

Análisis crítico del procedimiento voluntario introducido en la ley chilena de protección de consumidores y usuarios como mecanismo alternativo de solución de conflictos colectivos

Critical analysis of the voluntary procedure
introduced in the chilean consumer protection
law as an alternative mechanism of resolution
collective disputes

*Maite Aguirrezabal Grünstein*¹

¹Universidad de los Andes, Chile.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7155-6637>

<https://doi.org/10.22235/rd.v18i2.1613>

RESUMEN: El presente trabajo analiza de modo crítico la implementación del procedimiento voluntario como un mecanismo alternativo de solución de conflictos colectivos de consumidores y usuarios.

PALABRAS CLAVES: mediación, consumidores, colectivo.

Recibido: 19/06/18. Evaluado: 17/09. Observado: 24/9. Aprobado 10/10/18

ABSTRACT: This paper analyzes the implementation of a voluntary procedure as an alternative dispute resolution for collective disputes.

KEY WORDS: mediation, consumers, collective.

SUMARIO: I. Planteamiento del problema II. Consumidores, acceso a la justicia y mecanismos alternativos de solución de conflictos III. Principios aplicables a los procedimientos extrajudiciales de resolución de litigios de consumo IV. Del procedimiento voluntario para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores en la ley 21.081 1. Naturaleza 2. Principios informativos 3. Procedimiento 4. Acuerdos 5. Condiciones para que el acuerdo alcanzado produzca efecto erga omnes y aprobación judicial 6. Problemas que plantea la ejecución de la transacción alcanzada en un acuerdo colectivo V. Conclusiones. VI. Bibliografía Citada.

I.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Comparado con los distintos problemas jurídicos tradicionales, el de la protección jurídica de los intereses supraindividuales, especialmente en lo relativo a la protección de los consumidores y usuarios, tiene una historia relativamente corta².

Hasta finales del siglo pasado, la figura del consumidor no tenía importancia en el orden económico y social, puesto que se pensaba que los mecanismos del mercado, dentro de un sistema de equilibrios económicos, eran capaces por sí mismos de asegurar su protección. Esta situación se vio pronto superada como consecuencia del desarrollo y desenvolvimiento económico que generó una tendencia monopolística dentro del mercado. El Estado surge entonces como representación de un poder institucionalizado y encomendado a la protección de la libertad de los sujetos en cuanto a sus relaciones económicas.

Lo anterior se manifiesta principalmente en el fenómeno de la contratación en masa, que uniforma las cláusulas contractuales y establece condiciones generales en la contratación como respuesta a la necesidad de distribuir productos o servicios homogéneos³.

Esta etapa se caracteriza también por la politización de los derechos sociales, económicos y culturales, y se desarrollan dos fenómenos que son indisolubles: la emergencia de nuevos grupos sociales de particulares condiciones y la identificación y categorización de

² Solamente en los años sesenta se multiplican las declaraciones y normativas tendientes a la protección del consumidor. Estados Unidos fue el pionero en plasmar la defensa de los consumidores, y siguiendo el ejemplo norteamericano los países industrializados han reaccionado de forma paralela. Fue a partir del mensaje al Congreso que diera el día 19 de marzo de 1962 el presidente John F. Kennedy sobre la protección de los intereses de los consumidores con el que se inició el movimiento de protección y defensa de estos, y que se extendió con mucha rapidez, creándose asociaciones, doctrina y leyes especiales para esta materia. En Inglaterra destaca la Consumer Protection Act, de 1961.

³ Cfr. Ricardo Rodríguez López, "Tutela jurisdiccional de los derechos de los consumidores y usuarios", *Actualidad Civil* 56 (2010): 402. En este mismo sentido Ángel Bonet Navarro, "Protección eficaz y acceso a la justicia de los consumidores", *Estudios sobre Consumo* 16 (1989): 20, quien señala que "aquí opera una paradoja que, considerada en su estructura, puede explicar, bien que parcialmente, los efectos del fenómeno del consumo. Mientras que el producto se acerca al consumidor por una publicidad que se le ofrece rompiendo la frontera de la intimidad privada del ciudadano, el productor responsable del producto se aleja del consumidor, bien físicamente por el establecimiento lejano del centro de producción, bien jurídicamente por la interposición de intermediarios, lo que crea trabas en orden a la exigencia de la calidad y del cumplimiento de lo que impone la buena fe contractual".

intereses que si bien se pueden determinar de pertenencia individual, en razón de su importancia colectiva se establecen como propios de esos grupos o categorías sociales y que han sido denominados por la doctrina intereses supraindividuales o transindividuales⁴.

Ellos se enmarcan en lo que se ha conocido como derechos de tercera generación o derechos humanos de la solidaridad, que encuentran su origen científico en la teoría de Vasak, sobre la dimensión internacional de los derechos del hombre. Junto a la reconocida distinción entre derechos civiles, políticos, económicos y culturales, habla de estos nuevos derechos, que son aquellos que proceden de una cierta concepción de la vida en comunidad, y sólo se pueden realizar por la conjunción de los esfuerzos de todos los que participan en la vida social⁵.

La sociedad contemporánea ha sido calificada como una sociedad de masas, en la que las relaciones son cada vez más complejas: hay agrupaciones de diversos tipos (partidos políticos, sindicatos, asociaciones, etc.) o simplemente individuos afectados por infracciones del ordenamiento jurídico que tiene relevancia colectiva.

Desde la perspectiva del Derecho Comparado, se constata un amplio movimiento internacional de acceso a la justicia de los intereses supraindividuales y de los entes que los representan. Este movimiento tiene su origen en cambios jurídicos y sociales.

Junto con el movimiento en pro de la protección de los intereses medio ambientales, han surgido también los “movimientos pro consumatore”, que comienza a cobrar fuerza a partir del mensaje del presidente Kennedy de fecha 15 de marzo de 1962, comenzaron a divulgarse diversas leyes de protección del consumidor y, a nivel de la Comunidad Europea, se inicia una importante labor tanto a nivel normativo como a nivel de búsqueda de soluciones.

El fenómeno de la masificación ha repercutido en el ámbito jurídico produciendo nuevas relaciones entre el individuo y la sociedad. Se caracteriza por el reconocimiento y la legitimación de organizaciones intermedias que encuentran su fundamento en la solidaridad, y que rompen con las respuestas ofrecidas por un Derecho basado en el carácter individual de las situaciones jurídicas.

Lo anterior ha provocado que la tutela procesal ya no pueda limitarse a los intereses individuales, lo que a su vez supone vencer una serie de condicionantes internos.

Para Cappelletti, el problema básico que presentan los intereses supraindividuales es que a nadie le corresponde el derecho de remediar el daño que sufre ese interés o bien

⁴ Para un estudio en extenso de la noción de interés supraindividual, vid. Maite Aguirrezabal Grünstein, “Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)”, *Revista chilena de derecho*, 33 (2006): 69-91.

⁵ Cfr. Karel Vasak, “Human rights: as a legal reality”, *The international dimensions of human rights* (Greenwood Press: Connecticut, 1982): 3-10.

el interés de cada uno es demasiado pequeño para accionar, lo que hace recomendable la acumulación de reclamaciones. Pero esta acumulación también presenta problemas, porque, aunque a los interesados se les permita organizarse y demandar colectivamente, éstos pueden hallarse dispersos, carecer de la información suficiente o faltar el acuerdo en cuanto a la estrategia común que seguirán.

Por ello, aunque la regla general es que la protección de estos intereses requiere de una acción de grupo, estos movimientos serán de escasos resultados si no existe además una política de gobierno que actúe en bien de ese grupo⁶.

La heterogeneidad, característica propia de esta clase de intereses, afecta también a los mecanismos para su protección, de modo que las dificultades para su acceso a la jurisdicción les afectan de modo distinto. Además, presentan el problema añadido de su escasa aprehensibilidad y su difícil atribución a los ciudadanos individualmente considerados, lo que choca con el carácter individualista de las normas procesales y de las exigencias en materia de legitimación.

El que un derecho o interés sea supraindividual significa que trasciende la esfera de lo meramente individual, está marcado por la impersonalidad y rompe con el concepto clásico de derecho subjetivo. Estos derechos “no pertenecen a una persona física o jurídica determinada, sino a una comunidad amorfa, fluida y flexible, con identidad social, pero sin personalidad jurídica”⁷.

