de política pública cuyo objetivo es disuadir el incumplimiento de normas legales. Conforme con esta visión, la fiscalización estatal y litigación individual no son suficientes para garantizar el cumplimiento de la regulación. Bajo dicha lógica, la fiscalización del cumplimiento de las normas se democratiza, recayendo ya no solo en agencias públicas, sino que también en múltiples individuos dispuestos a ejercer ese control²¹.

Al igual que la justificación compensatoria, el objetivo regulatorio ofrece una explicación clara a los casos de reclamos de valor negativo, pues en ellos la evidencia empírica mostraría que las víctimas no están interesadas en ser compensadas²². Así, las acciones colectivas cumplirían en esencia un fin utilitario consistente en forzar a los agentes a internalizar el costo social de su conducta²³. Por eso, bajo este fundamento las acciones de clase no son conceptualizadas como un instrumento para remediar derechos subjetivos afectados, sino como uno que permite el aumento del bienestar general²⁴.

3. Diseños de sistemas de acciones colectivas

Los sistemas de acciones colectivas presentan distintos diseños, cuyos matices dependen generalmente de su alcance, la titularidad de la legitimidad activa, la existencia de un modelo *opt-in* u *opt-out* y los remedios disponibles²⁵. Cada una de estas definiciones está fuertemente influenciada por el fundamento predominante, lo que a su vez suele estar marcado por la tradición a la que pertenece cada sistema.

¹⁸ GILLES y FRIEDMAN, 2006, pp. 108 ss.

¹⁹ RUBENSTEIN, 2006, p. 709.

²⁰ HENSLER, *et al.*, 2000, pp. 58-59. La visión compensatoria es criticada en los reclamos de valor positivo: pretensiones que individualmente son suficientes para litigarse separadamente. Como sea, en este supuesto se sostiene que igualmente aumentan las posibilidades de éxito de las víctimas y, por sobre todo, que generan eficiencias judiciales. REDISH y BERLOW, 2007, p. 762.

²¹ En rol de los abogados como ejecutores de fines regulatorios dio lugar a las nociones de *private enforcement* y *private attorney general*. Un análisis crítico, en RUBENSTEIN, 2004.

²² GILLES y FRIEDMAN, 2006, pp. 132 ss. La justificación regulatoria es también menos persuasiva para los reclamos de valor positivo, cuyo efecto disuasivo no depende de la acumulación de pretensiones.

²³ MARCUS, 2013, p. 594.

²⁴ REDISH y BERLOW, 2007, pp. 779-780.

²⁵ HENSLER, 2017, pp. 971-972.

a) Alcance del sistema

Las acciones colectivas pueden tener un alcance general, para todo tipo de materias, o un alcance restringido, estableciéndose solo respecto de áreas específicas. Típicamente, jurisdicciones del *common law* contemplan sistemas de alcance general. En contraste, países del derecho continental tienden a contemplar esta herramienta solo en relación con determinados temas, siendo el ejemplo más frecuente el de las relaciones de consumo²⁶ (otras áreas en las que también se presentan es en libre competencia y mercado de valores²⁷). No obstante, un caso de un país perteneciente a esta última tradición con un sistema amplio de acciones colectivas es Brasil, en el que, sin perjuicio de que las acciones colectivas se regulan en el cuerpo normativo de protección de los consumidores –el *Código de Proteção e Defesa do Consumidor*–, pueden ser utilizadas en casos de daños masivos sin importar el ámbito en que se produzcan²⁸.

Por cierto, un diseño de alcance general es a su vez uno más robusto y tiende a favorecer fines regulatorios en cuestiones de interés público²⁹. En contraste, uno restringido generalmente se enfoca en materias en los que la ausencia de acciones colectivas haría inviable la litigación, favoreciendo una función compensatoria.

b) Legitimidad activa

La pregunta acerca de quién puede iniciar una acción colectiva tiene distintas respuestas. Normalmente, las jurisdicciones del *common law* disponen de reglas flexibles, permitiendo que cualquier individuo represente al colectivo afectado. En todo caso, la legitimación activa amplia suele ir acompañada de un análisis estricto respecto de la conveniencia de esa representación³⁰. En Estados Unidos –y en la mayoría de las legislaciones que siguen tal modelo de legitimación– dicho análisis tiene lugar en la etapa de certificación³¹.

²⁶ HENSLER, 2017, p. 971.

²⁷ HENSLER, 2009, p. 14.

²⁸ El artículo 81 del Código de Defensa del Consumidor contempla procedimientos para la protección de los intereses difusos, colectivos u homogéneos. Por su parte, la Ley 7.347/1985 contempla una acción civil pública para diversas materias, como daños ambientales, de consumo y cualquier otro daño que afecte un interés difuso o colectivo. Según el artículo 21 de esta ley, las disposiciones del Código de Defensa del Consumidor son aplicables a las acciones civiles públicas por daños a intereses difusos o colectivos.

²⁹ Ejemplo de ello son los casos contra la segregación en Estados Unidos, materia en que las acciones colectivas han ocupado un rol crítico. BELL, 1976.

³⁰ HENSLER, 2017, p. 972.

³¹ De acuerdo con la regla 23(a) de las Reglas Federales de Procedimiento Civil, la corte aprobará la certificación solo si luego de un análisis riguroso determina que (i) la clase es tan numerosa que unir a todos los miembros sea impracticable, (ii) hay preguntas de derecho o hecho comunes a todo el colectivo, (iii) la acción del demandante es típica respecto de la del colectivo, y (iv) el demandante protegerá justa y adecuadamente los intereses del colectivo.

Desde una concepción regulatoria, un sistema que cuenta con legitimidad activa amplia –acompañada de adecuados incentivos– aumenta la fiscalización del derecho sustantivo, permitiendo que individuos privados participen del sistema³². A su vez, desde una visión compensatoria, las víctimas pueden buscar ser resarcidas sin depender de la decisión de una agencia pública.

Sin embargo, este tipo de sistemas tienden a ser evitados en jurisdicciones de derecho continental, bajo el pretexto de que las acciones colectivas lideradas por abogados privados son susceptibles de presentar conflictos de interés entre el representante y los miembros ausentes³³. Por ello, estas jurisdicciones tienden a reservar la legitimidad activa al gobierno, agencias o instituciones no gubernamentales específicas³⁴. De tal forma –se sostiene– se asegura una mejor representación de las víctimas, permitiendo que los fines regulatorios se persigan por quienes tienen un real interés en asegurarlos, evitando una excesiva judicialización y abuso del sistema por parte de abogados privados. Consecuentemente, estas jurisdicciones omiten o reducen notoriamente los controles destinados a combatir los conflictos de interés.

