



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

APRUEBA CIRCULAR INTERPRETATIVA SOBRE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE DISTRIBUCIÓN DE INDEMNIZACIONES, REPARACIONES, DEVOLUCIONES Y COMPENSACIONES POR AFECTACIONES A LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS.

RESOLUCIÓN EXENTA N°

SANTIAGO,

VISTO: Lo dispuesto en el DFL N° 1/19.653, de 2000, del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que fijó texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado; el DFL. N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo; la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores; la Ley N° 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado; el Decreto Supremo N° 90 de 2018, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que nombra a don Lucas Del Villar Montt en el cargo de Director Nacional del Servicio Nacional del Consumidor, y la Resolución N° 7 de 2019 de la Contraloría General de la República.

CONSIDERANDO:

1.- Que, el Servicio Nacional del Consumidor, en adelante también "SERNAC" o "Servicio", es un servicio público descentralizado, dotado de patrimonio y personalidad jurídica propia, que tiene por función velar por el cumplimiento de las disposiciones de la Ley N° 19.496 y demás normas que digan relación con el consumidor, difundir los derechos y deberes del consumidor y realizar acciones de información y educación del consumidor.

2.- Que, la Ley N° 21.081 incorporó al artículo 58 de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de Consumidores, entre otras, la función del SERNAC de interpretar administrativamente la normativa de protección de los derechos de los consumidores.

3.- Que, la Ley 19.946 establece procedimientos especiales para la protección de intereses colectivos y difusos en vistas a la reparación del daño causado, lo que genera, a juicio de este Servicio, la necesidad de contar con mecanismos que permitan la distribución de las indemnizaciones, reparaciones, devoluciones y compensaciones obtenidas en el marco de dichos procedimientos.

4.- Las facultades que le confiere la Ley al Director Nacional del SERNAC.

RESUELVO:

1. APRUÉBASE la presente Circular Interpretativa denominada "Circular Interpretativa sobre mecanismos alternativos de distribución de indemnizaciones, reparaciones, devoluciones y compensaciones por afectaciones a los intereses colectivos y difusos", que forma parte integrante de este acto administrativo y cuyo texto se transcribe a continuación.

APRUEBA CIRCULAR INTERPRETATIVA SOBRE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE DISTRIBUCIÓN DE INDEMNIZACIONES, REPARACIONES, DEVOLUCIONES Y COMPENSACIONES POR AFECTACIONES A LOS INTERESES COLECTIVOS Y DIFUSOS

Las modificaciones introducidas a la Ley de Protección de los derechos del consumidor en lo que dice relación con la protección de intereses colectivos y difusos ha generado un cambio no sólo en los procedimientos establecidos para ello, sino también en la manera de determinar y reparar los daños causados por afectación de dichos intereses. En este sentido, la presente Circular tiene por objeto, previo análisis de las normas que regulan dichos procedimientos, esclarecer una forma alternativa de distribución de indemnizaciones, reparaciones, devoluciones y compensaciones obtenidas por afectaciones a los intereses colectivos y difusos.

En primer lugar se analizarán ciertas normas que regulan tanto el procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, como el voluntario. En segundo lugar, se realizará un análisis sobre la indemnización o reparación de los daños causados a los intereses difusos y la compensación en el contexto extrajudicial supraindividual. En tercer lugar, se explicará una forma alternativa de distribución, a través de la doctrina "Cy-près" o "Cy pres distribution". En cuarto y último lugar, esta Circular indicará una serie de criterios que permitan la aplicación de este mecanismo de distribución alternativa dentro de nuestro marco legal.

1. Normativa aplicable

La Ley N° 21.081, que modifica la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (en adelante, LPDC), incorporó normas que regulan con precisión el pago de indemnizaciones en dinero que surjan con ocasión de un Procedimiento Especial para la Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores (artículos 53 B inciso final y 53 C inciso segundo) y en el marco de un Procedimiento Voluntario para la Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores (artículo 54 P inciso final)¹.

¹ Incluso, como se verá más adelante, la interpretación a la modificación del inciso sexto del artículo 50 por la propia Ley N°. 21.081 permite señalar que los intereses difusos pueden y deben ser reparados.