Para llegar a obtener una noción de interés supraindividual debe partirse del concepto general de interés y de interés jurídico, analizando qué es lo que se añade a esta noción general para que el interés pueda ser calificado como interés supraindividual. La doctrina⁸ ha elaborado varios criterios para definir el concepto, según cuál es elemento destacado y en que se fundamenta la noción general de interés, atribuyéndoles un carácter nuevo, pudiendo así distinguir, en general, entre un criterio subjetivo, un criterio objetivo y un criterio normativo.

Existen también definiciones que emplean otros criterios. Almagro, por ejemplo, distingue tres planos: un plano subjetivo, referido a colectivos poco precisos en su composición, generalmente anónimos e indeterminados, aunque con dificultades determinables; un plano

⁶ Cfr. Mauro Cappelletti y Briant Garth, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos* (México: Fondo de Cultura Económica, 1978) 20-21.

⁷ Antonio Gidi, “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, en *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, ed. Por Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (México: Porrúa, 2004) 32.

⁸ El concepto todavía es incierto y equívoco y se presta a bastantes confusiones. Delimitar qué se entiende por interés supraindividual implica hacer una puntualización no sólo terminológica, sino también sustancial, para preparar el terreno y las condiciones del acceso a la justicia de tales intereses.

objetivo, en que el contenido del objeto se difumina, sea porque los mínimos no están fijados legislativamente, sea porque los obligados son múltiples y cada uno tiene que poner algo para el cumplimiento o realización del derecho y un plano formal de accionabilidad o justiciabilidad imprecisa, puesto que este último problema abre a la doctrina el problema de nuevas formas de acceso a la justicia, porque al ser un grupo el afectado en determinada materia, desborda los esquemas clásicos del Derecho procesal⁹.

Se ha destacado también de este tipo de intereses su naturaleza conflictual, puesto que se trata normalmente de intereses incompatibles o contradictorios entre los que debe llevarse a cabo una función política de mediación y de coordinación, y un cierto grado de indeterminación, que implica una dificultad para circunscribir su difusión, puesto que se repiten y extienden a todos los miembros de una colectividad.

Las acciones para su protección han sido concebidas para la defensa de los siguientes tipos de intereses: 1) los intereses difusos, que son aquellos intereses supraindividuales de naturaleza indivisible de los que son titulares sujetos indeterminados unidos por circunstancias de hecho; 2) los intereses colectivos, que también son de naturaleza supraindividual e indivisible, pero entre los titulares de esos intereses existe algún tipo de vinculación jurídica y 3) los intereses individuales homogéneos, que son aquéllos de naturaleza individual y de titularidad exclusiva pero con un origen fáctico común.

Esta triple clasificación tiene su origen en los sistemas jurídicos anglosajones y ha sido principalmente desarrollada por el Derecho brasileño¹⁰. Así, el Código de Defensa del Consumidor define en su artículo 81 estos dos tipos de intereses, y señala que son difusos los intereses “transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sean titulares personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho” (fracción I) y que son colectivos los intereses “transindividuales, de naturaleza indivisible, de los que sea titular un grupo, una categoría o una clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base” (fracción II).

De las definiciones, podemos concluir que estas categorías de intereses presentan dos características comunes: su supraindividualidad y su naturaleza indivisible¹¹, que de acuerdo

⁹ Cfr. José Almagro Nosete, “La protección procesal de los intereses difusos en España”, *Justicia* 83 (1983) 638 y ss.

¹⁰ En este sentido Ada Pellegrini Grinover, “A problemática dos interesses difusos”, *A tutela dos interesses difusos*, Saraiva, Sao Paulo (1984): 30-31, distingue los intereses colectivos y difusos, y afirma que se consideran colectivos los intereses comunes a una colectividad de personas entre las que debe existir un vínculo jurídico, y difusos los intereses que sin existir un vínculo jurídico de por medio se basan en factores de origen fáctico y accidentales, como el habitar en una misma zona o consumir un mismo producto.

¹¹ Algunos autores señalan que en el caso de los intereses supraindividuales puede distinguirse una indivisibilidad en dos grados. La indivisibilidad que se refiere al derecho difuso es absoluta en función de la propia indeterminación de las personas que componen la comunidad titular del derecho o interés, mientras que en el caso de los intereses colectivos

con Barbosa, significa que “los interesados se hallan siempre en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica necesariamente la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, ipso facto, la lesión de la entera comunidad”¹². Presuponen también que la solución a los conflictos que pudieran generarse debe ser la misma para todos los integrantes del grupo.

Frente a estos intereses supraindividuales el Código Brasileño de Consumo se encarga también de definir los intereses individuales homogéneos, como aquellos que, siendo de carácter individual tienen un origen común (fracción III) y que pueden ejercerse colectivamente para obtener una reparación individual de los daños sufridos por los consumidores¹³.

En el estudio de los intereses supraindividuales la labor más profunda fue desarrollada, en su origen, por la doctrina¹⁴, y en la actualidad, de forma cada vez más decidida, por la jurisprudencia. El trabajo gira en torno a la elaboración de los conceptos de interés difuso¹⁵ e interés colectivo, y a los criterios de reconocimiento y tutela de estos intereses, plasmándose en posiciones diversas que, pese a las diferencias, se orientan mayoritariamente, a que no

la indivisibilidad es relativa porque los miembros de la colectividad titular del derecho son determinados o fácilmente determinables.

¹² José Barbosa Moreira, “La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* 3 (1992): 235.

¹³ Ello porque cada miembro del grupo es titular de un derecho individual de naturaleza divisible.

¹⁴ En cuanto al tratamiento de este tema, la doctrina italiana ha sido muy prolífica. Una obra muy completa es la de Vincenzo Vigoriti, *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad gire*, (Milán: Giuffrè Editore, 1979).

¹⁵ El centro de la discusión en cuanto a la definición de “interés difuso” radica necesariamente en qué debe entenderse por “difuso”. El Diccionario de la Lengua Española define “difuso” como ancho, dilatado, con lo que no aporta demasiado a la discusión, y el Diccionario de Uso Español lo define como “aquello que hace referencia a algo que es extenso y poco preciso”. Para Acosta, Tutela, 45, el concepto vendrá determinado “por dos notas o criterios diferenciadores, a saber: su pertenencia a un grupo carente de organización y el carácter anónimo del mismo. Así, tomando como base ambos rasgos—organizativo y subjetivo—entendemos por interés difuso el interés propio, jurídicamente reconocido, de un grupo social o colectividad indeterminada de sujetos, desprovista de una organización que los tome para sí enteramente y tenga capacidad para su defensa, cuya tutela jurisdiccional responde a eventuales iniciativas meramente individuales”. El autor extrae de las posiciones de Giannini y Vigoriti los criterios diferenciadores de intereses difusos y colectivos, esto es, los criterios organizativo y subjetivo. Miguel Sánchez Morón, *La participación del ciudadano en la administración pública* (Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 1980): 118, considera que el interés difuso “es el interés jurídicamente reconocido de una pluralidad indeterminada o indeterminable de sujetos que, en potencia, pueden ser incluso todos los que integran la comunidad general de referencia, el ordenamiento general cuya normativa protege tal tipo de intereses”. Para Manuel Lozano-Higuero y Pinto, *La Protección de los intereses difusos: intereses de los consumidores, ecológicos, urbanísticos, el acceso a la R.T.V* (Madrid: García Blanco, 1983): 149-150, el interés difuso es “el interés de un sujeto jurídico en cuanto compartido—expandido—compartible—expandible—por una universalidad, grupo, categoría, clase, o género de los mismos; cuyo disfrute, ostentación y ejercicio son esencialmente homogéneos y fungibles, y que adolece de estabilidad u coherencia en su vinculación subjetiva, así como de concreción normativa orgánica en sus tuteladas material y procesal”. Puede entonces concluirse, que el término “difuso” alude a una “escasa precisión jurídica” en relación con el vocablo “interés”. Esta difusión o falta de precisión se manifiesta en el plano subjetivo, objetivo y formal del modo que sigue: subjetivamente, la difusión se manifiesta en un doble aspecto, ya que se trata de intereses referidos a colectivos poco precisos en su composición, generalmente anónimos e indeterminados o determinables con dificultades, y en la medida en que estos intereses se densifican en derechos constitucionalmente reconocidos, la titularidad de estos derechos que aunque individuales tienen su proyección y desarrollo en el grupo social, motivan cuestiones de filosofía jurídica todavía abiertas entre individualismo social y socialismo.

constituyen un *tertium genus* respecto de las figuras tradicionales del interés legítimo y del derecho subjetivo.