Una materia relacionada con lo anterior son los requisitos que cada sistema contempla para la aprobación de acuerdos judiciales que concluyan la acción colectiva. Los sistemas de legitimación activa amplia generalmente contemplan requisitos más exigentes para la aprobación de acuerdos, en cuanto existe una mayor preocupación por resguardar a los miembros ausentes de los conflictos de interés que pueden afectar al representante³⁵. El caso paradigmático es el de Estados Unidos, que contempla una audiencia especial en la que el tribunal aprobará el acuerdo solo si es justo, razonable y adecuado, tomando en consideración diversos elementos, que incluyen la efectividad del método propuesto para indemnizar a los miembros ausentes, y los honorarios pactados para el abogado representante del colectivo³⁶.

Asimismo, sistemas que centran la legitimidad activa en agencias gubernamentales o no gubernamentales contemplan menos requisitos, teóricamente porque estas carecerían de incentivos para cerrar acuerdos desventajosos para el colectivo. Ahora bien, también se ha sostenido que las agencias, tanto públicas como privadas, no están exentas de presentar problemas de representación, como presiones políticas en las primeras y conflictos de intereses en las segundas³⁷.

³² COFFEE, 1986.

³³ Un análisis de estos problemas en Estados Unidos en, COFFEE, 1987.

³⁴ HENSLER, 2017, pp. 973-974. Por ejemplo, Brasil reconoce legitimidad activa al gobierno (federal, estatal y municipal), agencias administrativas y asociaciones privadas. GIDI, 2003, pp. 366 ss.

³⁵ HENSLER, 2009, p. 20.

³⁶ La regla 23(e) de las Reglas Federales de Procedimiento Civil establece que el tribunal debe considerar que (i) el demandante y su abogado han representado adecuadamente al colectivo, (ii) el acuerdo fue negociado en condiciones libres e independientes, (iii) el remedio propuesto es adecuado considerando, entre otros, la efectividad del método propuesto para la distribución de las indemnizaciones y los honorarios acordados para el abogado, y (iv) que el acuerdo trate a los miembros del colectivo de manera equitativa.

³⁷ HENSLER, 2017, pp. 973-974.

c) *Opt-in* u *opt-out*

Las acciones colectivas se ejercen en representación de un grupo de individuos que no participa formalmente del proceso, pero cuyo resultado les es potencialmente vinculante. Por lo anterior, todo sistema requiere que los representados manifiestan –al menos de manera ficta– su voluntad de ser vinculados.

Para estos efectos existen dos mecanismos. En un sistema *opt-in*, las personas cuyas pretensiones están formalmente incluidas dentro de la acción colectiva deben en algún momento declarar expresamente su intención de adherirse. Por el contrario, en un sistema *opt-out* aquellos individuos se entenderán automáticamente parte del colectivo, salvo que declaren expresamente su intención de ser excluidos³⁸.

La elección de uno u otro modelo repercute fuertemente en la caracterización del sistema. Un mecanismo *opt-out* implica colectivos más extensos, mejorando la capacidad negociadora del representante. Por su parte, el demandado también tendrá incentivos para cerrar el caso si es que tiene la certeza de que el acuerdo incluirá a todo individuo similarmente situado, pues el eventual acuerdo pondrá fin total a la contingencia. Por el contrario, un régimen *opt-in* incorpora menos individuos al colectivo, salvaguardando la autonomía individual y previniendo abusos de abogados que buscan honorarios por medio de un acuerdo prematuro.

Ambos mecanismos se identifican mayormente con uno u otro fin asociado a las acciones colectivas. En principio, la visión compensatoria se ajusta mejor a sistemas *opt-in*, pues en ellos se materializa la idea de que las acciones colectivas corresponden a una agregación de pretensiones que efectivamente buscan ser resguardadas³⁹. A su turno, sistemas *opt-out* favorecen una concepción regulatoria, que mediante colectivos extensos tendrá más herramientas para maximizar el cumplimiento del derecho sustantivo⁴⁰. La adopción de un modelo *opt-in* u *opt-out* también revela los matices entre jurisdicciones del *common law* y del derecho continental. Las primeras típicamente adoptan el mecanismo *opt-out*, mientras que las segundas favorecen el régimen *opt-in*⁴¹.

Por último, lo normal es que una acción colectiva resulte en indemnizaciones o beneficios que deben adjudicarse⁴². Cuando las víctimas tienen que concurrir al proceso a acreditar su calidad y reclamar la indemnización respectiva, un sistema *opt-out* en la etapa declarativa puede pasar a ser *opt-in* en la de adjudicación. Esto agrega complejidades al proceso, en tanto acreditar la calidad de miembro del colectivo puede ser costoso, porque

³⁸ DODSON, 2016.

³⁹ MULLENIX, 2014, p. 441.

⁴⁰ GILLE y FRIEDMAN, 2006, pp. 132 ss.

⁴¹ Por ejemplo, Estados Unidos, Australia y Canadá contemplan modelos *opt-out*, mientras la mayoría de los países de Europa occidental se inclinan por un *opt-in*. HENSLER, 2017, p. 973. No obstante, en Latinoamérica se observan jurisdicciones con sistemas *opt-out*. GÓMEZ, 2012.

⁴² COOTER y ULEN, 2016, p. 236; VERBIC, 2012, pp. 3797-3798. Ambos artículos defienden la utilización de la doctrina *cy-près* cuando los montos resultantes de la acción no pueden ser asignados directamente a los afectados.

es muy difícil o excesivamente caro ubicar a los afectados, o sencillamente porque el monto indemnizatorio es demasiado bajo para incentivar su reclamo⁴³. Como resultado, el grupo que inicialmente incluye a todos los afectados se ve disminuido en su número al final del proceso.

d) Remedios disponibles

Todas las jurisdicciones que han adoptado acciones colectivas permiten sentencias declarativas o que mandaten al demandado a hacer o abstenerse de hacer algo⁴⁴, y prácticamente todas permiten remedios indemnizatorios⁴⁵.

Mayor atención merece la pregunta acerca de los daños punitivos. Por cierto, la procedencia de dicha figura sirve a un propósito regulatorio; el sistema incentiva la interposición de acciones colectivas aceptando la sobrecompensación de las víctimas, todo con el objetivo de aumentar los efectos disuasivos⁴⁶. Por eso, no es de extrañar que Estados Unidos reconozca la posibilidad de otorgar daños punitivos⁴⁷. Lo opuesto sucede en Europa continental, cuyas jurisdicciones tienden a no reconocer este tipo de daños⁴⁸, e incluso son expresamente evitados en materia de acciones colectivas⁴⁹. Con todo, ciertas jurisdicciones de derecho continental sí autorizan daños punitivos en acciones de clase, siendo nuestro ordenamiento un ejemplo palpable de aquello.

Otro elemento relevante en materia de remedios se presenta respecto de la procedencia de la doctrina *cy-près*. Cuando el demandado de una acción colectiva debe resarcir a los afectados —ya sea por orden judicial o acuerdo—, distribuir los montos entre las víctimas puede resultar en extremo complejo⁵⁰. En caso de que no todas las indemnizaciones sean asignadas directamente a los afectados, el sistema debe determinar quién obtendrá los montos restantes.

