

CONSORCIO DE LAS JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

- Prof. GABRIEL HERNÁNDEZ PAULSEN – Universidad de Chile
Prof. CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO – Pontificia Universidad Católica de Chile
Prof. RAMÓN DOMÍNGUEZ ÁGUILA – Universidad de Concepción
Prof. ÁLVARO VIDAL OLIVARES – Pontificia Universidad Católica de Valparaíso
Prof. JUAN ANDRÉS VARAS BRAUN – Universidad Austral
Prof. GIAN FRANCO ROSSO ELORRIAGA – Universidad de los Andes
Prof. CARLOS PIZARRO WILSON – Universidad Diego Portales
Prof. FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS – Universidad Adolfo Ibáñez
Prof. ALFREDO FERRANTE – Universidad Alberto Hurtado
Prof. ALEXIS MONDACA MIRANDA – Universidad Católica del Norte
Prof. RUPERTO PINOCHET OLAVE – Universidad de Talca

ESTUDIOS DE DERECHO CIVIL XV

XVII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ

FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS
(EDITOR)



THOMSON REUTERS

LA EDICIÓN DE ESTA OBRA ESTUVO A CARGO DE LOS PROFESORES

EDUARDO COURT MURASSO
FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS
SUSANA ESPADA MALLORQUÍN
ARTURO IBÁÑEZ LEÓN
ESTEBAN PEREIRA FREDES
ALBERTO PINO EMHART
ADRIÁN SCHOPF OLEA
VERONIKA WEGNER ASTUDILLO

COMISIÓN ORGANIZADORA
XVII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL

SR. RAMIRO MENDOZA ZÚÑIGA
Decano

SR. FABIÁN ELORRIAGA DE BONIS
Prof. Derecho Civil

SR. EDUARDO COURT MURASSO
Prof. Derecho Civil

SRA. VERONIKA WEGNER ASTUDILLO
Prof. Derecho Civil

SRA. SUSANA ESPADA MALLORQUÍN
Prof. Derecho Civil

SR. ADRIÁN SCHOPF OLEA
Prof. Derecho Civil

SR. ALBERTO PINO EMHART
Prof. Derecho Civil

SR. ARTURO IBÁÑEZ LEÓN
Prof. Derecho Civil

SRTA. FRANCISCA FERNÁNDEZ VILLARROEL
Directora Ejecutiva

EQUIPO COLABORADOR

Constanza Uribe Galaz
Oriana Tordecilla Troncoso
Diego Hurtado Rojas
Andrea Olivares Gallardo
María López Leonelli
Rayén Villar Carvajal
Antonia Messen Busto
Matías Soffia Mendoza
Patricio Espinosa Martínez
Francisca Contardo Pi
Ricardo Núñez Cádiz
Luis Stollsteimer Godoy
Bernardita Kirsten Wegman
Fernanda Cerda Michea

JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL 1989-2020

I Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Termas de Jahuel, 1989, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Actas: Barros Bourie, Enrique (coord.), Familia y personas (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991); Barros Bourie, Enrique (coord.), Contratos (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991).

II Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 1997, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Actas en Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso 19 (1998).

III Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, 2005, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Actas: Varas Braun, Juan Andrés y Turner Saelzer, Susan (coords.), Estudios de Derecho Civil [I] (Santiago, LexisNexis, 2005).

IV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2006, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Actas: Corral Talciani, Hernán y Rodríguez Pinto, María Sara (coords.), Estudios de Derecho Civil II (Santiago, LexisNexis, 2007).

V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2007, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Actas: Guzmán Brito, Alejandro (ed. científico), Estudios de Derecho Civil III (Santiago, LegalPublishing, 2008).

VI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Actas: Pizarro Wilson, Carlos (coord.), Estudios de Derecho Civil IV (Santiago, LegalPublishing, 2009).

VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2009, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción. Actas: Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (coord.), Estudios de Derecho Civil V (Santiago, AbeledoPerrot-LegalPublishing, 2010).

VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2010, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Actas: Figueroa Yáñez, Gonzalo; Barros Bourie, Enrique y Tapia Rodríguez, Mauricio (coords.), Estudios de Derecho Civil VI (Santiago, AbeledoPerrot-LegalPublishing, 2011).

IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Viña del Mar, 2011, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Actas: Elorriaga De Bonis, Fabián, Estudios de Derecho Civil VII (Santiago, AbeledoPerrot/Thomson Reuters, 2012).

X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Cruz, 2012, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Actas: Domínguez Hidalgo, Carmen; González Castillo, Joel; Barrientos Zamorano, Marcelo; Goldenberg Serrano, Juan Luis (coords.), Estudios de Derecho Civil VIII (Santiago, LegalPublishing-Thomson Reuters, 2013).

XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, 2013, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral de Chile. Actas: Varas Braun, Juan Andrés y Turner Saelzer, Susan (coords.), Estudios de Derecho Civil IX (Santiago, Thomson Reuters, 2014).

XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso, 2014, organizadas por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Actas: Vidal Olivares, Álvaro; Severin Fuster, Gonzalo y Mejías Alonzo, Claudia (eds.), Estudios de Derecho Civil X (Santiago, Thomson Reuters, 2015).

XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2015, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Concepción. Actas: Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (ed.), Barría Paredes, Manuel (coord.), Estudios de Derecho Civil XI (Santiago, Thomson Reuters, 2016).

XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Maitencillo, 2016, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Actas: Corral Talciani, Hernán y Manterola Domínguez, Pablo (eds.), Estudios de Derecho Civil XII (Santiago, Thomson Reuters, 2017).

XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Pucón, 2017, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Actas: Bahamon-

des Oyarzún, Claudia; Etcheberry Court, Leonor y Pizarro Wilson, Carlos (coords.), *Estudios de Derecho Civil XIII* (Santiago, Thomson Reuters, 2018).

XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Coquimbo, 2018, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Actas: Gómez de la Torre Vargas, Maricruz; Hernández Paulsen, Gabriel; Lathrop Gómez, Fabiola y Tapia Rodríguez, Mauricio (eds.), *Estudios de Derecho Civil XIV* (Santiago, Thomson Reuters, 2019).

XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Viña del Mar, 2019, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez. Actas. Fabián Elorriaga De Bonis (coordinador), *Estudios de Derecho Civil XV* (Santiago, Thomson Reuters, 2020).