Barbosa distingue tres grupos de situaciones de relevancia supraindividual: aquellas en las que hay más de un titular activo o pasivo de la relación jurídica material, pero cuyos problemas de tutela procesal pueden resolverse mediante instituciones clásicas (litisconsorcio, intervención de terceros); aquellos casos en que un grupo más o menos amplio de personas se encuentran unidas por un vínculo jurídico; y por último, los intereses comunes a una colectividad de personas que no necesariamente se encuentran jurídicamente vinculadas, sino que, más bien, el interés que se trata de tutelar se basa en datos de hecho, siendo muy difícil la delimitación de los componentes del grupo precisamente por la inexistencia de este vínculo jurídico¹⁶.

El primer grupo se ajusta a las estructuras clásicas del derecho y por lo tanto escapa a esa nueva forma de considerar las situaciones jurídico-subjetivas de ventaja a través de la característica de la relevancia supraindividual. La trascendencia social es importante en el caso del segundo y tercer grupo, en los que se apunta la distinción entre intereses difusos y colectivos.

Respecto de estas categorías de intereses puede decirse que comparten los mismos problemas jurídicos y que ambas se refieren a bienes de carácter indivisible¹⁷, pero con una distinción fundamental: los intereses difusos se refieren al sujeto no como individuo sino como miembro de un grupo que puede ser más o menos amplio, pero indeterminado o de muy difícil determinación, mientras que los intereses colectivos atañen a grupos delimitados en que los miembros se encuentran determinados o son fácilmente determinables.

Son varios los criterios que se han propuesto para diferenciar los intereses difusos y los colectivos, destacando aquellos que atienden a si los miembros del grupo están vinculados por circunstancias de hecho o bien ligados por una relación jurídica o aquellos que consideran que los intereses difusos presentan una nota de mayor “extraneidad” que los intereses colectivos, y por lo tanto los primeros resultan más neutrales que los segundos¹⁸.

¹⁶ Cfr. José Barbosa Moreira, José, “A ação popular do Direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados <<intereses difusos>>”, *Studi in onore de Enrico Tullio Liebman, Giuffrè*, (Milano: Giuffrè, 1979): 2674-2677.

¹⁷ En este sentido, señala Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Juicio de amparo e interés colectivo: la tutela de los derechos difusos y colectivos* (México: Porrúa, 2004): p.13, que la distinción entre situaciones difusas y colectivas no siempre es clara puesto que ambas obedecen al mismo fenómeno. Por la circunstancia de ser la indivisibilidad una nota esencial de estos intereses, no pueden ser considerados como una suma de intereses individuales porque pertenecen a una colectividad.

¹⁸ Este criterio ha sido adoptado en España por Almagro, J., ob. cit., n° 14, p. 96, que señala que “lo típico de estos intereses sociales o colectivos que se denominan difusos es su acotación por grupos o clases o sectores de manera más o menos extensa”. Y debido a esta distribución de los intereses en clases o grupos “surgen conflictos a veces entre la satisfacción de los intereses de un grupo respecto de otros, lo que lleva a poner de relieve otra nota que acompaña al concepto de intereses difusos la conflictualidad”.

El Derecho brasileño desarrolla otro criterio, referido a la vinculación jurídica, siendo colectivos “aquellos intereses comunes a una colectividad de personas y solamente a ellas, cuando existe un vínculo jurídico entre los integrantes del grupo: la sociedad mercantil, el condominio, la familia, los entes profesionales, el mismo sindicato, dan margen a que surjan intereses comunes, nacidos en función de una relación base que une a los miembros de las respectivas comunidades y que, no confundiendo con los intereses estrictamente individuales de cada sujeto, permiten su identificación”, y difusos “aquellos que, no fundándose en un vínculo jurídico, se basan en datos de hecho genéricos y contingentes, accidentales y mudables: como habitar en la misma región, consumir los mismos productos, vivir en determinadas circunstancias socioeconómicas, someterse a particulares empresas”¹⁹.

Gutiérrez de Cabiedes destaca varios aspectos: los intereses colectivos y difusos no presentan diferencias esenciales, puesto que hacen referencia a un mismo fenómeno jurídico y a situaciones jurídicas con una misma naturaleza y estructura, y que comportan similares problemas procesales. Sin perjuicio de lo señalado, considera que los factores determinantes al momento de diferenciarlos son la extensión y la determinación de los sujetos interesados, al que puede agregarse el de la vinculación entre los miembros del grupo o de la colectividad interesada. “Así, cuando el grupo de personas que se encuentran de forma común y simultánea en una misma situación jurídica con respecto a un bien que todos ellos disfrutan sea determinado o determinable en su composición, en sus miembros, puede hablarse de interés colectivo. Cuando, por el contrario, se trate de una comunidad de sujetos amplia e indeterminada o muy difícilmente determinable puede hablarse de interés difuso”²⁰.

En lo que respecta a los derechos individuales homogéneos o plurisubjetivos, corresponden a una categoría de intereses que ha sido elaborada en los países del Common Law y por la legislación brasileña, que como hemos señalado, la introduce en el Código del Consumidor de 1990. Son derechos individuales que por efectos prácticos se hacen “accidentalmente colectivos”²¹, y que han sido definidos como “una compilación de derechos subjetivos individuales, marcados por la nota de divisibilidad, del cual es titular una

¹⁹ Ada Pellegrini Grinover, “Acciones colectivas para la defensa del ambiente y de los consumidores, en La ley brasileña núm. 7347 de 24 de julio de 1985”, *Revista de Derecho Procesal* n° 3 (1998): 707.

²⁰ Pablo Gutiérrez de Cabiedes, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos* (Pamplona: Aranzadi, 1998): 109.

²¹ Cfr. Barbosa, J, cit. n° 21, pp. 195-196. Los distingue así de los supraindividuales, a los que califica como “esencialmente colectivos”, citado por Kasuo Watanabe, “Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso”, en *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos...*, cit., 3. Este mismo autor los califica como “ontológicamente individuales, pero que son tutelados colectivamente, por razones de estrategia de tratamiento de conflictos”.

comunidad de personas indeterminadas más determinables, cuyo origen está en alegaciones de cuestiones comunes de hecho o de derecho²².

Estos intereses se distinguen de los difusos y colectivos en que aquéllos son verdaderos derechos individuales, privativos e indisponibles por terceros, pero que pueden existir en número plural y tener un origen fáctico común y un contenido sustantivo homogéneo²³.

Presentan dos características esenciales para su tratamiento colectivo: su homogeneidad, que le viene dada por su origen común²⁴ y su divisibilidad, puesto que nos encontramos ante derechos que pueden ejercerse individualmente, pero respecto de los cuales resulta más conveniente su defensa colectiva.

Agrega Pellegrini que la distinción fundamental se manifiesta en que en los intereses supraindividuales la solución del litigio es la misma para todos, debido a la indivisibilidad del objeto del proceso y en los segundos, en cambio, la solución no es la misma para todos, precisamente porque el objeto del proceso es divisible²⁵.

La diferencia entre los intereses supraindividuales y los plurisubjetivos tiene mucha importancia desde el punto de vista práctico puesto que su tratamiento procesal es distinto por tratarse los segundos de derechos subjetivos clásicos, lo que implica que en lo que respecta a la legitimación, los límites subjetivos de eficacia de la sentencia y la indemnización de los perjuicios dependerán de las circunstancias personales del titular del derecho²⁶.

Frente a esta realidad, surge entonces la necesidad de crear un procedimiento especial para la defensa de estos intereses de masas, que rompe con los esquemas procesales tradicionales, y que destaca por una serie de principios o reglas que deben tenerse en cuenta al momento de legislar sobre la materia.

²² Gidi, *Derechos*, 35.