Tradicionalmente, existían tres alternativas. Primero, reembolsar dicho monto al demandado; segundo, redistribuirlo entre los miembros del colectivo que sí recibieron su compensación; y tercero, entregarlo al Estado⁵¹. En cambio, estas opciones presentan problemas. La primera afecta los fines regulatorios de las acciones colectivas; la segunda,

⁴³ VERBIC, 2012, pp. 3799-3800; BARNETT, 1987, p. 1594.

⁴⁴ HENSLER, 2017, p. 975

⁴⁵ HENSLER, 2009, p. 14.

⁴⁶ MARKEL, 2009, pp. 1388 ss.

⁴⁷ HERNÁNDEZ y PONCE, 2022, pp. 67-69.

⁴⁸ HERNÁNDEZ y PONCE, 2022, pp. 73-74.

⁴⁹ Directiva Unión Europea 2020/1828 de 25 de noviembre de 2020, considerandos 10 y 42.

⁵⁰ El demandante puede encontrar problemas prácticos (muertes o dificultad para encontrar a los miembros), administrativos (costo de distribuir la indemnización a las víctimas es superior al monto total) y defectos estructurales (sobrestimó la cantidad de miembros que componen el colectivo). BARNETT, 1987, p. 1594.

⁵¹ SHEPHERD, 1972. Algunos autores entienden que la segunda y tercera alternativa también pertenece a la doctrina *cy-près*. MULHERON, 2006, pp. 216-217.

sobrecompensa a ciertas víctimas; y la tercera, no resuelve la falta de compensación a parte del colectivo⁵².

De esta manera, la doctrina *cy-près* asoma como alternativa que permite —a la corte o a las partes, según corresponda— entregar los montos no distribuidos a terceras partes (típicamente, organizaciones de caridad relacionadas con el interés subyacente a la acción colectiva)⁵³. Así, la doctrina permite un equilibrio entre los fines compensatorios y regulatorios, aunque priorizando los últimos, a la vez que favorece acuerdos. Estados Unidos y otras legislaciones del *common law* han dado aplicación a esta doctrina⁵⁴, mientras que algunos países de tradición continental han ido paulatinamente reconociéndola⁵⁵.

III. ACCIONES COLECTIVAS EN CHILE. DESDE LA COMPENSACIÓN HACIA LA REGULACIÓN

1. *Establecimiento de las acciones colectivas en Chile: énfasis compensatorio*

La incorporación de las acciones colectivas en Chile se justificó principalmente con base en la función compensatoria. Esto, atendido que se enfatizó la necesidad de establecer un mecanismo que permitiera la reparación de reclamos de valor negativo. El fundamento regulatorio también se consideró, aunque solo a continuación del compensatorio⁵⁶. Lo indicado se desprende del mensaje de la Ley N° 19.955, donde se explicitó que un sistema de acciones colectivas:

“[...] permitirá dar solución a problemas de consumo masivos en los que, por distintas razones, actualmente no se otorga la debida protección (costo de reclamar mayor al beneficio del reclamo, dificultades en dicho proceso, dificultad para tomar conocimiento de la ocurrencia de una infracción, entre otras). Por el lado de la oferta, un mecanismo como el que se propone, en que las soluciones son colectivas, desincentiva posibles prácticas de infracción masiva [...]”⁵⁷.

La opción por un sistema con énfasis compensatorio se sustentó en la intención de evitar los efectos negativos que, a juicio del legislador de la época, tenía un sistema

⁵² REDISH *et al.*, 2010, p. 617.

⁵³ SHEPHERD, 1972, p. 452. La doctrina *cy-près* tiene su origen en derecho sucesorio, en aquellos casos en que la voluntad del causante devenía imposible, permitiendo a la corte adoptar las medidas para cumplir de la manera más cercana posible su intención. REDISH, *et al.*, 2010, p. 631. Como indicamos en la nota anterior, algunos autores abordan la doctrina *cy-près* en términos amplios. En lo sucesivo seguiremos esta corriente, usando el concepto en forma amplia para referir distintos métodos alternativos de distribución.

⁵⁴ MULHERON, 2006, pp. 229-236

⁵⁵ VERBIC, 2012, pp. 3805 ss.

⁵⁶ BARROILHET, 2012, pp. 280-281.

⁵⁷ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2004, p. 5.

regulatorio al estilo estadounidense. Al inicio de la tramitación del proyecto, en el primer trámite constitucional, el Informe de la Comisión de Economía daba cuenta de que las aprehensiones para la incorporación en la LPDC de un sistema de acciones colectivas eran: “[el] Aumento excesivo de litigios. [la] Posibilidad de vincular al proceso a personas que no son parte de la clase. [la creación de un] Mecanismo de chantaje a las empresas por la publicidad y número eventual de involucrados”⁵⁸. Esta prevención se reiteró a lo largo de la tramitación legislativa⁵⁹. Como resultado, el diseño de las acciones colectivas en la LPDC, aun contemplando algunos elementos regulatorios, tuvo un claro énfasis compensatorio.

Un análisis de las características del sistema original chileno muestra su centralidad compensatoria. Se trataba de un sistema de aplicación restringida⁶⁰, en el que las acciones colectivas se limitaron al derecho de protección de los consumidores (no obstante la posterior aplicación del procedimiento a algunas materias reguladas en leyes especiales, en aplicación del artículo 2 bis letra b) de la LPDC o las remisiones expresas que ciertas leyes realizan al procedimiento establecido en la LPDC, *vgr.*, artículo 19 de la Ley General de Urbanismo y Construcción)⁶¹.

En cuanto a la legitimación activa, si bien los titulares de la acción han sido siempre el Servicio Nacional del Consumidor (Sernac), las asociaciones de consumidores o un grupo no inferior a 50 consumidores afectados, era la agencia pública la que se pretendía tuviera el rol preponderante, y no los litigantes privados⁶². El principal mecanismo que limitó la participación de privados fue la consagración de una etapa de admisibilidad muy exigente —que de todos modos no correspondía a la utilizada típicamente en sistemas regulatorios, porque no controlaba conflictos de interés o una adecuada representación, sino que se explicitaban la existencia de hechos que pudieran vulnerar los intereses colectivos o difusos y los derechos afectados—. En su configuración inicial, la etapa de admisibilidad representaba un obstáculo técnicamente complejo y, en los hechos, se extendía por un largo periodo, lo que desincentivaba la participación de los privados, para quienes la negociación se abría solo una vez superada aquella, con la consiguiente carga de mantener un litigio durante una fase inicial muy larga. Ahora bien, no obstante que la presencia de la agencia pública podría suponer un componente regulatorio⁶³, la configuración del procedimiento orientaba fuertemente su labor hacia la compensación de los consumidores antes que al cambio en las prácticas de los proveedores (un ejemplo es la facilitación de la demanda de perjuicios del artículo 51 n° 2 de la LPDC).

