

DERECHO PROCESAL CIVIL

*Maite Aguirrezabal Grünstein**

LIQUIDACIÓN DE LA SENTENCIA DICTADA EN UN PROCEDIMIENTO COLECTIVO
Y LAS ALTERNATIVAS PARA LA REPARACIÓN DE CONSUMIDORES INDETERMINADOS

SETTLEMENT OF THE JUDGMENT GIVEN IN A CLASS PROCEDURE
AND ALTERNATIVES FOR THE REPAIR OF INDETERMINATE CONSUMERS

Corte de Apelaciones de Santiago,
7 de septiembre de 2023, rol n.º 5740-2021

RESUMEN

En el presente trabajo se analiza la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 7 de septiembre de 2023, en la causa rol n.º 5740-2021, caratulada “Servicio Nacional del Consumidor con Farmacias Cruz Verde y otras”, referida al pago de los daños sufridos por los consumidores con ocasión del “Caso farmacias”, que condenó por colusión a Farmacias Cruz Verde, Salcobrand y FASA y que derivó en un procedimiento colectivo en que se ordenó el pago de las indemnizaciones correspondientes a los consumidores.

Dicho procedimiento finalizó con un acuerdo entre el SERNAC y las Farmacias Cruz Verde y Salcobrand, excluyéndose a FASA, quien decidió seguir adelante con el procedimiento mediante recurso de apelación.

PALABRAS CLAVE: difuso; liquidación; ejecución

* Profesora investigadora, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Las Condes, Región Metropolitana, Chile. Dirección postal: avenida Monseñor Álvaro del Portillo n.º 12455, Región Metropolitana, Las Condes, Chile. Correo electrónico: maguirrezabal@uandes.cl

El presente trabajo se hace en el marco del proyecto FONDECYT número 1230702, titulado “La inadecuación del sistema previsto para la reparación de intereses supraindividuales en la ley 19.496. Análisis crítico y propuestas para una efectiva tutela procesal”, del que la autora es investigadora responsable.

ABSTRACT

This paper analyzes the rule pronounced by the Court of Appeals of Santiago on September 7, 2023, in case No. 5740-2021, titled “Servicio Nacional del Consumidor con Farmacias Cruz Verde y otras”, referring to the payment of damages suffered by consumers in the “Farmacias Case”, which condemned Farmacias Cruz Verde, Salcobrand and Fasa for collusion and which resulted in a collective proceeding ordering the payment of the corresponding indemnities to consumers. This proceeding ended with an agreement between SERNAC and Farmacias Cruz Verde and Salcobrand, excluding Fasa, which decided to continue with the proceeding by means of an appeal.

KEYWORDS: diffuse; settlement; execution

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se analiza la sentencia pronunciada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 7 de septiembre de 2023, en la causa rol n.º 5740-2021, caratulada “Servicio Nacional del Consumidor con Farmacias Cruz Verde y otras”, referida al pago de los daños sufridos por los consumidores con ocasión del “Caso farmacias”, que condenó por colusión a Farmacias Cruz Verde, Salcobrand y FASA y que derivó en un procedimiento colectivo en que se ordenó el pago de las indemnizaciones correspondientes a los consumidores.

Dicho procedimiento finalizó con un acuerdo entre el SERNAC y las Farmacias Cruz Verde y Salcobrand, excluyéndose a FASA, quien decidió seguir adelante con el procedimiento mediante recurso de apelación.

El fallo resulta de gran importancia puesto que la Corte refiere a temas relevantes como la existencia de legitimación pasiva, la posibilidad de indemnizar intereses difusos y la forma como debe liquidarse y ejecutarse la sentencia colectiva.

I. HECHOS RELEVANTES QUE MOTIVAN EL FALLO

Los hechos se remontan al procedimiento seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, rol n.º 2578-2012, en que la Corte Suprema confirmó la sentencia condenatoria dictada por este tribunal, de fecha treinta y uno de enero de dos mil doce, que acogió el requerimiento presentado por la FNE en diciembre de 2008, y que condenó a Cruz Verde y Salcobrand por infracción al art. 3.º letra a) del DL 211, por coludirse junto con FASA para alzar los precios de al menos doscientos seis medicamentos en el mercado minorista nacional en el periodo comprendido entre diciembre de 2007 y marzo de 2008.

Se fijó una multa a Cruz Verde y Salcobrand por una suma equivalente al máximo legal, ascendente a veinte mil unidades tributarias anuales.

Durante el procedimiento seguido ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, FASA celebró un acuerdo de conciliación con la FNE, convenio que luego fue ratificado por el órgano jurisdiccional, y en que reconoce haberse coludido con las otras farmacias, obligándose al pago de una multa ascendente a la suma de 1 350 UTA.

Luego, el SERNAC alcanza un acuerdo para que FASA fije un plan de compensación de los consumidores afectados por la colusión. En diciembre de 2009, disconforme con la implementación de este plan de compensación, el SERNAC interpuso una demanda en contra de FASA en sede civil por un presunto incumplimiento.