²³ Gutiérrez de Cabiedes, *La tutela*, 441. El autor señala que, por ejemplo, la difusión de una publicidad engañosa o la comercialización de un producto defectuoso dan lugar a un interés difuso, mientras que la falta de higiene o seguridad en una fábrica dará lugar a un interés colectivo. Serán derechos individuales plurales aquellos de que son titulares quienes han adquirido un bien que no responde a las cualidades anunciadas o contratadas.

²⁴ No es requisito que entre las personas titulares de este tipo de derechos exista una relación jurídica anterior, puesto que el vínculo con la parte contraria nacerá precisamente de la lesión, relación que además es individual y que afectará de modo distinto la esfera jurídica de cada uno de ellos. El origen común en todo caso puede ser más o menos remoto. Mientras más remoto menos homogéneos serán estos derechos. Tampoco este origen común implica necesariamente una unidad de hecho temporal, lo que significa que no es necesario que el hecho creador de los derechos sea el único o el mismo en todos los derechos. Lo esencial será que nos encontremos ante situaciones jurídicamente iguales, aunque los hechos sean diferentes.

²⁵ Cfr. Ada Pellegrini Grinover, "I processi collettivi del consumatore nella prassi brasiliana", *Rivista di Diritto Processuale* (1994): 106-114. En sentido contrario Gutiérrez de Cabiedes, *La tutela*, 443, quien considera que la distinción no debe basarse en el criterio de la divisibilidad, sino en la existencia o inexistencia de monopolio en la disposición material y procesal de la situación jurídica que se tutela.

²⁶ Hay que estar también a la forma en que se formula la solicitud de tutela jurisdiccional y los fundamentos de la demanda colectiva, para saber si nos encontramos ante una verdadera demanda para la tutela de intereses supraindividuales o si bien se trata de tutela intereses individuales homogéneos.

Frente a incumplimientos que provengan de actos de consumo masivos, más allá de los elementos accidentales relativos a la fecha, al lugar y cantidad del producto o servicio, resulta lógico que se pueda configurar un proceso orientado a proteger a una pluralidad de sujetos, siempre que las acciones tengan elementos de conexión que así lo justifiquen. Al encontrarse los consumidores en situaciones idénticas, no es deseable que se dicten resoluciones contradictorias, ya que ello compromete la garantía de igualdad ante la ley, al dar los tribunales un tratamiento diverso a situaciones idénticas.

Por cierto, esta novísima tendencia en ningún caso pretende la supresión de los derechos individuales de los consumidores para caer en un colectivismo asfixiante. Por lo mismo, el mecanismo procesal para la protección colectiva de los derechos es una institución de excepción. Se debe recurrir a ella sólo cuando los instrumentos clásicos no permitan amparar una situación jurídica colectiva y considerando que se trata por su naturaleza, de una tutela procesal diferenciada.

En este sentido, el proceso colectivo presenta una serie de características particulares que lo apartan del proceso tradicional individualista, y que lo convierten en una clase de tutela procesal diferenciada. Estas características dicen relación especialmente con tres figuras: la legitimación, la cosa juzgada y el rol del juez en el procedimiento²⁷.

II.

CONSUMIDORES, ACCESO A LA JUSTICIA Y MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

El acceso a la justicia es hoy considerado como uno de los temas fundamentales del Derecho Procesal, y las reformas en Chile han ido orientándose en esa dirección.

Adquiere una importancia particular en las relaciones de consumo, por la especial posición que en ellas tiene una de las partes merece un específico y diferenciado tratamiento jurídico²⁸.

²⁷ Sobre el particular, cfr. Maite Aguirrezabal Grünstein, "Los principios procesales que informan los procedimientos colectivos", en *Principios Procesales*, ed. por Jorge Peyrano (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011): 573-618; "El procedimiento para la defensa de intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios en la Ley 19.946", *Cuadernos de Extensión Jurídica*, Universidad de los Andes, (2006): 143-173 y "Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)", en *Revista Chilena de Derecho*, n° 1 (2006): 69-91.

²⁸ Se ha considerado que los litigios de consumo se caracterizan por una desproporción entre el interés económico de la reclamación y los costes que deben asumirse para ver satisfecha la reclamación.

Esa situación ha reclamado en los últimos años un régimen de protección para los consumidores, así como una atención especial para los litigios derivados de las transacciones de bienes o servicios en los que se ven comprometidos sus intereses.

La preocupación por hacer más accesibles los tribunales a los consumidores, y por mejorar los procedimientos que permitan garantizarles el ejercicio de sus derechos, ha llevado a analizar los obstáculos existentes y a plantearse una serie de cuestiones sobre cómo mejorar la tutela jurisdiccional del consumidor.

La insatisfactoria respuesta de los sistemas judiciales tradicionales en lo referente, sobre todo, a los litigios de menor relevancia económica, hacía plantearse la mejora del acceso de los consumidores a la justicia, puesto que cuando individualmente esos litigios pudieran considerarse de una trascendencia menor, el efecto era que un gran colectivo se veía desanimado a defender sus derechos, y el resultado era un notable fracaso del sistema en la resolución de conflictos en materia de consumo.

La búsqueda de nuevos modelos que no disuadan a los consumidores del ejercicio de sus derechos debido a la complejidad o los costes de los procesos judiciales tradicionales, ha llevado a la configuración de vías alternativas de solución de conflictos que complementan el sistema judicial.

Surgen entonces diseños que permiten la solución de los conflictos en masa, representados principalmente por las acciones colectivas, en que se legitima a entidades o grupos concretos para la defensa de intereses de justiciables ausentes, con el fin de que la sentencia que se dicte en dicho proceso afecte a todos los que se encuentran en igual posición jurídica en relación con el hecho lesivo.

No siendo suficiente la implementación de procesos colectivos para garantizar un adecuado acceso de los consumidores a la justicia, los mecanismos alternativos de solución de conflicto representan una prioridad para las instituciones a las que incumbe promover estas modalidades alternativas²⁹.

La posición mayoritaria de la doctrina es la de potenciar la utilización de la mediación y de las otras formas de resolución de conflictos, tales como la conciliación y el arbitraje, que ayuden a evitar las molestias, las dilaciones y los costes que suponen las acciones judiciales, y

²⁹ Para una completa revisión sobre la introducción de los ADR en los distintos sistemas procesales, Alvaro Pérez Ragoné, "Los llamados medios alternativos de resolución de conflictos vistos desde el proceso civil ¿la justa realización del derecho material vs la resolución de conflictos?", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 1, núm. XXVII (2006): 155-183.

de esta manera contribuir a que los ciudadanos puedan hacer valer sus derechos de un modo efectivo³⁰.

Lo anterior supone beneficios para el consumidor y para el proveedor, puesto que estos mecanismos constituyen un adecuado instrumento de tutela en orden a la satisfactoria solución del conflicto, por el menor coste, la simplicidad, y la rapidez y en que la solución dialogada permite mantener unas relaciones comerciales futuras.

III.

PRINCIPIOS APLICABLES A LOS PROCEDIMIENTOS EXTRAJUDICIALES DE RESOLUCIÓN DE LITIGIOS DE CONSUMO

La necesidad de ofrecer confianza a consumidores y empresarios de que sus posibles conflictos serán tratados de un modo equitativo y eficaz, ha llevado a establecer principios mínimos sobre la creación y funcionamiento de procedimientos extrajudiciales de resolución de litigios en materia de consumo, que respondan al pretendido alto nivel de protección de los consumidores.

En este sentido, todo órgano que tenga por competencia en esta materia debe respetar los principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad, y representación³¹.

Dado que estos medios constituyen una alternativa al sistema judicial que busca la solución de los litigios superando algunos de los problemas que presenta el proceso civil, deben responder a ese fin al que están destinados y realizar cumplidamente su función, superando los inconvenientes de la lentitud, la rigidez o los costes de la vía judicial. Por ello, se trata de asegurar esa eficacia estableciendo la gratuidad del procedimiento, o la fijación de costes moderados, la fijación de plazos cortos para la resolución del litigio; o a la eliminación de la necesidad de comparecer por medio de representación procesal.

³⁰ Los procedimientos fueron y son muy diferentes y flexibles lo que permite incluir en la designación genérica de ADR un abanico de procedimientos bases: mediation, negotiation, conciliation, arbitration y minitrials. Estos a su vez se combinan y crean nuevas modalidades. En este sentido se pronuncian Dennis Sandole, Hugo van der Merwe, *Conflict Resolution, Theory and Practice: Integration and Application* (New York: Manchester University Press, 1993), 10-55.