ÍNDICE

| | Página |
|--|--------|
| PRESENTACIÓN | XIII |
| CONFERENCIA INAUGURAL | |
| SAVIGNY REVISITADO..... <i>Antonio Bascuñán Rodríguez</i> | 3 |
| PRIMERA PARTE TEORÍA GENERAL Y PERSONAS | |
| ALGUNOS PROBLEMAS ACTUALES SOBRE EL DEBER DE INFORMAR Y EL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE CON DISCAPACIDAD..... <i>Yerko Cubillos Román</i> | 31 |
| LAS FICCIONES EN EL DERECHO MODERNO | 51 |
| <i>Alejandro Guzmán Brito</i> | |
| LA NATURALEZA JURÍDICA DEL APORTE FUNDACIONAL..... <i>Eduardo Irribarra Sobarzo y Francisca Leitao Álvarez-Salamanca</i> | 55 |
| AUTONOMÍA, DIGNIDAD Y DECISIONES POR TERCEROS EN EL ÁMBITO MÉDICO | 63 |
| <i>María Agnes Salah Abusleme</i> | |

SEGUNDA PARTE
FAMILIAS

| | |
|--|-----|
| <p>CÓMO REGULAR LA MATERNIDAD SUBROGADA POR RAZONES ALTRUISTAS <i>Laura Alborno Pollmann</i></p> | 83 |
| <p>¿DISPONE VERDADERAMENTE EL ACUERDO DE UNIÓN CIVIL DE UN RÉGIMEN DE BIENES? LA PROBLEMÁTICA INTEGRACIÓN DE LAS REGLAS DE LA COMUNIDAD..... <i>Pablo Cornejo Aguilera</i></p> | 99 |
| <p>LA SEXUALIZACIÓN DEL MENOR A TRAVÉS DE LA PUBLICIDAD Y LA REACCIÓN DEL DERECHO DE CONSUMO <i>Erika Isler Soto</i></p> | 119 |
| <p>RELACIONES DE CUIDADO Y REPRESENTACIÓN LEGAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES..... <i>Fabiola Lathrop Gómez</i></p> | 133 |
| <p>RELACIONES ENTRE EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE Y EL INTERÉS DE LA MADRE Y EL INTERÉS DEL PADRE EN LOS SUPUESTOS DE AUTORIZACIONES JUDICIALES PARA SALIDAS PROLONGADAS O DEFINITIVAS AL EXTRANJERO, EN LOS CASOS EN QUE LA MADRE ES TITULAR DEL CUIDADO PERSONAL... <i>Alexis Mondaca Miranda</i></p> | 143 |
| <p>ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL ADULTERIO Y LOS ALIMENTOS LEGALES..... <i>Mario Opazo González</i></p> | 161 |
| <p>EL ENTORNO FAMILIAR DEL HIJO Y LA RELACIÓN CON SUS PARIENTES CERCANOS, SEGÚN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LA CORTE SUPREMA..... <i>Susan Turner Saelzer</i></p> | 175 |
| <p>ACERCA DE LA (IN)VALIDEZ DE LA INDETERMINACIÓN TEMPORAL DE LOS ACUERDOS SOBRE AUTORIZACIONES (EXPRESAS) PARA LA SALIDA DEL PAÍS DE MENORES DE EDAD..... <i>Veronika Wegner Astudillo</i></p> | 187 |

TERCERA PARTE

BIENES

| | |
|---|-----|
| LAS “ACCIONES DE DOMINIO” DEL ARTÍCULO 900 DEL CÓDIGO CIVIL..... | 209 |
| <i>Jaime Alcalde Silva</i> | |
| LA RENUNCIA AL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE BIENES INMUEBLES EN EL ORDENAMIENTO CHILENO | 237 |
| <i>Claudia Bahamondes Oyarzún</i> | |
| NATURALEZA Y EXTENSIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN DEBIDA POR LA CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRES LEGALES | 255 |
| <i>Carlos Céspedes Muñoz</i> | |
| HIPOTECA SOBRE BIEN PROPIO DEL ACREEDOR. EL PAGO CON SUBROGACIÓN DEL ART. 1610 N° 2 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL PRINCIPIO <i>NEMINI RES SUA PIGNORI ESSE POTEST</i> | 269 |
| <i>Hernán Corral Talciani</i> | |
| ¿NO PASARÁN? PROCEDENCIA DE LA DENUNCIA DE OBRA NUEVA PARA PROTEGER UNA SERVIDUMBRE DE TRÁNSITO | 285 |
| <i>Arturo Ibáñez León</i> | |
| EL DECRETO LEY N° 2.695 Y LA SITUACIÓN DEL COMUNERO..... | 305 |
| <i>Gonzalo Montory Barriga</i> | |
| LA ANOTACIÓN DEL TÍTULO EN EL REPERTORIO DEL CONSERVADOR DE BIENES RAÍCES: DESDE EL ORDEN CRONOLÓGICO A LA PREEMINENCIA O EFICACIA DE LA ANOTACIÓN | 315 |
| <i>Yasna Otárola Espinoza</i> | |
| ¿POR QUÉ REPENSAR LA TEORÍA DE LA POSESIÓN INSCRITA? EL CASO DE LAS INSCRIPCIONES PARALELAS..... | 327 |
| <i>Esteban Pereira Fredes</i> | |
| USUFRUCTO SOBRE COSA AJENA PARA FINES DE GARANTÍA | 347 |
| <i>Gian Franco Rosso Elorriaga</i> | |

CUARTA PARTE
SUCESIONES

| | |
|--|-----|
| DOS CUESTIONES SOBRE LA NULIDAD DEL TESTAMENTO..... | 375 |
| <i>Manuel Barria Paredes</i> | |
| EL CUIDADO DE LAS PERSONAS DE EDAD AVANZADA: DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS Y SUCESIÓN INTESTADA | 387 |
| <i>Susana Espada Mallorquín</i> | |
| LIBERTAD DE TESTAR Y LA SIMULACIÓN EN LAS LEGÍTIMAS | 399 |
| <i>Maricruz Gómez de la Torre Vargas</i> | |
| ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY N° 16.271, EN RELACIÓN CON LA ADQUISICIÓN Y DISPOSICIÓN DE DINERO, EN CIERTOS CASOS ESPECÍFICOS, POR SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE | 417 |
| <i>Cristián Larratn Pérez</i> | |

QUINTA PARTE
OBLIGACIONES

| | |
|---|-----|
| EL ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO EN LAS PRESTACIONES MUTUAS | 429 |
| <i>Rodrigo Barria Díaz</i> | |
| LAS OBLIGACIONES CONCURRENTES. HACIA UN AMPLIO RECONOCIMIENTO EN EL DERECHO CHILENO | 449 |
| <i>Daniel Bravo Silva</i> | |
| DESATANDO NUDOS: PERFECCIONAMIENTO Y OPONIBILIDAD DE LA CESIÓN DE CRÉDITOS | 467 |
| <i>Carlos Correa Robles</i> | |
| REQUISITOS DE INCLUSIÓN DE LAS CONDICIONES GENERALES EN LOS CONTRATOS DE CONSUMO. ESPECIAL REFERENCIA A LOS PRODUCTOS Y SERVICIOS FINANCIEROS | 485 |
| <i>Gabriel Hernández Paulsen</i> | |
| LA PROPAGACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA SOLIDARIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL..... | 503 |
| <i>Pamela Mendoza Alonzo</i> | |

DEBERÍAS HABER PREGUNTADO PRIMERO: LAS LICENCIAS HIPO-
TÉTICAS EN EL DERECHO CHILENO 515
Alberto Pino Embart

LA INCORPORACIÓN EN EL DERECHO CIVIL CHILENO DE LA
TEORÍA DE LAS OBLIGACIONES CONCURRENTES: ALGUNAS
DISTINCIONES NECESARIAS 531
Ruperto Pinochet Olave

PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA Y LIBERTAD CONTRACTUAL, UNA
PAREJA DISPAREJA 545
Carlos Pizarro Wilson

SEXTA PARTE
CONTRATOS

LA COLABORACIÓN DE LAS PARTES EN LOS CONTRATOS DE LARGA
DURACIÓN 561
María Graciela Brantt Zumarán

UTILIDAD DE LAS RECONVENCIONES ESTABLECIDAS EN EL AR-
TÍCULO 1977 DEL CÓDIGO CIVIL PARA LA TERMINACIÓN DEL
ARRENDAMIENTO DE BIENES INMUEBLES URBANOS Y RÚSTICOS
POR NO PAGO DE RENTAS 579
Juan Ignacio Contardo González

LA ENTREGA DE MERCADERÍAS EN LOS PUERTOS: ¿UN CONTRATO
DE DEPÓSITO NECESARIO ENTRE SU VENDEDOR Y EL OPERADOR
PORTUARIO? 593
Fabián Elorriaga De Bonis

EL DOLO RECÍPROCO EN EL DERECHO CHILENO 605
Manuel Grasso

EL CONTROL DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN CONTRATOS
ENTRE PROFESIONALES EN EL DERECHO CHILENO 623
Rodrigo Momberg Uribe

| | Página |
|---|--------|
| CONFIGURANDO LA FUERZA MORAL POR CIRCUNSTANCIAS EXTERNAS: UN DEBATE ABIERTO EN TORNO AL CONCEPTO DE ESTADO DE NECESIDAD EN EL DERECHO CHILENO | 635 |
| <i>Pamela Prado López</i> | |
| EL PRECIO Y LAS MODALIDADES DE LA CONTRATACIÓN EN LA CONSTRUCCIÓN..... | 653 |
| <i>María Sara Rodríguez Pinto</i> | |
| UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICO DOGMÁTICA AL ARTÍCULO 1563, INCISO PRIMERO. LA NATURALEZA DEL CONTRATO COMO ELEMENTO DE INTERPRETACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL CHILENO..... | 665 |
| <i>Francisco Rubio Varas</i> | |
| LAS CLÁUSULAS DE INDEMNIDAD EN EL DERECHO DE CONTRATOS | 685 |
| <i>Adrián Schopf Olea</i> | |
| CLÁUSULAS DE TERMINACIÓN <i>AD NUTUM</i> , SERVICIOS DE LARGA DURACIÓN Y BUENA FE OBJETIVA..... | 709 |
| <i>Gonzalo Severin Fuster</i> | |
| EL RIESGO DE LA COSECHA FUTURA Y DE LA PRODUCCIÓN EN EL CONTRATO AGRÍCOLA. DESDE LA EXISTENCIA DEL PRODUCTO AGRÍCOLA A LA FALTA DE ENTREGA POR PARTE DEL PRODUCTOR..... | 731 |
| <i>Álvaro Vidal Olivares</i> | |

SÉPTIMA PARTE

PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

| | |
|--|-----|
| FUNDAMENTOS DE DERECHO PRIVADO DE LAS NORMAS SUSTANTIVAS DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES | 753 |
| <i>Enrique Barros Bourie</i> | |
| LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EN LAS ACCIONES COLECTIVAS MASIVAS: ¿UNA PROMESA INCUMPLIDA?..... | 783 |
| <i>Íñigo de la Maza Gazmuri</i> | |

| | |
|---|-----|
| PUBLICIDAD LEGIBLE, COMPRENSIBLE Y SIN LETRA CHICA. JUSTIFICACIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y LA INTEGRACIÓN PUBLICITARIA..... | 799 |
| <i>Felipe Ignacio Fernández Ortega</i> | |
| EL CRÉDITO DE CONSUMO OFRECIDO AL CONSUMIDOR VULNERABLE: EL DEBER DE ADECUACIÓN COMO PARTE DE UN MODELO DE CORRESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR | 817 |
| <i>Juan Luis Goldenberg Serrano</i> | |
| LA TUTELA DE LA PUBLICIDAD ENGAÑOSA: UN INTENTO DE SISTEMATIZACIÓN DESDE EL DERECHO CIVIL CHILENO | 839 |
| <i>Patricia Verónica López Díaz</i> | |

OCTAVA PARTE
RESPONSABILIDAD CIVIL

| | |
|---|-----|
| LÍMITES DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. CONTORNOS A LA LUZ DE SUS REQUISITOS | 869 |
| <i>Cristian Aedo Barrena</i> | |
| EN TORNO A LA REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DEL CONSUMO: DISTINCIÓN ENTRE PROBLEMAS COMUNES Y ESPECIALES | 885 |
| <i>Carmen Domínguez Hidalgo</i> | |
| LOS DAÑOS FUTUROS EN EL DERECHO CHILENO: DE LAS CONDENAS PECUNIARIAS A LAS PRESTACIONES ASISTENCIALES | 901 |
| <i>Hugo Cárdenas Villarreal</i> | |
| ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CHILE..... | 913 |
| <i>Eduardo Court Murasso</i> | |
| PROVECHO DEL DOLO AJENO Y DOLO DE TERCERO: DOS VISIONES DIFERENTES DE LA INDEMNIZACIÓN | 929 |
| <i>Alfredo Ferrante</i> | |

| | Página |
|--|--------|
| ACTIVIDADES PELIGROSAS Y TECNOLOGÍA: DELIMITANDO CATEGORÍAS Y REPENSANDO REACCIONES DESDE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL | 957 |
| <i>María Paz Gatica Rodríguez</i> | |
| RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN, UN RÉGIMEN ESPECIAL | 975 |
| <i>Marco Antonio Rosas Zambrano</i> | |
| ALGUNOS PROBLEMAS DE CAUSALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL 27F | 995 |
| <i>Lilian San Martín Neira</i> | |
| DAÑO MORAL COLECTIVO | 1015 |
| <i>Mauricio Tapia Rodríguez</i> | |
| RESPONSABILIDAD CIVIL POR FRAUDE BANCARIO | 1041 |
| <i>Feliciano Tomarelli Rubio</i> | |
| CÓMO ACCEDER A ESTE LIBRO DIGITAL A TRAVÉS DE THOMSON REUTERS PROVIEW | 1071 |

LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EN LAS ACCIONES COLECTIVAS MASIVAS: ¿UNA PROMESA INCUMPLIDA?

ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI*

INTRODUCCIÓN

Aunque la Ley N° 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, (LPC) no formule distinciones, existen diferencias entre acciones colectivas que corresponden a grupos reducidos de personas, y otras de carácter masivo de las que pueden disponer millones. Estas últimas, son las que parecen haber alimentado la mitología que, en general, rodea a las acciones colectivas y, desde luego, las que plantean los problemas más desafiantes en términos jurídicos.

Aunque ya hubiera tenido lugar el caso Cencosud,¹ muy probablemente la problemática que pueden suscitar este tipo de acciones se desplegó con toda su exuberancia a propósito de casos de colusión como el de los pollos y el del papel tisú.