El Servicio argumentó en su demanda que, de los dos mil quinientos millones de pesos que FASA se comprometió a desembolsar, esta solo habría alcanzado a compensar efectivamente el monto de mil novecientos millones de pesos, por lo que existiría un remanente de seiscientos millones de pesos, que la farmacia no desembolsó. El 1^{er} Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, en causa rol n.º 37.607/2009, caratulada “Sernac con Farmacias Ahumada” rechazó la demanda.

La apelación del SERNAC fue acogida por la Corte de Apelaciones de Santiago en causa rol n.º 109-2014, en la que con fecha 24 de diciembre de 2014 revoca la sentencia de primera instancia y acoge la demanda infraccional y la acción de indemnización de perjuicios, por considerar que FASA infringió el art. 12 de la Ley n.º 19.496 letra b), condenándola al pago de una multa equivalente a cincuenta unidades tributarias mensuales y obligándola a consignar en la cuenta corriente del tribunal de la instancia, en provecho del colectivo representado por el SERNAC, la cantidad de seiscientos diez millones de pesos, los que quedarían a disposición de los comparecientes que hagan valer su derecho compensatorio al tenor de los incisos segundo del art. 54 y primero del 54 C, además del 54 D, de la Ley n.º 19.496.

Elevado el proceso en casación en el fondo por FASA, la Corte Suprema acoge dicho recurso señalando en el considerando 11.º de la sentencia:

“los sentenciadores de alzada han aplicado erróneamente el artículo 12 de la Ley n.º 19.496 al caso de autos, pues las disposiciones del Plan de Compensación suscrito en abril de 2009 por FASA no forman parte de los términos, condiciones y modalidades con que se convino la entrega de los medicamentos en las ventas que se pretendía resarcir y, por ende, no puede catalogarse dicho Plan como un acto mercantil reglado por el referido cuerpo legal de conformidad a su artículo 2 letra a). De ahí que el incumplimiento alegado, pero no probado, del Plan de Compensación ni siquiera pueda constituir una infracción de aquellas que prevé la Ley N.º 19.496, ni pretender perseguir su resarcimiento conforme a la misma ley y, al resolver en sentido contrario los recurridos, han cometido un error de derecho

con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo que debe ser enmendado, acogiendo el recurso interpuesto”,

confirmando en la sentencia de reemplazo el fallo de primera instancia.

Atendidas las circunstancias descritas es que FASA, sin perjuicio de haber sido condenada también en el procedimiento colectivo seguido contra las farmacias, no concurre al acuerdo celebrado por las otras cadenas de farmacias con el SERNAC, y opta por apelar el fallo, recurso que funda en la falta de legitimación pasiva, por la existencia de la conciliación previa alcanzada con la FNE, y en una excepción de pago opuesta con ocasión del plan de compensación acordado con el SERNAC.

La Corte de Apelaciones de Santiago rechaza el recurso de apelación y condena a Farmacias Ahumada a pagar la correspondiente indemnización por infracción a la Ley del Consumidor, agregando que la sentencia sí produce cosa juzgada, pero solo en lo que respecta a su participación en la colusión, ya que la conciliación no la hace perder la calidad de parte del juicio y, por consiguiente, lo decidido allí le resulta plenamente vinculante, no advirtiéndose infracción alguna al efecto relativo de las resoluciones judiciales que consagra el artículo 3.º del *Código Civil*.

El fallo concluye, además, que, respecto de la excepción de pago, no resulta procedente acogerla, porque no ha existido un debate o discusión acerca de la individualización de cada una de las personas beneficiarias de la indemnización, y los pagos efectuados en el marco del plan de compensación implementado entre los meses de abril y septiembre de 2009, sin perjuicio de las imputaciones que correspondan por concepto de pagos.

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS INTERESES DEMANDADOS

Suelen distinguirse dos categorías de intereses que admiten tutela colectiva: los intereses difusos y colectivos, también conocidos como intereses supraindividuales y los intereses individuales homogéneos.

Los intereses supraindividuales pueden definirse como situaciones jurídicas

“en que una comunidad de sujetos se encuentra en idéntica posición respecto de un bien del que todos ellos disfrutan simultánea y conjuntamente, de forma concurrente y no exclusiva, y que se ven afectados de forma unitaria por un determinado acto que a todos perjudica”¹.

Se trata de intereses de naturaleza indivisible, lo que implica una imposibilidad absoluta de atribuir individualmente una cuota a cada uno de los interesados.

¹ BORDALÍ (2004), p. 299.

Los intereses difusos son aquellos que pertenecen a un grupo de sujetos indeterminados o de muy difícil determinación, los cuales se encuentran vinculados por una situación de hecho. Su naturaleza indivisible y la inexistencia de una relación jurídica base no posibilitan la determinación de sus titulares. El típico ejemplo es el del derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación, el derecho al patrimonio histórico o las campañas publicitarias dirigidas a consumidores, situaciones donde no podemos conocer a ciencia cierta cuál es la identidad de los sujetos receptores de la lesión.

Los intereses colectivos, en cambio, a pesar de ser indivisibles, se caracterizan por la determinabilidad de sus titulares, vinculados a través de la relación jurídica base que los une mediante el vínculo jurídico que los une a la parte contraria. Es el caso, por ejemplo, de los miembros de un sindicato o de un colegio profesional.