³¹ En este punto Isabel Espín Alba, "Arbitraje y mediación de consumo: a propósito de la ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo", *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 67, N° 2159 (2013): 3 y ss y Rosana Pérez Gurrea, "La mediación como método de resolución extrajudicial de conflictos: su regulación y efectos en el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo", en *Diario La Ley*, N° 7878, Sección Doctrina, 12 de Junio (2012): 3 y ss.

Además, se fortalece el papel del órgano llamado a resolver, presentando un modelo de órgano activo, permitiéndosele tener en cuenta todo elemento útil para la solución del litigio.

Se pretende con ello un alejamiento del juez que observa el proceso como un mero espectador. A su vez la utilización de procedimientos extrajudiciales no puede tener lugar si las partes no consienten libremente, quienes no pueden verse impedidos de su derecho de acceso a los tribunales, por cuanto constituye un derecho esencial el poder acudir a los órganos jurisdiccionales para resolver las controversias surgidas por sus actividades comerciales.

Es necesario por lo tanto que exista una voluntad consciente, formada libremente y expresada con posterior al surgimiento del litigio, de someterse a la vía extrajudicial.

En lo que respecta a la independencia, los órganos llamados a resolver estos conflictos deben estar libres de cualquier injerencia externa que perturbe el ejercicio de su función, manteniendo una posición neutral frente a las partes en conflicto.

La independencia debe siempre ir acompañada de la imparcialidad, ya que el tercero que interviene ayudando a las partes en la búsqueda de soluciones que sean satisfactorias y aceptables no puede tener ningún conflicto de intereses, real o aparente con las partes.

El modo en que desempeñe su tarea dependerá de su preparación, de sus habilidades profesionales, de sus valores éticos, y de su experiencia; pero, sobre todo, la imparcialidad debe presidir su actuación, sin actuar a favor de ninguna de las partes y sin pretender imponer ningún acuerdo concreto.

En cuanto al principio de transparencia, ha de garantizarse el conocimiento de la actividad que desarrollan estos órganos, y permitir a las partes conocer sin reserva cuál es el desarrollo del procedimiento.

La contradicción constituye una garantía básica de que la decisión del órgano representará la tesis superadora de posiciones contrapuestas oportunamente planteadas, ya que la posibilidad de exponer los hechos, presentar su particular versión sobre ellos, y concretar las consecuencias jurídicas debe necesariamente ser respetada.

Una vez que ha comenzado el procedimiento no existe una obligación de continuarla, por lo que pueden abandonarlo en cualquier momento. La participación voluntaria en el procedimiento exige que el consentimiento se haya emitido de manera libre y consciente, sin que la voluntad interna individual de las partes pueda verse forzada o haya sido impuesta.

Además, el abandono del procedimiento o la no aceptación de la solución propuesta no puede implicar consecuencias negativas si luego se decide acudir al sistema judicial.

Aun cuando se elimina en la vía extrajudicial la necesidad de comparecer por medio de representación, pudiendo actuar las partes por sí solas, ello no impide la representación o asistencia técnica facultativa, ya que la efectividad de la protección del derecho de defensa puede hacer aconsejable la utilización de un apoyo técnico, por lo que tal principio permite que las partes puedan hacerse representar o acompañar por un tercero en todas las etapas del procedimiento.

A su vez, la necesidad de garantizar la equidad en el procedimiento no sólo exige un equilibrio en la posición de las partes, sino que se presenta como expresión de un ideal que se impone en la utilización de este tipo de métodos alternativos.

Por ello, se prevé un derecho de información sobre la voluntariedad del sistema, y la posibilidad de abandonarlo en cualquier momento; la facilidad en la realización de alegaciones o presentación de pruebas, la información sobre la posibilidad de aceptación o rechazo de la solución propuesta advertir y sobre el valor de la decisión adoptada.

IV.

DEL PROCEDIMIENTO VOLUNTARIO PARA LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS COLECTIVO O DIFUSO DE LOS CONSUMIDORES EN LA LEY 21.081³²

En materia de mecanismos alternativos de solución de conflictos colectivos, la mayor innovación que introduce la nueva ley es a propósito de la implementación de un procedimiento extrajudicial de carácter voluntario.

Antes del despacho del proyecto de ley, el procedimiento se denominaba de “mediación colectiva”. Aunque la regulación se mantuvo intacta, el término “mediación” fue sustituido por el de “procedimiento voluntario”, puesto que se asemeja más a una conciliación que a una mediación, figuras que no siempre son de fácil distinción, puesto que los límites a veces se difuminan.

En este sentido, la conciliación puede identificarse como un mecanismo alternativo de solución de conflictos en la que el conciliador o amigable componedor tiene funciones equivalentes a las del mediador, con la diferencia de que posee facultades para proponer soluciones.

³² Publicada en el Diario Oficial de fecha 13 de septiembre de 2018 y que modifica la ley 19.496 sobre Protección de los Consumidores.

La mediación en cambio puede ser definida como “la acción cumplida por un tercero entre personas o grupos que lo consiente libremente y participan en ello, y a quienes pertenecerá tomar la decisión final, dirigida a hacer nacer o renacer nuevas relaciones entre ellos, o prevenir o curar las relaciones perturbadas” (Marín, 2007, pp. 19 y ss).

En la mediación existe un tercero neutral e imparcial cuya función es la de facilitar activamente un acuerdo al que las propias partes lleguen buscando revitalizar el proceso comunicativo, consiguiendo una cooperación en el diálogo y haciéndoles ver sus intereses, buscando de esta manera que cada uno identifique la posición del otro, pero sin que este tercero proponga bases para un arreglo, a diferencia de lo que sucede en la conciliación, en que el tercero actúa como amigable componedor efectuando propuestas concretas de solución.

Creemos que el cambio en la denominación se debe principalmente a la imposibilidad de configurar un procedimiento de mediación con el resguardo de los principios que tutelan este mecanismo, especialmente en atención a que el órgano mediador es aquél llamado a defender y proteger los derechos de uno de los intervinientes.

La denominación de procedimiento voluntario tampoco resulta adecuada, puesto que en nuestro sistema procesal la expresión está reservada a los actos judiciales no contenciosos, en donde no hay intervención de la jurisdicción, ni partes, ni decisión que produzca la cosa juzgada³³.

1. NATURALEZA

La ley lo regula como un procedimiento administrativo especial, a cargo de una unidad independiente y especializada dentro del Servicio, cuyo fin es cautelar el interés colectivo o difuso de los consumidores, mediante la obtención de una solución expedita, completa y transparente, en el caso de conductas que los afecten.

En este punto debe señalarse que no resulta claro si se trata de un procedimiento de carácter preventivo o de un verdadero mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Lo anterior se debe a que en ciertas oportunidades la normativa se refiere a conductas que puedan afectar el interés colectivo o difuso de los consumidores y usuarios y en otras supone la existencia de una afectación y un conflicto concreto.

Así, por ejemplo, el artículo 54 H establece que “el procedimiento a que se refiere este párrafo tiene por finalidad la obtención de una solución expedita, completa y transparente,

³³ El cambio en la denominación no simplifica los inconvenientes que presenta la actual regulación de este procedimiento y de los que nos haremos cargo en el presente trabajo.

en caso de conductas que puedan afectar el interés colectivo o difuso de los consumidores”, disociación que se reitera en distintas normas.

Igualmente, el artículo 54 H inciso 2º, dispone que la resolución conforme a la cual se iniciará el procedimiento indicará la “posible afectación del interés colectivo o difuso de los consumidores y las normas potencialmente infringidas”, mientras que el artículo 54 P, que establece el contenido mínimo que debe tener el acuerdo al que arriben las partes, en su número 1º se refiere al “cese de la conducta que pudiere haber afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores”.

Como puede observarse, ambas disposiciones también se refieren de forma condicional a la conducta del proveedor mediante las expresiones “posible afectación” o “cese de la conducta que pudiere haber afectado”.