Por último, el rasgo principal del sistema que demostraba la priorización del fundamento compensatorio eran los remedios disponibles. Por un lado, las sanciones

⁵⁸ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2004, p. 28.

⁵⁹ Ver Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2004, pp. 90, 111, 114, 159; 269.

⁶⁰ BARROILHET, 2012, p. 280.

⁶¹ MOMBERG, 2021, pp. 8 ss.

⁶² BARROILHET, 2012, pp. 277, 289-290.

⁶³ TARUFFO, 2001, pp. 409-410.

administrativas aplicables en el marco de las acciones colectivas tenían escasa o nula aptitud disuasoria, ya que se aplicaban como si se tratara de una acción individual; se imponía una sola multa y con los mismos montos máximos. Por el otro, y de capital relevancia, el remedio indemnizatorio estaba limitado al daño patrimonial. No se contemplaban daños punitivos y la reparación del daño moral —una partida usualmente reconocida en Chile— era prohibida, lo que revela una preocupación porque la indemnización no fuera usada con fines disuasivos y porque generara bajos incentivos para la litigación privada⁶⁴. De esta manera, la acción colectiva de la LPDC tenía una naturaleza eminentemente reparatoria⁶⁵, siendo su principal objetivo la indemnización de los perjuicios patrimoniales de los consumidores afectados⁶⁶. De hecho, incluso en aquellas acciones que podían tener mayor repercusión regulatoria, estas quedaban subordinados a los efectos compensatorios de la acción. Por ejemplo, todas las demandas relevantes por cláusulas abusivas, relacionadas con el consumo financiero, tenían como elemento central la restitución de ganancias o compensación del daño provocado a los consumidores⁶⁷.

El principal rasgo regulatorio del sistema inicial de acciones colectivas de la LPDC era la elección de un modelo *opt-out*. A pesar de todo, esta característica era fuertemente matizada por el establecimiento de un mecanismo *opt-in* en la etapa ejecutoria⁶⁸, que opera salvo en aquellos casos en que el proveedor cuenta con la información suficiente para individualizar y reparar a cada consumidor directamente. En concreto, en el artículo 54 de la LPDC se estableció que al momento de la ejecución de la sentencia los consumidores se deben presentar en el juicio a ejercer sus derechos. Por tanto, la existencia de un modelo *opt-out* era ambigua en la configuración inicial del sistema, ya que el monto que el proveedor debía pagar en indemnizaciones dependía finalmente del número de consumidores que concurrían a la causa, otorgando un fuerte componente *opt-in* al proceso.

En definitiva, en todo lo relevante, el legislador optó por las alternativas propias de un sistema compensatorio. Incluso aquellos elementos que podrían vincularse con uno regulatorio fueron matizados, siguiendo una justificación compensatoria.

2. Reformas a las acciones colectivas en Chile: hacia un sistema con énfasis regulatorio

El sistema original de acciones colectivas de la LPDC fue objeto de varias reformas, las que marcaron un cambio de énfasis, desde el compensatorio al regulatorio. Sostenemos que la Ley N° 21.081 representa el antecedente determinante de tal transformación.

⁶⁴ BARROILHET, 2012, pp. 294-295.

⁶⁵ AGUIRREZABAL, 2019, p. 77.

⁶⁶ MOMBERG, 2011, p. 244.

⁶⁷ Aunque la declaración de cláusulas abusivas desempeña un rol regulatorio, disciplinando dicho mercado en cuanto al contenido que debía excluirse de los contratos, este no se ha materializado del todo. PONCE, 2021, p. 266 ss.

⁶⁸ BARROILHET, 2012, p. 283.

La vocación regulatoria estuvo en la génesis de la Ley N° 21.081, en el sentido de que por medio de ella se pretendía corregir la falta de herramientas disuasivas apropiadas para conducir adecuadamente el comportamiento de los proveedores. Tal intención figura con preeminencia en el mensaje del proyecto de ley, donde luego de darse cuenta de una positiva evolución en materia de protección de los consumidores, se indicó que: “[N]o obstante los avances, se puede constatar que el sistema carece de herramientas disuasorias suficientes y de formas eficaces de resolver conflictos que afectan a una gran cantidad de chilenos (...)”⁶⁹. La relevancia de reforzar la aptitud disuasoria del sistema fue reiterada a lo largo de toda la tramitación del proyecto⁷⁰.

Por lo que respecta a las acciones colectivas, el resultado fue la introducción de componentes que convirtieron el sistema en uno de énfasis regulatorio, en particular, por los cambios en las eventuales consecuencias administrativas de la acción colectiva y en materia de remedios, y los efectos que ello tiene en la litigación privada.

En relación con lo primero, como explicamos, en el sistema inicial de la LPDC las sanciones administrativas aplicadas en un procedimiento colectivo no tenían un efecto disuasivo, porque se imponían como si se tratara de un procedimiento individual. El caso Sernac con Cencosud⁷¹ es un buen ejemplo para graficar lo indicado: este abarcó a más de 600.000 consumidores, con montos en reparación que alcanzaron aproximadamente US\$ 70 millones; en contraste, se impuso una multa de solo 50 UTM al proveedor. La Ley N° 21.081 alteró lo indicado, estableciéndose en el artículo 24 A inciso segundo de la LPDC la posibilidad de aplicar en las acciones colectivas una multa por cada consumidor afectado, lo que cambia significativamente el potencial disuasorio de las multas en el contexto de las acciones colectivas.

En relación con lo segundo, la modificación en materia de remedios disponibles llevada a cabo mediante la Ley N° 21.081 es la más clara materialización del tránsito hacia un sistema con énfasis regulatorio. En particular, atendida la incorporación de los daños punitivos, que representan una característica central de dicho tipo de sistemas⁷². Con la ley indicada se incorporó aquella figura en el artículo 53 C letra c) de la LPDC, que faculta al juez para aumentar en 25% la indemnización otorgada en una acción colectiva, cuando se verifique alguna de las circunstancias agravantes del artículo 24 de la misma ley. A pesar de que el porcentaje que se estableció en la ley es bajo si se lo compara con la experiencia comparada⁷³, el efecto que la inclusión de este remedio tiene en el cambio hacia un modelo regulatorio es significativo. Para ejemplificar esto conviene tener nuevamente presente el caso Sernac con Cencosud. Atendida la entidad de los montos que el proveedor tuvo que pagar, se sostuvo que a partir de aquel se produciría un cambio en el comportamiento de los proveedores en el ámbito del mercado financiero; sin embargo, aquello no fue efectivo y el Sernac enfrentó a continuación casos

⁶⁹ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2018, p. 3.

⁷⁰ Ver Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2018, pp. 48, 59, 329, 335, 399, 583.

⁷¹ Corte Suprema, 24.04.2013, rol 12.355-2011.

⁷² KIRST, 2021, p. 247.