El núcleo común, entonces, de intereses colectivos y difusos, por lo tanto, es la indivisibilidad, mientras que la diferencia se encuentra en el grado de vinculación existente entre los miembros.

A diferencia de lo que hemos explicado sobre las categorías anteriores, los intereses individuales homogéneos poseen una naturaleza por completo distinta. Se trata de derechos que pertenecen a cada sujeto de modo individual; esto es, son derechos divisibles y que, por cuestiones de economía procesal y eficacia, su tutela se sustancia en un único proceso de carácter colectivo. La condición para que puedan agregarse estos derechos es que exista una afectación común, que el hecho generador de la lesión sea el mismo. Sería el caso, por ejemplo, del daño a la salud que podría producir la contaminación medioambiental, en que los individuos sufrieran distintas afectaciones de salud y por la que cada sujeto tiene una pretensión distinta que proviene del mismo evento. Estos sujetos podrían cada uno demandar su perjuicio en procedimientos distintos, pero la ley ha previsto que se haga en un único proceso en aras del número de demandantes y de la eficacia procesal².

Atendida la naturaleza jurídica de estas diversas categorías, el sistema de reparación de los intereses supraindividuales y de los derechos individuales homogéneos no es el mismo. Para el caso de los primeros, la reparación es en especie, indivisible y única. En el segundo caso, la reparación que se busca es civil, patrimonial, distinta e individual para cada uno de los consumidores que acrediten su calidad de miembros afectados.

En el caso de los derechos individuales homogéneos, la homogeneidad y origen común son, por lo tanto, los requisitos para el tratamiento colectivo de los derechos individuales y su tutela requiere de una fase de verificación individualizada de daños³.

² Se trata de un supuesto ya reconocido en el art. 18 del *Código de Procedimiento Civil*, pero no resulta aplicable cuando existe una gran cantidad de demandantes, ya que el proceso civil tradicional no resulta eficiente en estos casos. Por ello es por lo que resulta razonable la aplicación del procedimiento colectivo si se trata de infracciones a los consumidores.

³ Diferenciación similar a la que hace el sistema de la *class action* estadounidense, cuando distingue la *class action for damages* o *common question class action*.

III. LOS INTERESES SUPRAINDIVIDUALES Y EL PROCESO COLECTIVO CONSAGRADO EN LA LEY N.º 19496

La legislación chilena, cuando ha consagrado el proceso colectivo en la ley del consumidor, ha decidido seguir un modelo de vinculación entre proveedores y consumidores para la protección de los intereses colectivos y difusos.

En efecto, según el art. 50 de la LPC, “el ejercicio de las acciones puede realizarse a título individual o en beneficio del interés colectivo o difuso de los consumidores” (inc. 3.º). Por su parte, conforme al art. 51 de la misma ley, el procedimiento colectivo “se aplicará cuando se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores” (inc. 1.º).

Teniendo en cuenta, por una parte, los conceptos anteriormente establecidos respecto de lo que debemos entender como intereses difusos, intereses colectivos e intereses individuales homogéneos y, por otro, la legitimación para obrar es necesario fijar con precisión los elementos objetivos de la acción para la tutela de intereses colectivos y difusos esto es, el PETITUM y la causa de pedir.

Los requisitos son relevantes al momento de realizar una correcta evaluación de la relevancia social de la tutela colectiva, para determinar al legitimado pasivo de la acción y la correcta fijación de la extensión de la demanda.

En el análisis de estos elementos objetivos de la acción es particularmente importante saber con qué fundamento y en qué términos se solicita la tutela jurisdiccional, puesto que independientemente de cuál sea la denominación que le otorgue el actor, podemos encontrarnos ante una auténtica demanda colectiva para la tutela de intereses supraindividuales, o la hipótesis podrá ser de tutela de intereses individuales con la denominación incorrecta de demanda colectiva.

IV. SITUACIÓN ACTUAL DEL PROCEDIMIENTO REPARATORIO EN EL PROCESO COLECTIVO DE CONSUMIDORES Y USUARIOS CONTEMPLADO EN LA LEY N.º 19496

1. Procedimiento de ejecución colectiva previsto en la LPC

Dada la imposibilidad de determinar de forma individual a los afectados, el proceso colectivo introducido por la Ley n.º 19955 contiene originalmente normas especiales relativas a la ejecución de la sentencia condenatoria.

Se ha señalado por la doctrina que con la realización del pago termina la concepción del grupo como tal, puesto que en este momento se logra la satisfacción individual de la pretensión de cada uno de los miembros⁴.

⁴ Cfr. BERMÚDEZ (2008), pp. 286-287.

Nuestra legislación ha establecido en este punto, y según lo dispone el art. 54 F, que:

“el demandado efectúe las reparaciones o consigne el monto íntegro de las indemnizaciones dentro del plazo de 30 días corridos, contados desde aquél en que se haya fallado el incidente promovido en relación con la acreditación de la calidad de interesados, pudiendo el tribunal establecer un programa mensual de pago de indemnizaciones completas para cada demandante o bien determinar una forma de cumplimiento alternativo si pudiera estimarse que quedará próximo a la insolvencia”⁵.