Sin embargo, el artículo 54 H inciso 4º prohíbe al Sernac y a los demás legitimados ejercer acciones colectivas en sede judicial respecto de los mismos hechos mientras el procedimiento se encuentre en trámite; y el artículo 54 M faculta al mismo Servicio para solicitar los antecedentes necesarios, “especialmente aquellos que se requieran para determinar el monto de las compensaciones para los consumidores”³⁴, expresiones que suponen afectaciones concretas de intereses.

2. PRINCIPIOS INFORMATIVOS

Los principios básicos del procedimiento son la indemnidad del consumidor, la economía procesal, la publicidad, la integridad y el debido proceso. En lo que no se encuentra expresamente regulado, se estará a las normas contempladas en la ley N° 19.880³⁵.

No regula la ley principios tan fundamentales en la materia como el de la neutralidad y el de la colaboración procesal, en virtud del cual todos los intervinientes en un procedimiento deben obrar de buena fe con el objeto de lograr una solución justa y real³⁶.

³⁴ Si la norma considera reparaciones y compensaciones es porque parte de la base de que la infracción efectivamente se produjo.

³⁵ Relativa a los procedimientos administrativos. Creemos que, en atención a lo señalado respecto de los principios informativos de los mecanismos alternativos extrajudiciales de solución de conflictos, la ley debió haber reconocido también como principio la independencia e imparcialidad del órgano ante el cual se desarrolla el proceso, cuando además se trata de una entidad llamada a proteger los derechos del consumidor. Es difícil que el Sernac pueda garantizar esa imparcialidad en atención a los propios fines que le impone su existencia legal, lo que aleja a este procedimiento de las características propias de un procedimiento de mediación.

³⁶ En este punto, vid. Aguirrezabal Grünstein, Maite, “El deber de colaboración y la conducta procesal de las partes”, *Revista chilena de derecho privado*, n° 25, (2015): 303-312.

3. PROCEDIMIENTO

El procedimiento se iniciará por resolución del Servicio, la que será dictada de oficio, a solicitud del proveedor, o en virtud de una denuncia fundada de una asociación de consumidores, y será notificada al proveedor involucrado.

Debe señalarse en este punto que la ley reconoce exclusivamente al Sernac capacidad y legitimación para iniciar el procedimiento en comento, relegando a las asociaciones de consumidores a un rol de denunciantes o intervinientes en un proceso ya iniciado.

El Sernac ahora detenta por lo tanto una dualidad de funciones, ya que por un lado se fortalecen sus atribuciones fiscalizadoras y sancionadoras y, por otra, se le da esta facultad de promover el entendimiento voluntario entre las partes, desdoblándose entre su calidad de ente persecutor y la de amigable componedor, que pretende actuar con imparcialidad creando, como ya se señaló, una “subdirección independiente y especializada dentro del Servicio”³⁷.

La ley ha previsto también que el inicio del procedimiento configure una situación de litispendencia, ya que ninguno de los legitimados para ejercer acciones colectivas, podrán iniciar procedimientos judiciales respecto de los mismos hechos mientras el procedimiento se encuentre en tramitación³⁸.

Una vez que se ha dictado la resolución inicial, se indicarán en ella los antecedentes que fundamentan la posible afectación del interés colectivo o difuso de los consumidores y las normas potencialmente infringidas, informándose además al proveedor y a la asociación de consumidores, los hechos que le dan origen y su finalidad.

El plazo máximo de duración será de tres meses, contado a partir del tercer día de la notificación al proveedor de la resolución que da inicio al procedimiento, pudiendo ser prorrogado por una sola vez, hasta por tres meses más, por resolución fundada, debiendo certificarse si el procedimiento fracasa.

³⁷ Artículo 54 H de la ley. Esta idea obedece a lo que se conoce como las murallas chinas, término utilizado para denominar las barreras que deben existir entre las distintas áreas de negocio de una compañía. Su objetivo es evitar que se filtre información relevante para su evolución considerando separaciones físicas. Creemos que hubiese sido más adecuado entregar esta competencia a un tercero completamente independiente del Servicio capacitado para el inicio de la gestión administrativa. El problema es que este vacío puede producir que, en la práctica, el Sernac actúe como componedor y como parte. Y allí persisten los cuestionamientos respecto de cómo se concilia que ese componedor sea una unidad independiente y especializada dentro del servicio con lo que reza el artículo 58 de la Ley N° 19.496, según el cual el Sernac es una de las instituciones llamadas a promover los derechos de los consumidores y a defenderlos.

³⁸ Agregando la ley que este procedimiento no podrá iniciarse si ya se han ejercido acciones colectivas en sede judicial respecto de los mismos hechos y mientras éstas se encuentren pendientes. Durante el plazo que dure el procedimiento se suspenderá también el término de prescripción de las denuncias y acciones que se establecen en la ley, así como de las acciones criminales a que hubiere lugar.

También se entenderá fallido el procedimiento si al término del plazo de cinco días³⁹ el proveedor no expresa su voluntad de participar, debiendo el Servicio certificar dicha circunstancia mediante la dictación de una resolución de término.

Lo anterior es sin perjuicio de que las partes, en cualquier momento de la mediación, podrán expresar su voluntad de no perseverar lo que será certificado también en resolución de término.

A solicitud del proveedor, el Servicio decretará reserva respecto de terceros ajenos al procedimiento, de aquellos antecedentes que contengan fórmulas, estrategias o secretos comerciales siempre que su revelación pueda afectar el desenvolvimiento competitivo de su titular⁴⁰.

La comparecencia de los proveedores a las audiencias⁴¹ deberá realizarse por un apoderado facultado expresamente para transigir. En el caso de que el apoderado del proveedor no contare con facultades suficientes, el Servicio citará a una nueva audiencia que deberá tener lugar dentro de quinto día. Si en dicha nueva audiencia no se subsanare la situación, el procedimiento se entenderá fallido y el Servicio certificará dicha circunstancia mediante la dictación de una resolución de término.

4. ACUERDO

En caso de llegar a acuerdo, se dictará una resolución al efecto. En ella se describirán los términos del acuerdo y las obligaciones que asume cada una de las partes.

En su calidad de intervinientes, la ley permite que los consumidores potencialmente afectados y las Asociaciones de Consumidores puedan presentar las observaciones que estimen pertinentes a la propuesta de solución ofrecida por el proveedor o sugerir ajustes a las soluciones identificadas en el acuerdo, las que deberán presentarse por escrito o por vía electrónica y acompañarse al expediente⁴².

³⁹ Que puede prorrogarse por una vez por igual término.

⁴⁰ El artículo 54 O de la ley permite decretar la reserva de la información aportada por el proveedor siempre que su publicidad pudiera afectar su competitividad. Nótese también que el artículo que el artículo 54 M establece que “cuando el procedimiento hubiese concluido por falta de acuerdo entre las partes o por haber ejercido el Servicio su derecho a no perseverar en el proceso, éste no podrá presentar en juicio los instrumentos requeridos en virtud de este artículo y que hayan sido entregados por el proveedor en respuesta a dicha solicitud, a menos que haya tenido acceso a ellos por otro medio”, lo que podría constituir una limitación a la iniciativa en este tipo de instancias alternativas.

⁴¹ La ley no establece la forma como se desarrollarán las audiencias, labor que debería quedar entregada al reglamento que en conformidad con el nuevo artículo 54 S debe dictarse.

⁴² Conforme a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 18 de la ley N° 19.880.

Para ser declarada suficiente por el Servicio, la solución propuesta debe contemplar a lo menos, el cese de la conducta que pudiere haber afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores⁴³; el cálculo de las devoluciones, compensaciones o indemnizaciones respectivas por cada uno de los consumidores afectados, cuando proceda; una solución que sea proporcional al daño causado, que alcance a todos los consumidores afectados y que esté basada en elementos objetivos⁴⁴; la forma en la que se harán efectivos los términos del acuerdo y el procedimiento por el cual el proveedor efectuará las devoluciones, compensará o indemnizará a los consumidores afectados y los procedimientos a través de los cuales se cautelará el cumplimiento del acuerdo, a costa del proveedor.

Aclara la norma en todo caso que la solución propuesta por el proveedor no implicará su reconocimiento de los hechos constitutivos de la eventual infracción, lo que puede resultar contradictorio con la naturaleza reparatoria que persigue el procedimiento y con el compromiso de hacer cesar la conducta infraccional.