Se trata de casos que, en términos indemnizatorios, únicamente pueden ser litigados a través de acciones colectivas y la promesa de estas acciones es que pequeñas quejas individuales (la de cada consumidor involucrado) pueden producir grandes resultados sociales. Probablemente eso sea correcto, sin embargo, desde la mirada del derecho civil, esos resultados arriesgan, digámoslo así, pasar por el lado de los consumidores en términos indemnizatorios.

* Profesor Titular de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales. Máster en Derecho por la Universidad de Stanford (EE.UU.). Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid (España). Dirección postal: República N° 112, Santiago. Correo electrónico: inigo.delamaza@udp.cl.

¹ Ver Corte Suprema, rol N° 12355-2011.

Para comprender esta idea resulta necesario advertir, de una parte, que los perjuicios se deben liquidar y la sentencia ejecutar y, por otra, que la función de la indemnización es reparatoria y los daños deben probarse.

En la práctica, salvo que se trate de un acuerdo entre las partes, como sucedió en el caso del papel tisú entre Sernac y CMPC, lo que debería suceder, tendencialmente, es que porcentajes muy significativos del monto que se obliga a indemnizar terminen en el fondo del artículo 11 *bis*.

Probablemente, haya que resignarse a que, en términos indemnizatorios, las acciones colectivas masivas sean algo así como una promesa incumplida en términos indemnizatorios.² Lo anterior no obsta a que puedan cumplir otras funciones socialmente valiosas, pero para que así sea, parece necesario, por así decirlo, ampliar el vocabulario de la LPC.

La estructura de este trabajo es la siguiente. En primer lugar, se ilustran las acciones colectivas masivas a través de un caso relativamente reciente y suficientemente conocido: la colusión de los pollos.

A continuación, se presenta el tipo de acción que interesa: aquella que reúne pequeñas quejas de cada consumidor considerado individualmente.

En tercer lugar, me ocupo de mostrar un ángulo de la legitimidad activa tratándose de acciones colectivas que, aparentemente, fue modificado por la Ley N° 21.081.

En cuarto lugar, se da una breve mirada a la liquidación del daño y la ejecución de la sentencia condenatoria en la LPC.

Enseguida, se vuelve a visitar el caso de la colusión de los pollos, mostrando las limitaciones que enfrenta una pretensión indemnizatoria bajo el actual diseño de la LPC.

En sexto lugar, se presta atención a la solicitud de Conadecus de que la sentencia se ejecute a través de disminuciones del precio de la carne de pollo.

En séptimo lugar se considera el destino de los fondos que no sean reclamados por los consumidores. Finalmente, en octavo lugar, se muestra que para acceder a una pretensión como la de Conadecus sería necesario cambiar el “vocabulario” de la LPC.

² Límite el alcance de este trabajo a los daños patrimoniales; los morales tienen sus propios problemas que, en estas jornadas, trató el profesor Mauricio Tapia.

I. LA COLUSIÓN DE LOS POLLOS

El 29 de octubre de 2015, la Corte Suprema confirmó la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal de la Libre Competencia (TLC) de 25 de septiembre de 2014, acogiendo el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica en contra de una serie de empresas productoras de pollos, condenándolas por coludirse para limitar la producción de carne de pollo y asignarse cuotas de fabricación y comercialización del producto, todo esto en el mercado nacional.

Durante el año 2015, el Servicio Nacional del Consumidor y la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile, Asociación de Consumidores (Conadecus) incoaron una demanda a través de un procedimiento de acciones de interés colectivo o difuso. Ambas acciones limitaron sus petitorios a la eventual responsabilidad civil en que habrían incurrido los productores de pollos.

De esta manera, en las primeras páginas de la demanda de Sernac se lee: “[...] se solicita que los consumidores afectados sean debidamente resarcidos por los perjuicios que dichos actos colusorios les provocaron.

Como es fácil comprender, las empresas demandadas dañaron gravemente a los consumidores, quienes no solo debieron pagar el ilegítimo sobreprecio, o bien, no pudieron pagar los precios artificialmente aumentados y, en consecuencia, debieron privarse del consumo de los productos comercializados”.

Como se advierte, las partidas indemnizatorias que, en opinión del Sernac configuraban el daño indemnizable eran dos: (i) el sobreprecio pagado por las personas que compraron productos derivados de la carne de pollo; y (ii) la privación del consumo por el sobreprecio.

Con respecto a la evaluación de los perjuicios, respecto de la primera partida, se señala que equivaldría a la multiplicación del número de compras realizadas de carne de pollo por la diferencia entre el precio de colusión y el que habría existido sin ella. Por lo que toca a la segunda partida, se indica que en el derecho comparado se ha recurrido a estudios econométricos que permitirían determinar con precisión la suma que se debe pagar por indemnización.

Tratándose de la demanda de Conadecus, se señaló que el monto de los daños correspondería a la diferencia entre el precio colusorio y el precio que habría existido sin colusión, estableciéndose la suma de \$ 830.003.000.000.- (ochocientos treinta mil tres millones de pesos chilenos), añadiendo que, al ser prácticamente imposible ubicar a los consumidores afectados, resulta recomendable considerar una metodología alternativa.

Sobre este último punto, se indica como una medida posible un cierto descuento en el precio final de la carne de pollo a los consumidores.

Como se ve, en ambas demandas se procura una indemnización de perjuicios y se estima que la función de dicha indemnización es reparatoria. Asimismo, en ambas se considera que un criterio para determinar el *quantum* de la indemnización es la diferencia que habría existido entre el precio colusorio y el precio de mercado sin colusión. Finalmente, debe destacarse que, en la demanda de Conadecus, se advierte que es prácticamente imposible ubicar a los consumidores.

II. PEQUEÑOS RECLAMOS Y GRANDES LOGROS

El caso de los pollos muestra con singular elocuencia la importancia que pueden llegar a tener las acciones colectivas como un dispositivo de tutela de los consumidores.³ Se trata de un caso en que típicamente se presenta aquello que Ulen ha denominado “*classes with negative expected-value litigants*”,⁴ es decir, casos en que el valor esperado de la pretensión de cada uno de los demandantes, considerado individualmente, resulta inferior a los costos de litigar su pretensión.

Por otra parte, habrá que añadir que cualquier estimación, por conservadora que sea, de los costos de transacción que involucraría una *litis consortio* que superara el problema del valor esperado negativo, resulta suficientemente relevante como para considerar que el mecanismo es absolutamente insuficiente.

Las limitaciones que enfrentan las acciones de interés individual determinan que, en ausencia de acciones colectivas, al menos en términos estratégicos, la consideración *ex ante* del daño a indemnizar sea irrelevante para el proveedor permitiendo que la responsabilidad civil cumpla una función de *deterrence* que, en ocasiones, se le reconoce.⁵ La existencia de un sistema de acciones colectivas correctamente diseñado puede determinar que el cálculo

³ Desde luego, no solo de los consumidores, como muestra la experiencia comparada, las acciones colectivas pueden ser utilizadas para la defensa de otros intereses, así, por ejemplo, el de los trabajadores, el de las personas afectadas por accidentes masivos, cuestiones relacionadas con mercados de capitales, fraudes, impuestos, etcétera (ver, por ejemplo, HENSLER *et al.* (2000), p. 59). Muy probablemente, entonces, el lugar de las acciones colectivas no sea la LPC, sino el Código de Procedimiento Civil.