Agrega el art. 54 G:

“si la sentencia no es cumplida por el demandado, la ejecución se efectuará a través del procurador común en un único procedimiento, por el monto global de las indemnizaciones o reparaciones o por el saldo total insoluto, efectuándose el pago a los interesados a prorrata de sus derechos declarados en la sentencia definitiva”⁶.

El problema era que la regulación original contenida en la Ley n.º 19496 era insuficiente para afrontar las eventuales dificultades, ya que como señala Francisco Verbic: “puede ser difícil o imposible localizar a los miembros de la clase afectada”⁷ y que:

“puede ocurrir que los costos que insumiría localizar a los miembros de la clase, comunicarse con ellos, evaluar la prueba que aporten y/o distribuir los fondos resultantes sean demasiado altos, y por tal motivo, la compensación final se convierta en algo prácticamente simbólico”⁸,

agregando:

“en cualquiera de los supuestos mencionados, y particularmente en los dos últimos, la finalidad de compensación directa se diluye y las circunstancias tienden a conspirar contra la efectiva punición de la parte demandada”⁹.

La tendencia normativa consideraba incluir una norma que regulara específicamente la liquidación de la sentencia dictadas en procesos de consumidores y usuarios, colocándose de manifiesto:

⁵ Art. 54 F de la Ley n.º 19496 de 1997.

⁶ Art. 54 G de la Ley n.º 19496 de 1997.

⁷ VERBIC (2014), p. 2, y en este mismo sentido, TOLOSA (2017), p. 3.

⁸ *Ibid.* y en este mismo sentido, TOLOSA (2017), p. 4.

⁹ VERBIC (2014), p. 3.

“la necesidad de permitir condenas abiertas en cuyos procesos de ejecución pudieran comparecer los afectados que acreditaran su calidad de miembros del grupo y que pudieran beneficiarse de la extensión subjetiva de los efectos de la sentencia”¹⁰,

y evitando con ello que:

“los consumidores y usuarios que no hayan comparecido en el proceso tengan que iniciar un nuevo proceso declarativo para obtener individualmente una sentencia favorable, y por lo tanto, el consumidor que no ha intervenido en el proceso y que entienda reunir los caracteres o requisitos establecidos en la sentencia de condena para extender a su propia situación jurídica los efectos de la misma, puede obtener el reconocimiento de su derecho de una manera sencilla, rápida y directa, sin necesidad de acudir a un nuevo procedimiento de declaración contra el deudor declarado en la sentencia, el que ha puesto en el mercado los bienes o servicios que han ocasionado el perjuicio”¹¹.

El objetivo de la reforma introducida por la Ley n.º 21081 es, entonces, el cumplimiento de la finalidad principal de una ejecución colectiva, consistente en que las reparaciones efectivamente alcancen a los consumidores y no queden en poder de los proveedores porque los afectados no han comparecido reclamando sus derechos¹².

2. Ejecución de la sentencia condenatoria colectiva

La sentencia de condena que se pronuncia en un procedimiento colectivo resulta compleja cuando debe determinarse al conjunto de consumidores afectados que no han concurrido con su intervención.

Por una parte, establecerá los datos, características y requisitos necesarios para la identificación de los consumidores no individualizados como beneficiados de dicha sentencia y, por otra, determinará la procedencia de las reparaciones e indemnizaciones que correspondan¹³.

¹⁰ AGUIRREZABAL (2010), p. 119.

¹¹ *Ibid.*. En este sentido también, MORENO (2001); ESCRIBANO *et al.* (2001). Esta solución ya había sido introducida por los ars. 110 y 111 de la ley que regula la jurisdicción contencioso-administrativa (29/1998). *Cfr.* también ROSENDE (2002), pp. 159-160.

¹² Según lo establece el art. 53 C de la Ley n.º 19496. Estas normas alcanzan también al acuerdo alcanzado en sede judicial y al que resulte del procedimiento administrativo, al que la ley denomina como voluntario, y que se sigue ante el SERNAC.

¹³ Señala ARROM (2011), p. 72: “la sentencia de condena señalada no desarrolla per se eficacia ejecutiva, puesto que en el título no ha quedado fijada la legitimación activa a los efectos del despacho de la ejecución. Es por ello que dicho título precisa, si desea alcanzar la perfección ejecutiva, de un plus cual es el testimonio del auto por el que se fija el extremo de la legitimación activa”.

Lo anterior resulta necesario para que el consumidor que hasta el momento no ha figurado en el proceso de modo alguno, pueda intervenir en la etapa de ejecución, solicitando previamente su reconocimiento como beneficiado por la sentencia de condena¹⁴, lo que será necesario en los casos en que no haya sido posible realizar una evaluación de todos los miembros del grupo en la sentencia sin su presencia efectiva en el proceso o, bien, cuando se trate de reclamar por perjuicios que no son uniformes.

Resulta esencial, por lo tanto, que el juez se asegure de que la publicación de la sentencia que acoge la acción colectiva sea conocida por la mayor cantidad de destinatarios con el objetivo de que participen ahora en la etapa de ejecución del fallo.

Para ello, el art. 54 dispone que 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 mediante avisos publicados, a lo menos en dos oportunidades distintas, en los diarios locales, regionales o nacionales que el juez determine, con un intervalo no inferior a tres ni superior a cinco días entre ellas¹⁵, ocupándose el art. 54 A de fijar el contenido de los avisos¹⁶.