5. CONDICIONES PARA QUE EL ACUERDO ALCANZADO PRODUZCA EFECTO ERGA OMNES Y APROBACIÓN JUDICIAL

Para que el acuerdo contenido en la resolución dictada por el Servicio produzca efecto erga omnes, deberá ser aprobado por el juez de letras en lo civil correspondiente al domicilio del proveedor.

La homologación constituye una actividad judicial por la que el juez da firmeza a ciertos actos de las partes, a través de un examen de cumplimiento de sus condiciones extrínsecas e intrínsecas.

En el procedimiento civil tradicional de corte individual, la verificación de la justicia del acuerdo para su posterior aprobación no constituye una condición exigida por el Código de Procedimiento Civil, aunque sí parece ser una exigencia recomendable a propósito de los procedimientos colectivos, en atención a la especial naturaleza de estos últimos y a la excepcional situación de que el acuerdo afectará a personas que no han intervenido en su materialización ni han sido partes en el proceso.

⁴³ Volvemos aquí al problema de la determinación de la naturaleza de este procedimiento voluntario, puesto que se refiere al cese de la conducta infraccional.

⁴⁴ Los que la ley no señala y que serán de suma importancia al momento de determinar la viabilidad del acuerdo.

La ley exige que el acuerdo alcanzado plasme una solución proporcional al daño causado, que debe estar basada en elementos objetivos, los que no señala, quedando por lo tanto su determinación radicada en el órgano jurisdiccional.

Para aprobar esta clase de acuerdos y justificar su fuerza expansiva respecto de las partes que no fueron parte en su celebración, debe encontrarse un equilibrio entre las concesiones formuladas y los beneficios obtenidos por el acuerdo, procurando inferir si los miembros ausentes del grupo hubieran razonablemente aceptado los términos de la transacción.

Creemos que este aspecto resulta de vital importancia a la hora de establecer si el acuerdo puede o no ser homologado para los efectos previstos, ya que el tribunal sólo podrá rechazar el efecto erga omnes si el acuerdo no cumple con los aspectos mínimos establecidos, sin que existan parámetros legales que permitan determinar este cumplimiento.

Lo anterior nos lleva a considerar que el rol que jugará el órgano jurisdiccional en la materialización del acuerdo es fundamental, porque el examen necesario para aprobar una transacción colectiva demanda un estudio que vas más allá de sus cláusulas, indagando en aspectos como la representatividad adecuada del litigante, la justicia del acuerdo para el grupo, la valoración de la expectativa de éxito de la pretensión, del tratamiento adecuado de las subcategorías de interesados, de la claridad de las pautas de liquidación y ejecución del convenio, garantías brindadas, etc., lo que incluso facultaría al juez a adoptar medidas que permitan la intervención de los consumidores o la participación de auxiliares técnicos.

A tales efectos, y como señala Giannini, deben tenerse en cuenta elementos como la necesidad de un análisis riguroso de la representatividad adecuada del legitimado colectivo; la expectativa de éxito de la pretensión deducida; la dificultad probatoria y complejidad jurídica del caso; el tiempo y costos que insumiría demostrar la razón en juicio, asumiendo que el reclamo prosperara, aspecto directamente asociado con los incisos anteriores; la adecuada distinción entre sub-categorías de afectados, cuando ello fuera relevante, y razonabilidad de la diferencia de trato eventualmente dada a cada una de ellas; la claridad de los parámetros para liquidar créditos individuales, la ejecución del convenio en caso de incumplimiento y la garantía de concreción efectiva de las prestaciones comprometidas a favor del grupo, evaluando el riesgo de insolvencia o modificación de las condiciones de cobrabilidad futura⁴⁵.

Cabe por tanto preguntarse qué tan formal y acotada será la revisión del acuerdo que hará el juez de letras en lo civil, en los términos que plantea la ley. Ello, porque los aspectos señalados en el artículo 54 P no siempre se refieren a requisitos formales ni resultan todos

⁴⁵ Cfr. en este punto, Leandro Giannini, “La liquidación y ejecución de sentencias en los procesos colectivos”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales U.N.L.P.* (2014): 232.

fáciles de analizar, como ocurre, por ejemplo, con la forma en la que se harán efectivos los términos del acuerdo y el procedimiento por el cual el proveedor efectuará las devoluciones, compensará o indemnizará a los consumidores afectados⁴⁶.

Por lo señalado, causa extrañeza que la ley introduzca como norma el que el juez deba pronunciarse de plano sobre si se cumplen o no las condiciones para homologar el acuerdo, porque es la forma menos corriente de fallar de nuestros jueces en nuestro ordenamiento y porque en principio se reserva para actuaciones de fácil decisión.

Luego la norma tampoco es completa en lo que se refiere a la impugnación de dicha resolución, puesto que señala que sólo será procedente el recurso de reposición con apelación en subsidio en contra de la resolución que rechace el acuerdo, pero no deja en claro quiénes serán los sujetos legitimados para la interposición del recurso⁴⁷.

Una vez producida la homologación, la copia autorizada por el Director Nacional de la resolución en la que conste el acuerdo, surtirá los efectos de una transacción extrajudicial respecto de todos los consumidores potencialmente afectados, con excepción de aquellos que hayan hecho valer sus derechos ante los tribunales con anterioridad al acuerdo en la mediación, o que hayan acordado en forma particular con el proveedor, y tendrá mérito ejecutivo transcurridos 30 días desde la publicación de un extracto de la resolución en el Diario Oficial y en un medio de circulación nacional, a costa del proveedor, así como en el sitio web institucional del Servicio.

Durante dicho término, los consumidores afectados que no estén de acuerdo con la solución alcanzada, para efectos de no quedar sujetos a ésta, deberán hacer presente su disconformidad al Servicio, reservándose sus acciones individuales que emanen de la posible infracción, constituyendo dicho incumplimiento una infracción a la ley 19.496.

Por otra parte, es de recordar que aun aprobado en tales condiciones un acuerdo colectivo y sin perjuicio de que la ley nada mencione al respecto, la actividad del tribunal no quedará agotada, dado que existen incidencias futuras derivadas del acuerdo, diversas a la ejecución propiamente dicha como, por ejemplo, las motivadas por el ejercicio del derecho de autoexclusión, los problemas de liquidación de la parcela individual de un resarcimiento pautado a título colectivo, etc., que deberían ser dirimidas por el órgano a cargo de la aprobación.

⁴⁶ En este punto, el desafío que pesa sobre nuestros jueces civiles es grande, considerando que en muchas ocasiones los acuerdos colectivos requieren de precisiones no sólo de carácter jurídico, sino también de carácter económico.

⁴⁷ Cabe señalar en este punto que la ley ha previsto que los consumidores puedan hacer reserva de sus acciones una vez que el acuerdo ha sido homologado y publicado en el Diario Oficial.

6. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA EJECUCIÓN DE LA TRANSACCIÓN ALCANZADA EN UN ACUERDO COLECTIVO

Tal como ya se ha señalado, la posibilidad de concluir un procedimiento colectivo mediante una solución alternativa a la sentencia definitiva es hoy una solución concreta.

Pero debemos plantearnos que la efectividad del acuerdo no se agota en su alcance y homologación, sino que la verdadera actividad disuasoria de las prácticas lesivas de los derechos de los consumidores se encuentra en la efectiva ejecutabilidad del acuerdo alcanzado, esto es, que los beneficios obtenidos por medio de la condena colectiva sean adjudicados directamente a los miembros de la clase que fueron afectados por la conducta del proveedor.

Puede suceder, por ejemplo, que la ejecución encuentre dificultades en que la prueba individual del daño no es posible de producir por parte de los afectados. Muchas veces puede ser difícil o imposible localizar a los miembros de la clase, y los costos en los que se incurriría para su localización pueden resultar elevados, convirtiendo con ello la compensación final en algo prácticamente simbólico.

En cualquiera de los supuestos mencionados, y particularmente en el último, la finalidad de compensación directa se pierde y las circunstancias tienden a conspirar contra la efectiva sanción del demandado, agregando Verbic que “es por ello que en estas situaciones los jueces deben acudir a algún mecanismo que permita proceder a la distribución de los fondos obtenidos de manera indirecta sin exigir la determinación individual de la afectación sufrida por cada uno de los miembros del grupo, con el objeto de evitar que la demandada escape al efectivo cumplimiento del acuerdo” (Verbic, 2012, p. 3800).