⁷³ HERNÁNDEZ y PONCE, 2022, pp. 94.

por la misma o similares conductas⁷⁴. Ello obedece a que en casos como el indicado, el proveedor en último término debe restituir lo obtenido de manera ilícita, con lo que no existen verdaderos incentivos para un cambio de comportamiento⁷⁵. Por ello, la aplicación del pago de un porcentaje de la indemnización, a título punitivo, es un mecanismo que persigue corregir aquello y disuadir al proveedor de perseverar en la conducta.

A su turno, tanto producto de una reforma legal como de la práctica impulsada por la autoridad y respaldada por los tribunales, la expansión del uso de la doctrina *cy-près* refuerza el tránsito hacia un sistema regulatorio. En este aspecto, originalmente el legislador chileno priorizó la perspectiva compensatoria, consagrando como principal mecanismo la entrega directa de las indemnizaciones a los consumidores sin necesidad de su concurrencia al juicio, siempre que el proveedor contara con la información necesaria para individualizarlos y proceder a su pago (artículo 53 C inciso 2° de la LPDC)⁷⁶. Luego, mediante la Ley N° 21.081, se incorporó la perspectiva regulatoria al establecerse en la norma indicada que luego de dos años de transcurrido el plazo para que el proveedor entregara los montos directamente a los consumidores, los remanentes debían ser destinados al fondo concursable del artículo 11 bis de la misma ley. Este método coincide con la solución que se utiliza en el derecho comparado, consistente en la entrega del monto compensatorio al Estado con un propósito específico⁷⁷. Dicha forma de proceder opera también para el caso de los acuerdos conciliatorios (artículo 53 B de la LPDC)⁷⁸.

El punto de inflexión fue la dictación de la circular interpretativa del Sernac del año 2020⁷⁹, en la que se concluyó que la doctrina *cy-près* tenía cabida amplia en el ordenamiento nacional de protección a los consumidores, no solo en las dos hipótesis expuestas relacionadas con los remanentes. Desde ese momento se comenzó a utilizar en el contexto de acuerdos judiciales bajo distintas modalidades. Por nombrar ejemplos: la colusión de las farmacias⁸⁰ y por la suspensión de eventos deportivos⁸¹. La ampliación del uso de la doctrina *cy-près* consolida el cambio de énfasis hacia uno regulatorio por dos motivos. Primero, porque refuerza el carácter *opt-out* del sistema, en tanto se amplían las circunstancias en que las indemnizaciones y reparaciones operan sin necesidad de concurrencia de los consumidores. Segundo, porque por su intermedio no se persigue la compensación individual de los consumidores, sino que lograr el pago efectivo de los montos de dinero comprendidos en la acción por parte del proveedor, y con ello asegurar

⁷⁴ PONCE, 2021, p. 266

⁷⁵ LEVMORE, 1990, 711.

⁷⁶ AGUIRREZABAL y PÉREZ, 2021, p. 28.

⁷⁷ DEJARLAIS, 1987, p. 751.

⁷⁸ Se ha planteado que esta regla debiera tener aplicación general, para evitar que los montos sean devueltos al infractor. HERNÁNDEZ y TAPIA, 2019, p. 79.

⁷⁹ Sernac, 2020. Más allá de la conclusión, la circular es criticable porque, en rigor, no desarrolla ninguna interpretación normativa de la cual concluir la aplicación de la doctrina, sino que descansa en una exposición de doctrina extranjera.

⁸⁰ 10° Juzgado Civil de Santiago, 13.11.2020, rol C-1.940-2013.

⁸¹ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 03.04.2020, rol 436-2021.

el efecto que esto tiene en la orientación de su comportamiento. En relación con este remedio, corresponde también resaltar que representa la única vía para materializar la reparación del daño causado al interés difuso de los consumidores, supuesto caracterizado por un elevado nivel de dispersión de las víctimas y la consiguiente imposibilidad de su identificación individual. De esta manera se expanden las hipótesis que pueden derivar en el pago de reparaciones por parte del proveedor y, con ello, la aptitud disuasiva de la ley.

Finalmente, producto de las modificaciones legales en materia de remedios –y de simplificación respecto de la etapa de admisibilidad, a las que nos referimos en lo sucesivo–, luego de las reformas de la Ley N° 21.081 los incentivos para la litigación privada se intensificaron. Aun cuando las reglas de legitimidad activa no fueron modificadas, la disponibilidad de una acción colectiva con remedios reforzados eleva su rentabilidad. Teniendo la alternativa de ejercer acciones colectivas con fuertes impactos económicos para los proveedores, los litigantes privados quedan en mejor posición negociadora para cerrar acuerdos de los que pueden obtener el pago de costas. El fortalecimiento del *private enforcement* es un rasgo característico de los sistemas con fundamento regulatorio, debido a que con ello se expande y democratiza el control normativo⁸².

3. *Actual sistema de acciones colectivas en Chile: énfasis regulatorio sin los debidos resguardos*

Un sistema de acciones colectivas con énfasis regulatorio, que incorpora a litigantes privados en el ejercicio de acciones robustas, requiere de mecanismos de control que atenúen los riesgos de uso extorsivo de la acción y de conflictos de interés. Para ello se suelen utilizar formas estrictas de certificación y de validación de acuerdos. Sin embargo, la LPDC no contempla esos mecanismos, lo que amenaza con generar problemas respecto de la utilidad del sistema de acciones colectivas para proteger los intereses de los consumidores.

En primer lugar, modificaciones legales simplificaron radicalmente la etapa de admisibilidad de las acciones colectivas de la LPDC. En su origen, dicha ley contempló un control de admisibilidad estricto. Según se lee de los literales b), c) y d) del antiguo artículo 52 de la LPDC, en la etapa de admisibilidad se controlaba que la conducta impugnada tuviera la aptitud para afectar el interés colectivo o difuso, que se hubieran expresado los hechos que justificaban tal afectación y los derechos afectados, y que la cantidad de consumidores involucrados justificara económica y procesalmente someter el asunto al procedimiento colectivo. Especialmente con la Ley N° 20.543, el control de admisibilidad fue sustancialmente alterado, requiriendo actualmente solo la verificación del ejercicio de la acción por parte de un legitimado activo y el cumplimiento de los requisitos del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil. De esta manera, la etapa de admisibilidad transitó hacia un control de carácter estrictamente formal⁸³.

⁸² RUBENSTEIN, 2004, p. 2131.

⁸³ AGUIRREZABAL, 2019, p. 98.

Aquello contrasta con lo que normalmente se observa en un sistema de énfasis regulatorio, donde al tiempo que se robustecen las acciones y se amplía la participación de privados, se refuerzan los controles para evaluar si el ejercicio de la acción es apropiado y para prevenir conflictos de interés, revisándose la existencia de una adecuada representación del colectivo⁸⁴.

En segundo lugar, en la LPDC se contempla una regla general para la aprobación de acuerdos, limitada a la verificación de su conformidad con las normas de protección de los consumidores (artículo 53 B inciso cuarto). En cambio, en las jurisdicciones con énfasis regulatorio los jueces controlan activamente los acuerdos con el objetivo de prevenir que por su intermedio se beneficien el representante y el demandado, en perjuicio de los miembros ausentes⁸⁵.