Según lo dispone el art. 54 C de la Ley n.º 19496:

“los interesados deben presentarse a ejercer sus derechos en el plazo de noventa días corridos y contados desde el último aviso, y podrán comparecer personalmente o patrocinados por un abogado, pero si se ha designado un procurador común, deberán actuar a través de éste y de acuerdo con las reglas generales”.

Dentro del mismo plazo, tendrán una nueva oportunidad para hacer reserva de sus derechos con el objetivo de 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 declarada¹⁷.

¹⁴ Siguiendo a GONZÁLEZ (2002), pp. 269-271, consideramos que la acción ejecutiva de consumidores y usuarios no determinados en la sentencia abarca no solo al caso de afectados o perjudicados indeterminados o de difícil determinación, definición subjetiva de un interés difuso, sino, también, el caso de perjudicados fácilmente determinables, es decir, el caso de un interés colectivo que ha podido ser defendido en juicio por una asociación o grupo de afectados, por cuanto que, no todo interés colectivo implica absoluta determinación durante el proceso de todos y cada uno de los afectados, ya que la ley no exige que todos los perjudicados figuren en la demanda, sino tan solo la mayoría; ni que se incorporen en su totalidad al proceso. En contra se manifiestan SABATER (2000), pp. 2494-2498 y FERNÁNDEZ (2001), pp. 97-99.

¹⁵ Pudiendo el juez disponer una forma distinta de comunicación si el número de afectados permite asegurar el conocimiento de todos y cada uno de ellos por otro medio.

¹⁶ Pudiendo el juez determinar una forma distinta de publicidad con el objetivo de facilitar el cobro y conseguir la entrega efectiva de las correspondientes reparaciones.

¹⁷ Nuestro legislador establece para este caso una nueva hipótesis de la eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada.

El art. 53 C establece una excepción a la necesidad de comparecencia de los afectados cuando el proveedor cuenta con la información necesaria para individualizar a los consumidores y pueda procederse al pago de las indemnizaciones, reparaciones o devoluciones sin necesidad de dicha intervención.

Hasta ahora la ejecución de sentencia colectiva ha contado con esta información para identificar a los consumidores afectados, no siendo necesaria, por lo tanto, su intervención en la forma que describe el artículo citado.

Así, en el caso de Cencosud¹⁸, el universo de consumidores afectados por el cobro de comisiones ilegales llegaba a los 700 486 clientes, quienes recibieron entre \$530 000 y \$120 000, lo que le significó a la empresa un desembolso de aproximadamente veintiséis mil millones de pesos, esto es, cerca de cincuenta y dos millones de dólares. A este monto, se sumaron los intereses y reajustes establecidos por el tribunal y la ley¹⁹.

Banco Estado, tras un acuerdo conciliatorio con la Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios de Chile y el SERNAC, debió devolver alrededor de cinco mil setecientos millones de pesos por cobros de comisiones ilegales en cuentas de ahorro a la vista, ocurridos entre enero de 2003 y noviembre de 2011²⁰.

Si lo anterior no es posible, deberá procederse a una etapa de liquidación del daño como la que contempla nuestra ley, en que necesariamente se requiera la comparecencia de los afectados con el objetivo de que acrediten su calidad de miembros del grupo²¹.

Vencido el plazo de noventa días al que hace referencia el art. 54 C, y siguiendo lo dispuesto por el art. 54 E:

“se dará traslado de todas las presentaciones al demandado, para que controvierta la calidad de miembro del grupo de uno o más de los interesados en el plazo de 10 días, plazo que puede ampliarse por resolución fundada y a petición de parte”²²,

pudiendo abrirse un término especial de prueba, agregando el citado artículo:

¹⁸ SERNAC con Cencosud (2013).

¹⁹ Así, y según información obtenida de la web del SERNAC, se han establecido diversas fórmulas de pago: 1. En el caso de los consumidores que tienen sus tarjetas activas, el dinero sería abonado en su cuenta. 2. En el caso de aquellas personas que cerraron sus cuentas con la empresa, el monto sería entregado en las oficinas de Servipag de todo el país. Esta situación también aplicaba al caso de aquellos consumidores que hayan fallecido, pudiendo un familiar directo, con la documentación pertinente, solicitar el reembolso.

²⁰ Acuerdo alcanzado en causa caratulada Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios con Banco Estado”, ante la Corte Suprema, en causa rol n.º 2568-2012. Se convino que para proceder al cumplimiento del acuerdo que Banco Estado emitiría a fines del mes de mayo de 2013 la lista con las personas afectadas y los respectivos montos a reponer, y una vez entregada esta información, el Banco iniciará cuarenta y cinco días después la devolución de los montos cobrados ilegalmente.

²¹ Cfr. BERMÚDEZ (2008), p. 298 y ss.

²² Art. 54 E de la Ley n.º 19496 de 1997.

“contra la resolución que falla el incidente procederá la reposición y la apelación en subsidio de la reposición, quedando de este modo fijado el monto global de las indemnizaciones o reparaciones que deberán pagarse por el demandado”.