Es aquí donde se enmarcan mecanismos como el *fluid recovery*⁴⁸, que opera como subsidiario de la distribución efectiva que de las indemnizaciones se haga a los consumidores, y que consiste en que los remanente o fondos que no fueron distribuidos entre los miembros del grupo de afectados sean entregados a un destinatario cuyos intereses se aproximen razonablemente a los del grupo, quedando en principio la tarea de su determinación entregada al legislador o al órgano jurisdiccional⁴⁹.

⁴⁸ Sobre el particular, vid. Francisco Verbic, “La importancia del mecanismo de liquidación y ejecución fluida para dotar de eficacia a las sentencias colectivas de consumo”, en Erreia Online (2013), y Pamela Tolosa, “Acciones de clase, microdaños a los consumidores y *fluid recovery*: alternativas institucionales y costos sociales”, en *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*, vol. 3:1 (2017): pp. 76-98.

⁴⁹ Sin perjuicio de que siempre la solución de preferencia debe ser la entrega de los fondos a los consumidores afectados, y solo en la imposibilidad a terceros en las condiciones descritas.

La ley 21081 ha previsto un sistema que podríamos equiparar al del fluid recovery, a propósito de las transacciones judiciales y la sentencia judicial dictada en el procedimiento colectivo. En lo que respecta al procedimiento voluntario, cuando se trate de la entrega de sumas de dinero, hace aplicable lo dispuesto por el artículo 53 B⁵⁰.

Asimismo, estos acuerdos deberán designar a un tercero independiente mandatado para ejecutar, a costa del proveedor, las diligencias previamente señaladas, salvo que otros medios resulten preferibles, en el caso concreto, para lograr la transferencia efectiva del dinero que a cada consumidor corresponde. Para el cumplimiento de dicho mandato, el proveedor deberá transferir la totalidad de los fondos al tercero encargado de su entrega a los consumidores.

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 concursable para iniciativas de las asociaciones de consumidores y que se encuentra establecido en el artículo 11 bis de la ley 19.496.

V.

CONCLUSIONES

1) Es posible en los procesos colectivos arribar a soluciones autocompuestas como la transacción mediante una adecuada regulación y consideración de las partes ausentes a quienes dicha solución afectará.

2) La circunstancia de que el legitimado colectivo asuma una representación atípica del grupo, no es óbice para la conclusión de dicho tipo de acuerdos y en ellos el órgano jurisdiccional tendrá una participación fundamental a través de la homologación.

3) Sin embargo esa cualidad especial que reviste la legitimación grupal hace que, a diferencia de lo que ocurre en los procesos tradicionales, no sólo tenga que analizarse en cada caso la presencia de cuestiones que afecten el orden público, sino que, además, deba revestirse al acto de formalidades y recaudos específicos destinados a verificar que el acuerdo

⁵⁰ Este artículo establece que: “Los avenimientos, conciliaciones o transacciones que contemplen la entrega a los consumidores de sumas de dinero deberán establecer un conjunto mínimo de acciones destinadas a informar a quienes resulten alcanzados por el respectivo acuerdo las acreencias que tienen a su favor, facilitar su cobro y, en definitiva, conseguir la entrega efectiva del monto correspondiente a cada consumidor

sea justo para el grupo, por haber sido el fruto de una negociación seria, efectiva, proba y enérgica de quien se encuentra habilitado legalmente para estar en juicio en representación del conjunto de los afectados.

4) Si bien el procedimiento voluntario extrajudicial incorporado por la ley 21.081 constituye un avance en la solución de los conflictos colectivos de los consumidores, varios aspectos en su regulación resultan cuestionables o carentes de normativa.

Para citar este artículo: Aguirrezabal G., Maite. “Análisis crítico del procedimiento voluntario introducido en la ley chilena de protección de consumidores y usuarios como mecanismo alternativo de solución de conflictos colectivos”, *Revista de Derecho. Ucedal* N° 18 (Dic.- 2018), ISSN 1510-3714, ISSN On line 2393-6193, 45-71.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguirrezabal Grünstein, Maite, “Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)”, en *Revista Chilena de Derecho*, n° 1 (2006).
- Aguirrezabal Grünstein, Maite, “Los principios procesales que informan los procedimientos colectivos”, en *Principios Procesales*, ed. por Jorge Peyrano (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011).
- Aguirrezabal Grünstein, Maite, *El procedimiento para la defensa de intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios en la Ley 19.946*, Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes, (2006).
- Aguirrezabal Grünstein, Maite, “El deber de colaboración y la conducta procesal de las partes”, *Revista chilena de derecho privado*, n° 25, (2015).
- Almagro Nosete, José, “La protección procesal de los intereses difusos en España”, *Justicia* 83 (1983).
- Barbosa Moreira, José, “A ação popular do Direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados <<intereses difusos>>”, *Studi in onore de Enrico Tullio Liebman, Giuffré*, (Milano: Giuffré, 1979).
- Barbosa Moreira, José, “La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (un aspecto de la experiencia brasileña)”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* 3 (1992).

- Cappelletti, Mauro y Garth, Briant, *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, México: Fondo de Cultura Económica, 1978.
- Espín Alba, Isabel, “Arbitraje y mediación de consumo: a propósito de la ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 67, N° 2159 (2013).
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Juicio de amparo e interés colectivo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*, México: Porrúa, 2004.
- Giannini, Leandro, “La liquidación y ejecución de sentencias en los procesos colectivos”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales U.N.L.P.* (2014).
- Gidi, Antonio, “Derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos”, en *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, ed. Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, México, Porrúa, 2004.
- Gutiérrez de Cabiedes, Pablo, *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Pamplona: Aranzadi, 1998.
- Lozano-Higuero y Pinto, Manuel, *La Protección de los intereses difusos: intereses de los consumidores, ecológicos, urbanísticos, el acceso a la R.T.V*, Madrid: García Blanco, 1983.
- Pellegrini Grinover, Ada, “A problemática dos interesses difusos”, *A tutela dos interesses difusos*, Saraiva, Sao Paulo (1984).
- Pellegrini Grinover, Ada, “Acciones colectivas para la defensa del ambiente y de los consumidores, en *La ley brasileña núm. 7347 de 24 de julio de 1985*”, *Revista de Derecho Procesal* n° 3 (1998).
- Pellegrini Grinover, Ada, “I processi collettivi del consumatore nella prassi brasiliana”, *Rivista di Diritto Processuale* (1994).
- Pérez Gurrea, Rosana, “La mediación como método de resolución extrajudicial de conflictos: su regulación y efectos en el Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo”, en *Diario La Ley*, N° 7878, Sección Doctrina, 12 de junio (2012).
- Pérez Ragone, Alvaro, “Los llamados medios alternativos de resolución de conflictos vistos desde el proceso civil ¿la justa realización del derecho material vs la resolución de conflictos?”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 1, núm. XXVII (2006).

- Rodríguez López, Ricardo, “Tutela jurisdiccional de los derechos de los consumidores y usuarios”, *Actualidad Civil* 56 (2010).
- Sandole, Dennis y van der Merwe, Hugo, *Conflict Resolution, Theory and Practice: Integration and Application*, New York: Manchester University Press, 1993.
- Tolosa Pamela, “Acciones de clase, microdaños a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales”, en *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*, vol. 3 (2017).
- Vasak, Karel, “Human rights: as a legal reality”, *The international dimensions of human rights*, Greenwood Press, Connecticut (1982).
- Verbic, Francisco, “La importancia del mecanismo de liquidación y ejecución fluida para dotar de eficacia a las sentencias colectivas de consumo”, en *Erreia Online* (2013).
- Verbic, Francisco, “Liquidación colectiva de pretensiones de consumo individualmente no recuperables por medio del mecanismo de *fluid recovery*. Nociones generales y su recepción en Argentina y Brasil”; en *RIDB* n° 6 (2012).
- Vigoriti, Vincenzo, *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad gire*, Milán: Giuffrè Editore, 1979.
- Watanabe, Kasuo, “Acciones colectivas: cuidados necesarios para la correcta fijación del objeto litigioso del proceso”, en *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*, ed. por Antonio Gidi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, México, Porrúa, 2004.