⁴ ULEN (2011), pp. 185-203.

⁵ Por supuesto puede haber otros factores diversos a la indemnización de perjuicios como las multas o los efectos reputacionales que hagan la tarea del desincentivo.

de los daños sea extremadamente importante⁶ y, por lo mismo sea un factor a tener en cuenta por las empresas que consideren la posibilidad de incurrir en conductas ilícitas.

Siendo las cosas de esta manera, hay buenas razones para alegrarse por la existencia de las acciones colectivas,⁷ al menos en aquellos casos en que se emplean para acumular pequeños reclamos. Pues, según lo dispone la LPC, en casos como esos pueden emplearse con fines sancionatorios (multas), de cesación de la conducta infraccional, obtener la prestación debida y la indemnización de los daños y perjuicios. A estas funciones que alude el inciso 1º del artículo 50 de la LPC, ha de agregarse una restitutoria respecto de aquello pagado en exceso, según lo dispone el artículo 53 C letra d) de la LPC.⁸

Mi interés en este trabajo se encuentra en uno de estos grandes logros que permiten las acciones colectivas: la reparación del daño causado. Lo que me interesa, por así decirlo, es el “tamaño” de este logro y mi sugerencia será que es menor de lo que pudiera aparecer a simple vista; creo que el caso de los pollos permite mostrarlo con suficiente claridad.

Es cierto, las acciones colectivas que introdujo la Ley N° 19.995⁹ a la LPC permiten superar o, al menos amortiguar hasta volverlo completamente soportable, el problema de los costos de transacción para que todos los afectados estén representados en el juicio, sin embargo, dejó pendiente dos cuestiones. Una relativa a la exigencia de un contrato que vincule a los consumidores con el proveedor que, aparentemente, fue considerada por la Ley N° 21.081 y otra,

⁶ Sobre esto habrá que recordar que en el caso de la colusión del papel tisú CMPC terminó pagando US\$ 150.000.000.- y en Cencosud la empresa pagó alrededor de US\$ 50.000.000.-. Con esto no quiero decir que el diseño de las acciones colectivas en Chile sea adecuado, sino otra cosa y es que, si dichas acciones no hubieran existido, ninguno de los juicios hubiera sido concebible. Cencosud favoreció a más 680.000 personas; por su parte, el avenimiento que se alcanzó en el caso de la colusión del papel tomó en cuenta a los residentes en Chile mayores de 18 años.

⁷ En las célebres palabras de KALVEN y ROSENFELD (1941), p. 686: “Modern society seems increasingly to expose men to such group injuries for which individually they are in a poor position to seek legal redress, either because they do not know enough or because such redress is disproportionately expensive. If each is left to assert his rights alone if and when he can, there will at best be a random and fragmentary enforcement, if there is any at all. This result is not only unfortunate in the particular case, but it will operate seriously to impair the deterrent effect of the sanctions which underlie much contemporary law. The problem of fashioning an effective and inclusive group remedy is thus a major one”.

⁸ Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1123020>.

⁹ Disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=227543>.

quizás de apariencia más sutil, pero cuyos efectos son igualmente relevantes: la liquidación y ejecución de la sentencia condenatoria.

III. INDEMNIZACIONES ANTES Y DESPUÉS DE LA LEY N° 21.081

Antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.081, los tres incisos finales del artículo 50 disponían lo siguiente:

“Son de interés colectivo las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual.

Son de interés difuso las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos.

Para los efectos de determinar las indemnizaciones o reparaciones que procedan, de conformidad a las normas señaladas en el párrafo 2° de este Título, será necesario acreditar el daño y el vínculo contractual que liga al infractor y a los consumidores afectados”.

En virtud de este texto y otras razones que argumenté en otras Jornadas,¹⁰ mi sugerencia es que (1) acciones colectivas son aquellas de las que disponen los consumidores que se hayan ligados contractualmente con un proveedor y (2) que únicamente las acciones colectivas permiten solicitar la indemnización de perjuicios.

Aún creo que esto es correcto, lo que no tengo tan claro es qué tan relevante sea a partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.081. La razón es que dicha ley modificó el artículo 50, quedando su inciso final de la siguiente manera:

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

Si esto significa que se puede demandar indemnización de perjuicios aun cuando no exista relación contractual entre los consumidores y el proveedor a quien se le reprocha la infracción de la LPC, se trata de un cambio que podría ser extremadamente importante.¹¹

Para entender su importancia, basta considerar el caso de los pollos. Si se estima que únicamente las acciones colectivas permiten solicitar la indemnización, entonces, únicamente aquellos consumidores que adquirieron el

¹⁰ DE LA MAZA (2019), pp. 869-885.

¹¹ La razón por la cual “podría” ser extremadamente importante quedará, según espero, clara en la siguiente nota.

producto a través de un contrato con los productores de pollo demandados, podrían solicitar la indemnización de perjuicios a través de la acción de interés colectivo. Si, en cambio, se estima que ese requisito –el de acreditar la relación contractual– ya no es necesario, entonces, al menos, ese argumento ha dejado de obstaculizar que se solicite indemnización a través de acciones de interés difuso.¹²

Por supuesto esto es discutible, pero no me interesa extenderme sobre ello aquí, ya que mi tesis es que, aun cuando sea así, siguen existiendo problemas, quizás más sutiles, pero igualmente relevantes que obstaculizan la indemnización de daños y perjuicios en casos como el de la colusión de los pollos, a los que podrían sumarse la del papel tisú y la de las farmacias.

IV. LA LIQUIDACIÓN INDIVIDUAL DE LOS DAÑOS Y LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

Es posible imaginar que los productores de pollo –o cualquier otro proveedor en condiciones semejantes– sea declarado civilmente responsable, sin embargo, entre esa declaración y la posibilidad de ejecutar la sentencia, debe encontrarse la liquidación de los daños, es decir, la determinación del monto de la indemnización a cuyo pago obliga la sentencia condenatoria.

Tratándose de la LPC dicha liquidación tiene lugar en la sentencia colectiva. En efecto, en el artículo 53 C letra c), en lo que aquí importa, dispone lo siguiente:

“En la sentencia que acoja la demanda, el juez, además de lo dispuesto en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, deberá:

[...]

c) Declarar la procedencia de las correspondientes indemnizaciones o reparaciones y el monto de la indemnización o la reparación a favor del grupo o de cada uno de los subgrupos, cuando corresponda”.