3. La reparación de intereses difusos y el dilema que enfrenta el fallo pronunciado en el caso farmacias

La sentencia de primera instancia, dictada en la causa rol n.º 1940-2013, ordena en lo que respecta a la liquidación y ejecución de la sentencia, la formación de dos grupos de consumidores que deben ser reparados:

Grupo 1: Consumidores que contrataron con las farmacias infractoras, en el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2007 y el 31 de marzo de 2008 pagando un mayor precio.

Grupo 2: Consumidores que dejaron de comprar los medicamentos en razón al alza de sus precios.

Luego, en el considerando quincuagésimo segundo, en lo relativo a la forma como se procederá a la indemnización de estos grupos, señala:

“en cuanto al grupo 1, correspondiente a los consumidores que contrataron con las farmacias infractoras, en el período comprendido entre el 1 de diciembre de 2007 y el 31 de marzo de 2008 pagando un mayor precio por sus medicamentos, los perjuicios por daño emergente, ascienden a la suma total de \$1.736.961.314, siendo el cálculo de esta cifra, en términos simples, el resultado del gasto en que efectivamente incurrieron los consumidores en la fase colusiva (estimada en base al peritaje realizado por Núñez Rau y Rivera), menos el gasto que habrían hecho durante el mismo periodo, en caso que los demandados se hubiesen comportado de forma competitiva, considerando el precio promedio de competencia de los productos, calculado en base al periodo de tiempo comprendido entre el 01 de enero de 2006 y diciembre de 2007 a marzo de 2008, dependiendo del medicamento, marco temporal suficiente para poder determinar que dicho precio no se vea afectado por comportamientos tales como la guerra de precios ocurrida de manera previa al inicio de la conducta sancionada”.

Agrega que en lo que respecta al segundo grupo, es decir, aquellos que dejaron de comprar medicamentos con ocasión de la colusión:

“los perjuicios a pagar por concepto de lucro cesante, corresponden a un total de \$284.916.956, resultando esta cifra de la estimación de la demanda, de la que se determinó un valor de su elasticidad precio, representativa de los medicamentos respecto de los cuales se estableció la existencia de la conducta que generó el daño, resultando responsables los demandados en la siguiente proporción: Cruz Verde, por un total de \$110.676.599, FASA, por la suma de \$99.528.007 y Salcobrand por el monto de \$74.712.349”.

En el considerando quincuagésimo tercero, agrega:

“en razón de lo señalado precedentemente y conforme lo dispuesto en el artículo 53 C de la LPC se dispone para las indemnizaciones que por esta sentencia se fijan lo siguiente:

i. Reparación para el Grupo 1: La suma que las farmacias demandadas deberán consignar en la etapa procesal correspondiente en la cuenta corriente del Tribunal corresponde para Farmacia Cruz Verde S.A \$638.024.281, Salcobrand S.A \$374.710.804 y FASA S.A \$724.226.229. Suma que será distribuida entre los consumidores que concurren a ejercer sus derechos en proporción al valor de los medicamentos cuyo sobreprecio les produjo el perjuicio determinado.

ii. Reparación para el Grupo 2: corresponderá al pago por consignación en la cuenta corriente del Tribunal, de los montos en favor de las personas que concurren a acreditar, en la etapa procesal correspondiente, por cualquier medio de prueba su pertenencia a este grupo de consumidores y con el tope de los montos consignados para este grupo en el considerando 52º”.

4. La naturaleza y características de los intereses difusos impiden su reparación pecuniaria ante una eventual lesión

376

Como ya señalamos, los intereses difusos se caracterizan por su grado de indeterminación y por la falta de vinculación entre la titularidad y el interés, que se imputa a sujetos indeterminados. Se trata de intereses no asignables a titulares particulares o determinados, ya que lo relevante es que el interés se asigna a una comunidad que participa de este interés. La falta de titularidad individual y la indivisibilidad de su objeto caracterizan, también, su indisponibilidad y su inapropiabilidad.

La falta de concreción de los sujetos afectados en un interés difuso es el motivo por el cual el legislador limita la legitimación para su defensa. De esta forma, y según lo dispone el art. 51, su defensa se reserva para el SERNAC y las Asociaciones de Consumidores, mas no para los grupos de consumidores afectados, quienes podrán solicitar la tutela del interés colectivo, precisamente por su posibilidad de individualización.

Es posible concluir, por lo tanto, que los intereses difusos, en atención a sus características, no son susceptibles de reparación pecuniaria en la forma como se regula en la LPC, que exige para su procedencia la determinación de los consumidores susceptibles de ser indemnizados.

Así lo dictaminó el fallo pronunciado en el procedimiento caratulado Servicio Nacional del Consumidor con Agrícola Agrosuper y otros, en la causa rol n.º C-28470-2015, tramitada ante el Vigésimo Noveno Juzgado Civil de

Santiago, en que la sentencia de fecha 19 de febrero de 2019²³, se pronunció expresamente sobre la solicitud de tutela de los intereses difusos en el considerando 16.º, rechazando la posibilidad de indemnizar estos intereses.

Considera el sentenciador que no resultó probada su infracción porque nuestro legislador exige que el daño sea acreditado para proceder a su reparación.