En consecuencia, sin los adecuados controles, el sistema chileno queda expuesto a la proliferación de acciones de chantaje o que terminen en acuerdos de mínimo beneficio para el consumidor. Este es un riesgo presente en el sistema de la LPDC si se tiene en cuenta que el único contrapeso para prevenir lo anterior es la sanción por la interposición de demandas temerarias (artículo 52 inciso final en relación con el artículo 50 E) que, sin embargo, exige un estándar alto para su aplicación⁸⁶.

Para el ejercicio de una acción estrictamente privada, la LPDC exige a los abogados representar un número elevado de consumidores (50 o más consumidores), lo que plantea problemas de coordinación que desalientan su interposición⁸⁷. Es por esto que los problemas descritos se presentan con mayor probabilidad respecto de las asociaciones de consumidores, que para ejercer la acción no necesitan representar directamente a ningún consumidor y, por tanto, no enfrentan problemas de coordinación.

Luego del cambio de énfasis sin la consecuente introducción de controles se han verificado tensiones entre las asociaciones de consumidores, por un lado, y los consumidores y la autoridad, por el otro, los que dejan ver la existencia de los riesgos comentados en el sistema de acciones colectivos chileno. Para ilustrar esto conviene analizar dos episodios recientes.

El primero es la causa iniciada por la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios (CONADECUS) en el caso de anticonceptivos defectuosos. En este juicio, 207 consumidoras hicieron reserva de sus derechos (ejercieron el derecho a *opt-out*), lo que fue aprobado por el tribunal. Sin embargo, CONADECUS interpuso un recurso de reposición, circunstancia que revela su preocupación por no perder a las integrantes del grupo que, ya que estuvieron dispuestas a buscar representación, probablemente eran las que tenían casos más sólidos, de manera que su exclusión de la acción debilitaba la posición negociadora de la asociación. La reposición fue rechazada. El juicio se cerró luego por acuerdo, sin que exista información acerca de las costas percibidas por CONADECUS

⁸⁴ HENSLER, 2017 p. 972.

⁸⁵ HENSLER, 2009 p. 20.

⁸⁶ Solo se ha aplicado en una oportunidad, a una asociación de consumidores. Corte Suprema, 19.03.2021, rol 22.097-2019.

⁸⁷ BARROILHET, 2012, pp. 287-291.

ni respecto del número de consumidoras que resultaron beneficiadas por el mismo⁸⁸. El acuerdo además exigió importantes requisitos que las consumidoras debían satisfacer para recibir una indemnización (como fotografías del blíster perteneciente al lote defectuoso y certificado de nacimiento en determinados lapsos de tiempo) y se estableció que los montos no cobrados no serían sujetos a las reglas de remanentes establecidas en la ley y que, por esta razón, serían restituidos a los demandados⁸⁹. Lo anotado muestra la tensión entre las consumidoras, que no tenían control alguno de la forma en que la asociación llevó la acción y negoció el acuerdo que determinaría finalmente su posibilidad de obtener una reparación, y la asociación de consumidores, que deseaba mantener una posición negociadora sólida para obtener un buen acuerdo.

El segundo caso es el de la demanda por los daños derivados de la colusión de los productores de carne de pollo. CONADECUS y Formadores de Organizaciones Juveniles de Consumidores y Consumidoras presentaron una demanda indemnizatoria ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en la que estimaron preliminarmente el daño provocado a los consumidores en casi USD\$ 800 millones. Luego incluso exhibieron un documento en que el daño se cuantificaba en un monto notablemente superior, cercano a los USD\$ 1.221 millones, agregando además el 20% de dicho monto a título de lucro cesante y otro 20% a título de daño moral. Las asociaciones alcanzaron primero un acuerdo con dos de los demandados⁹⁰ y luego con el restante⁹¹, en ambos casos por menos del 4% de lo estimado en la demanda y un porcentaje significativamente más bajo si se considera lo expuesto en el informe económico de las asociaciones. A su vez, se acordó que los montos se repartirían usando el mecanismo *cy-près*, sin que existiera transparencia acerca de la forma en que se seleccionaron las instituciones destinatarias. Tampoco hay información de los montos en costas recibidos por las asociaciones.

Al respecto, el Sernac presentó un escrito solicitando la modificación del primer acuerdo y un recurso de reclamación en subsidio, en el que alegaba ciertas irregularidades que a su juicio tenía el acuerdo, en esencia por la falta de justificación para acordar por montos tan lejanos a los inicialmente reclamados. Sin explicación, la autoridad luego retiró dicho escrito. Se aprecia así que la autoridad observó e incluso actuó respecto de un acuerdo que estimaba que no beneficiaba a los consumidores. Este riesgo ya había sido identificado previamente por la autoridad que, de hecho, dictó una circular interpretativa en la que abordaba la posibilidad de una “estafa procesal” en los procedimientos colectivos⁹². A ello corresponde agregar los problemas de falta de transparencia en las instituciones destinatarias de los montos reparatorios, cuestión que en el derecho comparado ha sido criticada porque potencialmente deriva en el desarrollo de una industria

⁸⁸ Solicitamos información a CONADECUS al respecto, pero no recibimos respuesta.

⁸⁹ 5° Juzgado Civil de Santiago, 17.01.2022, rol C-3.029-2021. CONADECUS presentó luego otra demanda por anticonceptivos defectuosos, el año 2022, en la que con fecha 19 de julio de 2022 se aprobó un acuerdo idéntico en requisitos y costas. 5° Juzgado Civil de Santiago, 19.07.2022, rol C-2.195-2022.

⁹⁰ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 05.12.2022, rol CIP-2-2019.

⁹¹ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 18.01.2023, rol CIP-2-2019.

⁹² Servicio Nacional del Consumidor, 2021.

del *lobby* alrededor de los montos correspondientes a los miembros ausentes de la acción y por los conflictos de interés que pueden enfrentar las partes del proceso y los jueces⁹³.

Es probable que la tensión y los riesgos derivados de un sistema que genera incentivos para la litigación privada pero que no contempla los mecanismos de control necesarios, sigan presentándose. Por ello es necesario que las reformas sucesivas tengan una aproximación más razonada al sistema de acciones colectivas, de manera de prevenir y corregir situaciones como las comentadas. Por último, adicionalmente, una buena medida para prevenir los riesgos expuestos es vincular los honorarios que reciben los abogados con los montos efectivamente recuperados por las víctimas como resultado de la acción, cuestión que evita que los abogados se beneficien de la reducción de la suma pagada a los afectados o de la complicación de los requisitos para ser beneficiario⁹⁴. A su vez, hacer transparente el monto que reciben los abogados también contribuye a evitar conflictos de interés⁹⁵. Esto supone simplemente establecer en el artículo 53 B de la LPDC que las ofertas que propongan los proveedores deben especificar si se pagarán o no costas y, en este último caso, su monto, y que ello sea a su vez incluido en los avisos establecidos en el artículo 54 A de la misma ley. En el mismo sentido, se requiere mayor regulación legal del mecanismo *cy-près*, para hacer transparente la forma de elección de instituciones destinatarias y establecer criterios respecto de en qué circunstancias se puede utilizar tal doctrina, a efectos de evitar los riesgos expuestos.