Por otra parte, el artículo 51.2 dispone en su inciso 2º que:

“Sin perjuicio de los requisitos generales de la demanda, en lo que respecta a las peticiones relativas a perjuicios, bastará señalar el daño sufrido y solicitar la in-

¹² Otra razón, sin embargo, podría obstaculizar que se solicite la indemnización en el supuesto de intereses difusos, es decir en el supuesto de que no exista una relación contractual. La historia es más extensa y la he contado en otra parte; en resumen, el argumento sería que, en virtud de las definiciones de proveedor y consumidor, únicamente es proveedor quien celebra negocios jurídicos con los consumidores.

demnización que el juez determine, conforme al mérito del proceso, la que deberá ser la misma para todos los consumidores que se encuentren en igual situación. Con este fin, el juez procederá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 53 A. No habrá lugar a la reserva prevista en el inciso segundo del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil”.

A su turno, el inciso segundo del artículo 54 de la LPC:

“La sentencia será dada a conocer para que todos aquellos que hayan sido perjudicados por los mismos hechos puedan reclamar el cobro de las indemnizaciones o el cumplimiento de las reparaciones que correspondan”.

Finalmente, la ejecución de la sentencia tendrá lugar ante el mismo tribunal que la dictó y, según dispone el artículo 54 D:

“La presentación que efectúe el interesado en el juicio, ejerciendo sus derechos conforme al inciso primero del artículo anterior, se limitará únicamente a hacer presente y acreditar su condición de miembro del grupo”.

Como se ve, entonces, en primer lugar, en la sentencia colectiva “debe” fijarse el monto de la indemnización, no basta con declarar su procedencia. En segundo lugar, ese monto debe ser el mismo para todos los consumidores que se encuentren en igual situación. En tercer lugar, dicha suma ha de cobrarse en un nuevo juicio, que se limita a que el consumidor haga presente y acredite su calidad de miembro del grupo (impidiendo que discuta el monto de los daños).

Nótese, además, que el demandante no puede solicitar que la discusión acerca del monto de los perjuicios tenga lugar en otro procedimiento, pues, como acaba de quedar dicho más arriba, no es posible la reserva prevista por el inciso 2º del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil.

De esta manera, el tribunal debe liquidar los perjuicios en la sentencia colectiva y el consumidor solicitar su indemnización ante el mismo tribunal, en una presentación en que se limitará a hacer presente y acreditar su condición de miembro del grupo.

Junto a esta liquidación en el juicio colectivo, puede existir otra en un proceso individual. Así, el inciso 2º del artículo 54 C dispone que, con posterioridad a la dictación de la sentencia condenatoria en el proceso colectivo (dentro de los noventa días siguientes a su notificación):

“[...] los interesados podrán hacer reserva de sus derechos para perseguir la responsabilidad civil, tanto por daño patrimonial como moral, derivada de la infracción en un juicio distinto, sin que sea posible discutir la existencia de la infracción ya declarada. Esta presentación se tramitará de acuerdo al procedimiento establecido en el párrafo 2º del presente Título IV. En este juicio, la sentencia dictada conforme al artículo 53 C producirá plena prueba respecto de la existencia de la infracción y

del derecho del demandante a la indemnización de perjuicios, limitándose el nuevo juicio a la determinación del monto de éstos”.

En este escenario, entonces, resulta posible servirse de un nuevo juicio, cuyo alcance se limita a una liquidación individual de los daños.

V. REVISITANDO EL CASO DE LA COLUSIÓN DE LOS POLLOS

La primera pregunta ha de ser acerca de la liquidación del daño. Y sobre ella habrá que comenzar advirtiendo que, muy probablemente el perjuicio que resulte liquidable en la sentencia colectiva se limite a la diferencia del precio colusorio y de mercado.¹³ La razón, descontados los daños morales, es que, como ya se ha visto que en un juicio colectivo el daño cuya indemnización se puede solicitar ha de ser el mismo para todos los consumidores que se encuentran en la misma situación.

Pues bien, en un juicio con millones de consumidores, la necesidad de probar el daño y las limitaciones que, inevitablemente, padece cualquier tribunal para administrar la prueba determina que, en general, otros perjuicios deban acreditarse en juicios individuales.

Suponiendo que Conadecus tuviera razón, dicho daño ascendería a \$ 830.003.000.000.- (ochocientos treinta mil tres millones de pesos chilenos), pero esa es una liquidación colectiva, es decir, del daño total. Ahora resta que cada consumidor concurra a la ejecución de la sentencia solicitando que se le pague la indemnización que le corresponde. Y sobre esto habrá que advertir que la sentencia colectiva, junto con fijar el monto del daño total, debe establecer el valor o fórmula de cálculo de la indemnización individual.

¿Cómo sería dicha fórmula? La respuesta es que tendría que establecer una fórmula de cálculo en virtud de la cual se indemnizará a cada consumidor el daño que efectivamente padeció y que, descontadas cuestiones relativas a la prescripción extintiva, debería considerar la cantidad de carne de pollo que cada consumidor adquirió.

Señalado lo anterior, conviene tener presente una cuestión perfectamente evidente, no todos los consumidores adquirieron la misma cantidad de po-

¹³ Aquí convienen dos comentarios. El primero es que, si bien Sernac también demanda el daño correspondiente a la privación del consumo por el sobreprecio, lo cierto es que ese sería un daño por no consumir y, entonces, la pregunta sería ¿cuál acto de consumo causaría dicho daño? El segundo comentario es que, tratándose de una colusión de cuotas de mercado, habría que probar que la colusión de cuotas determinó un aumento del precio.

llo y siendo así, la sentencia colectiva no puede –al menos si pretende que la indemnización sea reparatoria– establecer la misma suma para todos los afectados. Esta sencilla constatación evidencia un problema del artículo 54 D. Como se recordará, su texto es el siguiente:

“La presentación que efectúe el interesado en el juicio, ejerciendo sus derechos conforme al inciso primero del artículo anterior, se limitará únicamente a hacer presente y acreditar su condición de miembro del grupo”.

Pues bien, si la condición de miembro del grupo queda determinada por el hecho de haber adquirido carne de pollo a precios colusorios, entonces, en su presentación, el consumidor debería limitarse a probar que adquirió carne de pollo a precios colusorios y, desde luego, esto puede ser un problema.¹⁴

No obstante, el principal problema es que deberá acreditar la cantidad que adquirió a precio colusorio, aun cuando la norma del artículo 54 D parece demasiado estrecha como para tolerar esa prueba. Pero, aun cuando se la interprete extensivamente para permitir la, lo cierto es que, en la mayoría de los casos, aquello va a ser imposible o, al menos, extraordinariamente difícil de acreditar.

Bajo esas condiciones, las acciones colectivas dejan a los consumidores precisamente en el lugar del cual querían sacarlos, es decir, en un escenario en el que el valor esperado de la pretensión de cada uno de los demandantes considerado individualmente, resulta inferior a los costos de litigar su pretensión.