En este sentido, señala el juzgador:

“la circunstancia de ser los perjuicios demandados solo difusos también emana de la distinción efectuada por el propio SERNAC entre: i) consumidores que compraron los productos de carne de pollo a un precio colusorio, más alto que el que hubiera existido en un mercado competitivo; y, ii) consumidores que se vieron impedidos de acceder a dichos productos a causa de la consecencial alza artificial de sus precios. Tal distinción cobra relevancia si se considera que toda indemnización presupone un daño cierto, resultando evidente que el invocado por las demandantes es más bien eventual, siendo este otro motivo de rechazo de la acción”.

Al respecto, continúa el sentenciador, la Corte Suprema ha señalado que el daño indemnizable:

“necesita de certidumbre tanto en su existencia como en extensión, por lo que no es dable pretender que quede entregado a un juicio de probabilidades, porque entonces la cantidad que se estableciera como indemnización estaría resarciendo el daño eventual, tal vez probable, pero en caso alguno de naturaleza cierta”²⁴.

Concluye, por lo tanto:

“al analizar la demanda, no quedaba sino rechazarla, puesto que las conductas colusorias habrían afectado el interés difuso de los consumidores, siendo un hecho de la causa que éstos, a la fecha de presentación de la demanda, no se encontraban vinculados contractualmente con las demandadas. Todo lo cual es sin perjuicio de las otras razones entregadas para desechar el libelo, por ser, en definitiva, improcedente”.

5. La solución alcanzada por el SERNAC con Cruz Verde y Salcobrand y la vuelta al dilema con FASA

En definitiva, y como indicamos, la sentencia de primera instancia, para ambos grupos, exige la comparecencia de los consumidores que acrediten su calidad de afectados, lo que obligó al SERNAC a alcanzar un acuerdo que per-

²³ Servicio Nacional del Consumidor con Agrícola Agrosuper y otros (2015).

²⁴ Sandoval con Administradora de Campos (2012).

mitiera superar dicho obstáculo, del que no participó FASA, y que permitió indemnizar un universo de cincuenta y tres mil consumidores.

La transacción alcanzada entre el SERNAC, distintas agrupaciones de consumidores y las dos cadenas de farmacias permitiría indemnizar con un monto cercano a \$22 000 para cada consumidor.

Además, a través de una circular interpretativa²⁵, el SERNAC aplicó por primera vez el mecanismo de distribución *Cy-pres* o *fluid recovery* para la compensación del interés difuso. En dicha circular reconoce expresamente la imposibilidad de indemnizar intereses difusos al señalar que el art. 53 B solo contempla las indemnizaciones de tipo dinerario, de lo se colige que:

“la norma en comento refiere a la reparación en dinero del interés colectivo y/o individual homogéneo, en el marco de un avenimiento, conciliación o transacción y siempre que dicha reparación consista en la entrega de dinero, pero no señala reglas sobre la reparación no dineraria, ni tampoco en qué situación quedan los consumidores indeterminados o indeterminables, es decir, no se refiere a la compensación del interés difuso”.

Lo anterior le permite concluir al Servicio que es dable la creación de mecanismos alternativos de reparación de estos intereses.

Teniendo en consideración las dificultades para identificar a este tipo de consumidor, el SERNAC aplicó este mecanismo de distribución a través de la elección de un grupo relacionado con la conducta perseguida, que determinaría de común acuerdo la entidad que sería beneficiada con el monto asignado a reparar el interés difuso²⁶.

Cabe plantearse qué problemas podría presentar la controversia con FASA en torno a la forma como se procederá a la reparación de los consumidores afectados, ya que se mantiene la necesidad de comparecencia prevista por la sentencia de primera instancia para los afectados en su interés colectivo o difuso y la necesidad de su individualización previa para proceder a su reparación.

CONCLUSIONES

El procedimiento colectivo iniciado por el SERNAC en contra de las tres cadenas de farmacias terminó mediante un acuerdo conciliatorio celebrado con Farmacias Cruz Verde y con Salcobrand, excluyéndose FASA, por considerar que la sentencia no le resultaba oponible por la conciliación alcanzada en

²⁵ SERNAC (2020). Aprueba Resolución exenta n.º 759, de 6 de noviembre de 2020, que establece los criterios y mecanismos de indemnización o reparación a través de la doctrina “Cy-pres” cuando se afectan los intereses difusos de los consumidores.

²⁶ En este caso, la ONG “Comunidad de Organizaciones Solidarias”. El avenimiento definió que las compensaciones que no fueran retiradas ni reclamadas formarían parte de un fondo que se transferiría a la Fundación de Ayuda al Niño Oncológico Sagrada Familia.

el procedimiento por colusión y por el plan compensatorio acordado con el SERNAC.

Habiendo interpuesto apelación, esta fue rechazada por considerar el tribunal que los efectos de la conciliación solo alcanzaban la sanción por colusión, pero que no se hacía extensible a los procedimientos indemnizatorios respecto de los consumidores afectados.

Respecto del plan de compensación, la Corte de Apelaciones considera que no procede acoger la excepción de pago porque no es posible individualizar a los consumidores beneficiados con la compensación, sin perjuicio de futuras alegaciones de imputación.