IV. CONCLUSIONES

1. Las acciones colectivas en Chile tienen una historia breve. En el derecho comparado, sobre todo en el *common law*, existe una importante tradición y desarrollo, que proporcionan antecedentes útiles para entender el sistema nacional.
2. En cuanto a la justificación del sistema de acciones colectivas, dos son las respuestas más extendidas. La primera es el fundamento compensatorio, según este, el objetivo es favorecer la compensación de la mayor cantidad de afectados posible, sobre todo en casos de reclamos de valor negativo. La segunda es el fundamento regulatorio, conforme con el cual las acciones colectivas contribuyen a optimizar el cumplimiento de las normas legales, orientando el comportamiento de los regulados.
3. La priorización de uno u otro fundamento impacta en el diseño del sistema de acciones colectivas. Los matices se materializan en cuatro ámbitos definitorios; estos son, el alcance del sistema, la legitimidad activa para el ejercicio de la acción, la opción por un modelo *opt-in* u *opt-out* y los remedios que se pueden ejercer por su intermedio.

⁹³ JOHNSTON, 2013, 277-304.

⁹⁴ BONE, 2020, p. 579.

⁹⁵ DEL VILLAR, 2023, p. 53.

4. Por lo que respecta al sistema chileno, su diseño original priorizó la perspectiva compensatoria. Lo indicado se concretizó en un sistema de alcance limitado, con una legitimidad activa restringida por sus bajos incentivos para la participación de privados, un modelo *opt-out* atenuado y remedios limitados para el colectivo. Respecto de esto último, la existencia de sanciones administrativas bajas, la prohibición de la indemnización del daño moral y la no incorporación de daños punitivos configuraban un sistema de escasa amenaza para los proveedores y poco atractiva para los litigantes privados.
5. Producto de las sucesivas reformas legales, nuestro ordenamiento transitó hacia un sistema con énfasis regulatorio. Esto, por medio de las modificaciones en materia de remedios disponibles y el impacto que ello tiene en la litigación privada. En particular, con la Ley N° 21.081 se alteró radicalmente las eventuales consecuencias administrativas de las acciones colectivas –permitiendo la aplicación de una multa por cada consumidor–, se removió la prohibición para la reparación del daño moral y se introdujeron daños punitivos. Asimismo, la expansión del uso de la doctrina *cy-près* también revela el cambio de énfasis expuesto. El resultado es un sistema de acciones colectivas robustas que constituye una amenaza real para los proveedores y que eleva los incentivos para que los litigantes privados participen del mismo.
6. El cambio de énfasis no fue acompañado de la incorporación en la LPDC de los respectivos mecanismos de control. En primer lugar, la etapa de admisibilidad fue sustancialmente simplificada, sin integrar herramientas para prevenir el uso extorsivo de las acciones colectivas o los conflictos de interés que pueden presentar privados. En segundo lugar, las reglas de aprobación de acuerdos de la LPDC no contemplan mayor control para evitar la celebración de acuerdos que benefician al agente que interpone la acción en desmedro de los consumidores. Esto, sumado a las tensiones que el sistema ha empezado a mostrar, demuestran que es necesario que las sucesivas reformas corrijan la situación expuesta por medio de una aproximación más razonada a la materia.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRREZABAL, Maite y PÉREZ, Álvaro, 2021: “Liquidación y ejecución de sentencias condenatorias en el proceso colectivo chileno de consumidores y usuarios”, *Revista Ius et Praxis*, Año 27, N° 1.
- AGUIRREZABAL, Maite, 2019: *Defensa de los consumidores y acceso a la justicia*, Santiago, Thomson Reuters.
- BARNETT, Kerry, 1987: “Equitable trust: An effective remedy in consumer class action”, *The Yale Law Journal*, vol. 7, N° 7.
- BARROILHET, Agustín, 2012: “Class Actions in Chile”, *Law and Business Review of the Americas*, vol. 18, N° 3.
- BELL, Derrick, 1976: “Serving two masters: Integration ideals and client interests in school desegregation litigation”, *Yale Law Journal*, Vol. 85, Issue 4.

- BIBLIOTECA del Congreso Nacional de Chile, 2004: "Historia de la Ley N° 19.955, modifica la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores". Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaLey/nc/historia-de-la-ley/5671/>
- BIBLIOTECA del Congreso Nacional de Chile, 2018: "Historia de la Ley N° 21.081, modifica Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores". Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaLey/nc/historia-de-la-ley/7577/>
- BONE, Robert, 2020: "In defense of the Cy-Pres-Only class action", *Lewis & Clark Law Review*, Vol. 24, N° 2.
- CHASE, Oscar, *et al.*, 2007: *Civil Litigation in a Comparative Context*, Minnesota, West Academic.
- COFFEE, John, 1987, "The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 54.
- COFFEE, John, 1986: "Understanding the Plaintiff's Attorney: The Implications of Economic Theory for Private Enforcement of Law Through Class and Derivative Actions", *Columbia Law Review*, Vol. 86.
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas, 2016: *Law and Economics*, 6^{ta} edición, Boston, Addison Wesley.
- DEJARLAIS, Natalie, 1987: "The consumer trust fund: A Cy Pres solution to undistributed funds in consumer class action", *Hastings Law Journal*, vol. N° 38, Issue 4.
- DEL Villar, Lucas, 2023: "Generando confianza en la institucionalidad de protección al consumidor en Chile: Evolución y desafíos pendientes", *Diálogos CeCo*, marzo 2023.
- DODSON, Scott, 2016: "An Opt-In Option for Class Actions", *Michigan Law Review*, Vol. 115.
- EWALD, William, 1995: "Comparative Jurisprudence (I): What Was it Like to Try a Rat?" *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 143, No. 6.
- GIDI, Antonio, 2004: "El concepto de acción colectiva", en Gidi, Antonio y Ferrer, Eduardo (Coords). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, Ciudad de México, Editorial Porrúa.
- GIDI, Antonio, 2003: "Class Actions in Brazil: A Model for Civil Law Countries", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, N° 2.
- GILLES, Myriam y FRIEDMAN, Gary, 2006: "Exploding the Class Action Agency Costs Myth: The Social Utility of Entrepreneurial Lawyers", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 155, No. 1.
- GÓMEZ, Manuel, 2012: "Will the Birds Stay South? The Rise of Class Actions and Other Forms of Group Litigation Across Latin America", *U. Miami Inter-Am. Law Review*, Vol. 43.
- HENSLER, Deborah, 2017: "From Sea to Shining Sea: How and Why Class Actions Are Spreading Globally". *Kansas Law Review*, Vol. 65.
- HENSLER, Deborah, 2009: "The Globalization of Class Actions: An Overview". *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 622.
- HENSLER, Deborah, *et al.*, 2000: *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*, Santa Mónica, RAND Corporation.
- HERNÁNDEZ, Gabriel y TAPIA, Mauricio, 2019: *Colusión y daño a los consumidores*, Santiago, Thomson Reuters.
- HERNÁNDEZ, Gabriel y PONCE, Matías, 2022: "Daños punitivos, especialmente para proteger el interés colectivo o difuso de los consumidores", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 38.
- ISSACHAROFF, Samuel y MILLER, Geoffrey, 2012: "Will aggregate litigation come to Europe?", en Backhaus, Jürgen, Cassone, Alberto y Ramello, Giovanni (eds.). *The law and economics of class actions in Europe*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar.
- JOHNSTON, Jennifer, 2013: "Cy Pres Comme Possible to anything is Possible: How Cy Pres Creates Improper Incentives in Class Action Settlements", *Journal of Law, Economics & Policy*, vol. 9, N° 2.