De esta manera, si bien existe una sentencia condenatoria, en la práctica, o no se va a poder ejecutar, o bien, se va a ejecutar de manera extremadamente insuficiente, en términos de que va a quedar una suma enorme sin cobrar.¹⁵

VI. LA SOLICITUD DE CONADECUS

Como se recordará, quizás imaginando los obstáculos que acaban de hacerse presentes en la ejecución de la sentencia, Conadecus solicita al tribunal que disponga de una medida alternativa para la ejecución de la sentencia, e indica como una medida posible un cierto descuento en el precio final de la carne de pollo a los consumidores.

¹⁴ ¿Cómo lo acreditará, con las boletas, con comprobantes de la tarjeta de crédito?

¹⁵ Aunque, por razones diversas a la prueba, y tratándose de acuerdos, no sentencias, el resultado es relativamente frecuente en Estados Unidos. Sobre el tema puede consultarse LAVIE (2011), pp. 1066-1068.

Se trata de una forma de ejecución de sentencias que ha sido empleada en el ámbito estadounidense, aunque, hasta donde llegan mis noticias, a través de acuerdos de las partes y no de sentencias judiciales.¹⁶

Como resulta bien sabido, la LPC contempla un procedimiento voluntario para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, de manera que una pregunta –aunque no la relevante para los efectos de la solicitud de Conadecus– sería si es posible un acuerdo como este, el cual debiese aprobar el juez, pudiendo rechazarlo si no cumple con ciertos aspectos mínimos que establece el artículo 54 P de la LPC, dos de ellos son los siguientes:

“2. El cálculo de las devoluciones, compensaciones o indemnizaciones respectivas por cada uno de los consumidores afectados, cuando proceda.

3. Una solución que sea proporcional al daño causado, que alcance a todos los consumidores afectados y que esté basada en elementos objetivos”.

Como ambos aspectos refieren a todos los consumidores afectados, parece, al menos, improbable, que la reducción del precio cumpla con ellos. Con todo, aun si se flexibiliza la interpretación de la norma¹⁷ y se superan las críticas que ha recibido este mecanismo, la pregunta frente a la solicitud de Conadecus es respecto de las sentencias judiciales, no de los acuerdos a que puedan llegar las partes.

La respuesta, en mi opinión, es que no resulta posible hacerlo a través de una sentencia. Para comprender por qué, habrá que advertir que el artículo 53 C letra c) exige que, si procediere, se declare la procedencia de las correspondientes “indemnizaciones” o “reparaciones”, conceptos que, como sugiere el profesor Juan Ignacio Contardo, no se tratarían de lo mismo.¹⁸ En efecto, indica que en los artículos 20 y 21 la reparación equivale a refacción del objeto defectuoso, y añade que la expresión “reparación” podría emplearse para otros remedios como la publicidad correctiva, el cambio de mercancía peligrosa, etcétera.¹⁹

Siendo así, entonces, este no es un caso de reparación, sino de indemnización; es decir uno en el cual la suma de dinero –ya sea que se entregue directamente o a través de descuentos en el precio como lo solicita Conade-

¹⁶ Ver, por ejemplo, DEJARLAIS (1987), pp. 753-755.

¹⁷ En la medida en que la gran mayoría de las personas come pollo, la gran mayoría de las personas que fue afectada por los precios colusorios sería beneficiada por el descuento.

¹⁸ CONTARDO (2013), p. 121.

¹⁹ CONTARDO (2013), p. 122.

cus— debe corresponder con el daño causado al consumidor beneficiado, y esto, tratándose de la reducción del precio, no sucede con la precisión que requiere un remedio indemnizatorio.

Para comprenderlo basta considerar algún caso en el que se utilizó la reducción del precio. Se trata del caso estadounidense *Colson v. Hilton Hotels Corp.*,²⁰ en que se acusó de conductas colusorias que permitieron cobros abusivos a unas cadenas de hoteles. El acuerdo a que se llegó exigía a los hoteles pagar la suma de US \$ 5.945.679. De dicha cantidad, se pagó a los abogados US \$ 769.293, US \$ 18.980 a personas que fueron a verificar su calidad de miembros de la clase y US \$ 5.157.405 se destinaron a un descuento de 50 centavos de dólar en la tarifa diaria de las habitaciones para los futuros huéspedes de los hoteles, hasta que se agotara el fondo.

Suena bien, aunque no en los términos indemnizatorios que exige la LPC. De una parte, quienes se beneficien del descuento no necesariamente son los mismos que padecieron los cobros indebidos. A este respecto, Dejarlais señala que algunos tribunales estadounidenses han negado lugar a este tipo de acuerdos cuando existen diferencias significativas entre quienes fueron perjudicados y quienes podrían ser beneficiados.²¹ De otra, particularmente en el caso de los pollos, si el descuento es relevante ¿cómo podría evitarse que otros fabricantes de pollo lo compraran y se beneficiaran de él? Finalmente, un tercer problema, al menos en el caso de los hoteles, es que ciertas personas fueron a cobrar su indemnización por los daños que habían padecido (a esos pagos se dedicaron US \$ 18.980), si ahora se benefician de los descuentos, entonces serían doblemente compensados.

VII. ¿EL DESTINO DE LOS FONDOS?

Lo que parece mostrar el caso de los hoteles es que, mientras el vocabulario de la LPC sea el propio de la responsabilidad civil en lo relativo a la función de la indemnización, no resulta posible ejecutar la sentencia de una manera diversa a aquella que establece su artículo 54 D. Sin embargo, como ya se ha dicho, en un caso como el de los pollos, ese tipo de ejecución no es factible. Quizás, como sucedió en el caso de los hoteles, algunos consumidores —caso

²⁰ 59 F.R.D. 324 (N.D. Ill. 1972).

²¹ DEJARLAIS (1987), p. 754.

algunos de los titulares de la acción bajo la Ley N° 20.416—lograran acreditar algunos perjuicios, sin embargo, el grueso de la indemnización va a quedar sin cobrar.

Para que no fuera así, tendría que ser el caso que el proveedor contara con la información necesaria para individualizar a quienes adquirieron carne de pollo a precios colusorios y tuviera algún mecanismo para indemnizarlos directamente, pero, por supuesto, ninguna de esas dos cosas sucede en este caso. Pues bien, puestas así las cosas ¿cuál sería el destino de los remanentes no cobrados del fondo?

Según lo dispuesto en el artículo 53 C letra e) inciso 2°:

“Transcurridos dos años desde que se cumpla dicho plazo, los remanentes que no hayan sido transferidos ni reclamados por los consumidores caducarán y se extinguirán a su respecto los derechos de los respectivos titulares, debiendo el proveedor, o el tercero a cargo de la entrega, enterar las cantidades correspondientes al fondo establecido en el artículo 11 bis”.

Por su parte, el artículo 11 *bis* disciplina el fondo concursable destinado al financiamiento de iniciativas de las asociaciones de consumidores.