La manera de cómo se indemniza a consumidores no individualizados sigue siendo un problema en lo que respecta a la liquidación y posterior ejecución de la sentencia colectiva, ya que, por un lado, la ley solamente contempla indemnizaciones de tipo dinerario y, por otro, la naturaleza e indivisibilidad de los intereses difusos impide este tipo de reparaciones.

Creemos, por lo tanto, que el eventual cumplimiento del fallo apelado presentará las mismas dificultades que ya se observaron respecto de las otras dos cadenas de farmacias.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, Maite (2010). “La extensión de los efectos de la sentencia dictada en procesos promovidos para la defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios: régimen en la Ley chilena de Protección del Consumidor”. *Ius et Praxis*, año 16, n.º 1. Talca.
- ARROM LOSCOS, Rosa (2011). “Artículo 519. Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados”, en Faustino CORDÓN MORENO, Teresa ARMENTA DEU, Julio J. MUERZA ESPARZA, Isabel TAPIA FERNÁNDEZ (coords.). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Pamplona: Aranzadi.
- BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín (2008). “Comentario al artículo 25 del Código Modelo de Procesos Colectivos”, en Antonio GIDI y Eduardo FERRER (coords.). *Código Modelo de Procesos Colectivos. Un diálogo iberoamericano*. Ciudad de México: Porrúa.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés (2004). “Efectos de la sentencia pronunciada”, en Antonio GIDI y Eduardo FERRER (coords.). *La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos. Hacia un Código Modelo para Iberoamérica*. Ciudad de México: Porrúa.
- ESCRIBANO MORA, Fernando *et al.* (2001). *El proceso civil: doctrina, jurisprudencia y formularios*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel (2001). *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*. Madrid: Iurgium.
- GONZÁLEZ CANO, María Isabel (2002): *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- MORENO CATENA, Víctor (2001). “Artículo 519. Acción ejecutiva de consumidores y usuarios fundada en sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados”, en Miguel Ángel FERNÁNDEZ BALLESTEROS, José María RIFÁ SOLER y José Francisco VALLS GOMBAU (coords.). *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Barcelona: Atelier.
- ROSENDE VILLAR, Cecilia (2002). *La eficacia frente a terceros de las sentencias contencioso-administrativas*. Pamplona: Aranzadi.
- SABATER MARTÍN, Anibal (2000). “Acción ejecutiva de consumidores. Artículo 519”, en Miguel Ángel FERNÁNDEZ BALLESTEROS, José María RIFÁ SOLER y José Francisco VALLS GOMBAU (coords.). *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Barcelona: Atelier.
- TOLOSA, Pamela (2017). “Acciones de clase, microdaños a los consumidores y fluid recovery: alternativas institucionales y costos sociales”. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*, vol. 3, No. 1. ALACDE.
- VERBIC, Francisco (2014). “La importancia del mecanismo de liquidación y ejecución fluida para dotar de eficacia a las sentencias colectivas de consumo”. *Erreius Online*. Disponible en www.academia.edu/6470173/Derechos_de_incidencia_colectiva_y_tutela_colectiva_de_derechos_en_el_proyecto_de_Codigo_Civil_y_Comercial_para_la_Republica_Argentina [fecha de consulta: 17 de agosto de 2023].

380

Jurisprudencia citada

- Servicio Nacional del Consumidor con Cencosud (2013): Corte Suprema, 24 de abril de 2013, rol n.º 12.355-2011. disponible en <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#modalDetalleSuprema> [fecha de consulta: 20 de octubre de 2023].
- Servicio Nacional del Consumidor con Agrícola Agrosuper y otros (2015): 29.º Juzgado de Letras en lo Civil, 19 de febrero de 2019, rol n.º C-28470-2015. disponible en <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl/indexN.php#modalDetalleCivil> [fecha de consulta: 20 de octubre de 2023].
- Sandoval con Administradora de Campos (2012): Corte Suprema, 6 de octubre de 2012, rol n.º 11.675-11. Disponible en <https://app-vlex-com.uandes.idm.oclc.org/#search/jurisdiction:CL/Sandoval+con+Administradora+de+Campos+11675/vid/corte-suprema-fallo-11-702224573> [fecha de consulta: 20 de octubre de 2023].

Normas citadas

- Ley n.º 19496, establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. *Diario Oficial de la República de Chile*, Santiago, 7 de marzo de 1997.

Otros documentos

- SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR (2020). Aprueba resolución exenta n.º 759, de 6 de noviembre de 2020, que establece los criterios y mecanismos de in-

demnización o reparación a través de la doctrina “Cy-pres” cuando se afectan los intereses difusos de los consumidores.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

art.	artículo
arts.	artículos
Cencosud	Centros Comerciales Sudamericanos
<i>Cfr.</i>	<i>confer</i> (compara)
coords.	coordinadores
DL	decreto ley
FASA	Farmacias Ahumada S.A.
FNE	Fiscalía Nacional Económica
FONDECYT	Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico
https	Hypertext Transfer Protocol Secure
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
inc.	inciso
LPC	Ley de protección a los consumidores
n.º <i>a veces</i> No., Nº	número
ONG	organización no gubernamental
p.	página
pp.	páginas
S.A.	sociedad anónima
SERNAC	Servicio Nacional del Consumidor
ss.	siguientes
UTA	unidad tributaria anual
www	World Wide Web