- KIRST, Philipp, 2021: *The Impact of the Damages Directive on the Enforcement of EU Competition Law*, Northampton, Edward Elgar Publishing.
- LEVMORE, Saul, 1990: "Probabilistic recoveries, restitution, and recurring wrongs", *Journal of Legal Studies*, vol. XIX.
- LUTHER, Jörg, 2012: "The constitutional impact of class actions in European legal systems", en Backhaus, Jürgen, Cassone, Alberto y Ramello, Giovanni (eds.). *The law and economics of class actions in Europe*, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar.
- MARCUS, Richard, 2013: "The History of the Modern Class Action, Part I. Sturm Und Drang, 1953-1980". *Washington University Law Review*, Vol. 90, Issue 3.
- MARKEL, Dan, 2009: "How should punitive damages work", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 157.
- MOMBERG, Rodrigo, 2021: "Régimen de multas y ámbito de aplicación de la ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores", *Revista de derecho (Coquimbo)*, vol. 28.
- MOMBERG, Rodrigo, 2011: "La autonomía de la acción en interés general de los consumidores del artículo 58 letra g) de la Ley N° 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (LPC) (Corte Suprema)", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. xxiv, N° 2.
- MULHERON, Rachel, 2006: *The modern Cy-près doctrine: Applications & implications*, Londres/Nueva York, Routledge.
- MULLENIX, Linda, 2014: "Ending Class Actions as We Know Them: Rethinking the American Class Action", *Emory Law Journal*, Vol. 64.
- PONCE, Matías, 2021: "Indemnización de perjuicios a consumidores financieros en juicios de interés colectivo. El olvido del caso Sernac con Cencosud", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 48, N° 1.
- REDISH, Martin, *et al.*, 2010: "Cy Pres Relief and the Pathologies of the Modern Class Action: A Normative and Empirical Analysis", *Florida Law Review*, Vol. 62.
- REDISH, Martin y BERLOW, Clifford, 2007: "The class action as political theory". *Washington University Law Review*, Volume 85, Issue 4.
- RUBENSTEIN, William, 2006: "Why Enable Litigation? A Positive Externalities Theory of the Small Claims Class Action", *University of Missouri-Kansas Law Review*, Vol. 74.
- RUBENSTEIN, William, 2004: "On What A "Private Attorney General" Is--And Why It Matters", Vol. 57.
- SERVICIO Nacional del Consumidor, 2020: "Resolución Exenta N° 759 que aprueba circular interpretativa sobre mecanismos alternativos de distribución de indemnizaciones, reparaciones, devoluciones y compensaciones por afectaciones a los intereses colectivos y difusos". Disponible en: https://www.sernac.cl/portal/618/articles-59259_archivo_01.pdf
- SERVICIO Nacional del Consumidor, 2021: "Resolución Exenta N° 71 que aprueba circular interpretativa sobre deberes legales y buenas prácticas para las partes litigantes durante la tramitación de procedimientos para la defensa del interés colectivo y difuso de los consumidores". Disponible en: https://www.sernac.cl/portal/618/articles-60272_archivo_01.pdf
- SHEPHERD, Stewart, 1972: "Damage distribution in class action: The Cy Pres remedy". *The University of Chicago Law Review*, Vol. 39, N° 2.
- SHERMAN, Edward, 2004: "Consumer class action: Who are the real winners?", *Main Law Review*, vol. N° 56, N° 2.
- TARUFFO, Michele, 2001: "Some remarks on group litigation in comparative perspective". *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 11.
- VERBIC, Francisco, 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", *RIDB*, Año 1, N° 6.

WALLER, Spencer y POPAL, Olivia, 2016: "The fall and rise of the antitrust class actions", *World Competition Law and Economics Review*, Vol. 39, Issue 1.

YEAZELL, Stephen, 1987: "Group litigation and social context: Toward a history of the class action", *Columbia Law Review*, Vol. 77, Nº 6.

Normativa citada

Chile

LEY Nº 19.496 sobre Protección a los Derechos de los Consumidores, publicada el 7 de marzo de 1997.

LEY Nº 19.955, modifica la Ley Nº 19.496, publicada el 14 de julio de 2004.

LEY Nº 20.543 relativa al procedimiento aplicable para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, publicada el 21 de octubre de 2011.

LEY Nº 21.081, que modifica la Ley Nº 19.496, publicada el 13 de septiembre de 2018.

Estados Unidos

FEDERAL Rules of Civil Procedure, de 16 de septiembre de 1938.

Brasil

LEY Nº 8.078, Código de Protección y Defensa del Consumidor, publicada el 11 de septiembre de 1999.

LEY Nº 7.347 Acción civil pública de responsabilidad por daño al medio ambiente, consumidor, bienes y derechos de valor artístico, estético, histórico, turístico y paisajístico, publicada el 24 de julio de 1985.

Jurisprudencia citada

Chile

CORTE Suprema, sentencia de 24 de abril de 2013, rol 12.355-2011.

CORTE Suprema, sentencia de 29 de marzo de 2021, rol 22.097-2019.

CORTE de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 3 de abril de 2020, rol 436-2021.

10º Juzgado Civil de Santiago, sentencia de 13 de noviembre de 2020, rol C-1.940-2013.

10º Juzgado Civil de Santiago, sentencia de 5 de octubre de 2021, rol C-25.010-2014.

5º Juzgado Civil de Santiago, sentencia de 17 de enero de 2022, rol C-3.029-2021.

5º Juzgado Civil de Santiago, 19 de julio de 2022, rol C-2.195-2022.

TRIBUNAL de Defensa de la Libre Competencia, 5 de diciembre de 2022, rol CIP-2-2019.

TRIBUNAL de Defensa de la Libre Competencia, 18 de enero de 2023, rol CIP-2-2019.