VIII. ¿UN NUEVO VOCABULARIO PARA LA LPC?

El caso de la colusión de los pollos muestra que aun cuando se asuma que la modificación que introdujo la Ley N° 21.081 a la LPC permite demandar indemnización de perjuicios a fabricantes que no se hayan relacionado contractualmente con los consumidores, en términos indemnizatorios no hace gran diferencia. Aun cuando el daño total que se pueda acreditar sea enorme, la indemnización, de manera abrumadoramente general, no va a llegar a los consumidores. Todo indica que, en un caso semejante al de los pollos—en realidad en casi cualquiera de acciones colectivas masivas en que el proveedor no tenga información suficiente para identificar a los consumidores afectados y pagarles sus indemnizaciones—la enorme mayoría del dinero va a ir a parar a los fondos concursables del artículo 11. Y así debería seguir siendo mientras el vocabulario de la LPC sea el de la responsabilidad civil.

¿Cuál es entonces la alternativa? Una posible respuesta consiste en agregar un nuevo vocabulario a la LPC, el de la *“fluid class recovery”* o *“cy pres”*,²² es

²² La expresión *Cy Pres* (*cy pres comme possible*, tan cerca como se pueda) proviene en el ámbito estadounidense del derecho de los *trust* y se aplica a testamentos en los que las asignaciones testamentarias

decir, el vocabulario de mecanismos de compensación más indirectos que la indemnización de perjuicios.²³ Aunque ambas expresiones “*fluid class recovery*” y “*cy pres*” parecen emplearse indistintamente, parece posible establecer una diferencia en términos de que la primera de ellas refiere a mecanismos que pretenden aproximar los beneficios a los miembros de la clase afectada y la segunda, en cambio, tiene un ámbito más amplio, relativo a la tutela de intereses que, de alguna manera, se relacionen con el de las víctimas.²⁴

Así, por ejemplo, son mecanismos de *fluid class recovery* o *cy pres* la disminución del precio en casos de colusión, el pago del remanente a aquellos consumidores que se apersonaron en el juicio a cobrar su parte, que el remanente vaya al Estado para que lo aplique a cuestiones generales o relativas más o menos directamente con la clase de consumidores afectados.²⁵

Como sea que fuere, lo que parece cierto es que si se quisiera avanzar en algo como lo que sugiere Conadecus, resulta necesario, por así decirlo, desanclar la LPC del vocabulario indemnizatorio sobre el cual reposa, de otra manera, ninguno de los mecanismos de *cy pres* o *fluid recovery* encuentra espacio en ella. Este trabajo no defiende ni critica esa idea, desde luego, existen buenas razones, tanto para celebrar este tipo de mecanismos²⁶ como para mirarlos con extrema cautela,²⁷ pero no es mi objetivo aquí hacerme cargo de ellas, sino advertir 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, deslizándose hacia un lugar en el que la función de la indemnización no es exactamente privada, pero, en general al menos, tampoco exactamente pública;²⁸ se trata de un lugar en el que se intenta aproximar el resultado tanto como sea posible a otro que

de carácter caritativo no podrían concretarse, por ejemplo, porque la fundación a la que se le dejó el dinero desapareció. En esos casos, la pregunta es cuál sería el siguiente mejor uso que se aproximara a la voluntad del testador como sea posible, de manera de no frustrar su deseo de dejar ese dinero con fines caritativos.

²³ Sobre esto, en general, puede consultarse REDISH, JULIAN y ZYONTZ (2010), pp. 617-665.

²⁴ REDISH, JULIAN y ZYONTZ (2010), p. 620.

²⁵ Ver REDISH, JULIAN y ZYONTZ (2010).

²⁶ Ver DEJARLAIS (1987), pp. 740-743.

²⁷ Ver, por ejemplo, JOHNSTON (2013), pp. 277-303; YOSPE (2009), pp. 1027-1028; JOIS (2008), pp. 258, 259.

²⁸ Una excepción podría encontrarse en la *governmental eschat* [...].

no es posible llegar. Ese desafío no es, por supuesto, inédito para la responsabilidad civil, en realidad ya lo enfrentó (lo sigue enfrentando) respecto al daño moral. Tratándose de esta partida, en la enorme mayoría de las veces, atendido el carácter inconmensurable de lo que se lesionó, con el de aquello con lo que tendría que repararse, simplemente se renuncia a intentar cumplir con la función reparatoria. Tratándose de los mecanismos *cy pres* o *fluid recovery* —en lo que refiere al daño patrimonial— se plantea otro desafío a la responsabilidad civil: indemnizar sin saber exactamente quién va a recibir la indemnización.²⁹

Frente a este desafío, una posibilidad es, como sucedió con el daño moral, intentar elongar aún más las fronteras de la responsabilidad civil. Otra consiste en asumir que no se trata de responsabilidad civil, sino de algo distinto. Casos como los que he considerado en este trabajo muestran que esa discusión no es solo intelectualmente sugerente, sino que, socialmente necesaria.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CONTARDO, Juan Ignacio (2013). “Comentario al artículo 3º E)”, en Íñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (dirs.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores*. Santiago: LegalPublishing.
- DEJARLAIS, Natalie (1987). “The Consumer Trust Fund: A Cy Pres Solution to Undistributed Funds in Consumer Class Actions”. *The Hastings Law Journal*, vol. 38, pp. 753-755.
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo (2019). “La legitimidad pasiva de los fabricantes en algunos casos de colusión”, en Maricruz GÓMEZ DE LA TORRE VARGAS et al., *Estudios de Derecho Civil XIV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Coquimbo 2018*. Santiago: Thomson Reuters, pp. 869-885.
- HENSLER, Deborah R. et al. (2000). *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain*. Santa Monica, CA: RAND Corporation.
- 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, Nº 2, pp. 277-303.

²⁹ Es decir, la cuestión del nexo entre quienes padecieron el daño y quienes van a beneficiarse de la indemnización. Sobre el tema puede consultarse SHIEL (2015), pp. 954-955.

- JOIS, Goutam U. (2008). “*The Cy Pres Problem and the Role of Damages in Tort Law*”. *The Virginia Journal of Social Policy & Law*, vol. 16, N° 1.
- KALVEN, Harry y ROSENFELD, Maurice (1941). “The Contemporary Function of the Class Suit”. *University of Chicago Law Review*, vol. 8, pp. 684-721.
- LAVIE, Shay (2011). “Reverse Sampling: Holding Lotteries to Allocate the Proceeds of Small-Claims Class Actions”. *The George Washington Law Review*, vol. 79, pp. 1066-1068.
- REDISH, Martin; JULIAN, Peter y ZYONTZ, Samantha (2010). “Cy Pres Relief and the Pathologies of the Modern Class Action: A Normative and Empirical Analysis”. *Florida Law Review*, vol. 62, pp. 617-665.
- SHIEL, Cecily (2015). “A New Generation of Cy Pres Remedies”. *Washington Law Review*, vol. 90, N° 2, pp. 943-991.
- ULEN, Thomas S. (2011). “An Introduction to the Law and Economics of Class Action Litigation”. *European Journal of Law and Economics*, vol. 32, N° 2, pp. 185-203.
- YOSPE, Sam (2009). “Cy Pres Distributions in Class Action Settlements”. *Columbia Business Law Review*, vol. 2009, N° 3.

NORMAS CITADAS

- Ley N° 19.496, Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores. *Diario Oficial*, 7 de marzo de 1997.