1.1 Sobre los avenimientos, conciliaciones o transacciones en el marco del Procedimiento Especial para la Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores

La primera de ellas, el artículo 53 B inciso final LPDC regula el pago de las indemnizaciones establecidas en avenimientos, conciliaciones o transacciones en el marco de un procedimiento judicial. En concreto señala 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. 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. Estos acuerdos deberán establecer, a su vez, un plazo durante el cual las diligencias referidas en este inciso deberán ejecutarse. Transcurridos dos años desde que se cumpla dicho plazo, los remanentes que no hayan sido transferidos ni reclamados por los consumidores caducarán y se extinguirán a su respecto los derechos de los respectivos titulares, debiendo el proveedor, o el tercero a cargo de la entrega, enterar las cantidades correspondientes al fondo establecido en el artículo 11 bis” (énfasis añadido).

Del texto transcrito se siguen al menos las siguientes ideas:

- a. Que la norma sólo regula el contenido de los acuerdos que contemplen entrega de dinero a consumidores, según su tenor literal.
- b. Que, en específico, regula la entrega de dinero a consumidores determinados o determinables, esto es, el interés colectivo y/o individual homogéneo. La norma al referirse al contenido del acuerdo que se trate prescribe la necesidad de 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...”** (énfasis añadido), lo que hace suponer que no solo se trata de una determinación respecto de la calidad de consumidor, sino que de la afectación de su interés en el caso concreto e incluso sobre el monto de la reparación.
Que dicha interpretación se ve ratificada por la norma cuando hace mención a las funciones del tercero eventualmente mandatado al efecto; los cuales deben entregar a los consumidores determinados el monto que corresponda.

Que, en el mismo sentido, en relación con la necesidad de contar con un plazo dentro del cual se deberá proceder a la ejecución de lo acordado, el legislador de consumo prescribe que sólo luego de dos años de cumplido el periodo de tiempo determinado en el acuerdo respectivo “los dineros no transferidos ni reclamados caducarán, extinguiéndose cualquier derecho que los **respectivos titulares** hayan tenido sobre ellos pasando a formar parte del fondo establecido en el artículo 11 bis”.

Que de todo lo anterior se colige que la norma en comento se 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, en el marco de los mismos sistemas alternativos de resolución de controversias.

Dicho lo anterior, ahora se revisarán las reglas que regulan la sentencia judicial.

1.2 Sobre la sentencia judicial en el marco del Procedimiento Especial para la Protección del Interés Colectivo o Difuso de los Consumidores

La segunda norma, esto es, el artículo 53 C inciso segundo LPDC regula el pago de indemnizaciones establecidas por sentencia judicial. En concreto señala que:

“En todo caso, el juez podrá ordenar que algunas o todas las **indemnizaciones, reparaciones o devoluciones** que procedan respecto de un grupo o subgrupo, se efectúen por el demandado sin necesidad de la comparecencia de los interesados establecida en el artículo 54 C, cuando el juez determine que el proveedor cuenta con la información necesaria para individualizarlos y proceder a ellas. En este último caso, la sentencia deberá 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, pudiendo imponer al proveedor la carga de mandar a un tercero independiente para la ejecución de dichas acciones, a su costa y con la aprobación del tribunal. El proveedor deberá transferir la totalidad de los fondos al tercero encargado de su entrega a los consumidores. La sentencia deberá establecer, además, un plazo durante el cual las diligencias referidas en este inciso deberán ejecutarse. **Transcurridos dos años desde que se cumpla dicho plazo, los remanentes que no hayan sido transferidos ni reclamados por los consumidores caducarán y se extinguirán a su respecto los derechos de los respectivos titulares**, debiendo el proveedor, o el tercero a cargo de la entrega, enterar las cantidades correspondientes al fondo establecido en el artículo 11 bis” (énfasis añadido).

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Del texto transcrito se siguen al menos las siguientes ideas:

- a. Que la norma sólo regula el contenido de los acuerdos que contemplen **indemnizaciones, reparaciones o devoluciones**² en beneficio de los consumidores, según su tenor literal.

Las indemnizaciones, conforme lo entiende la dogmática en general, pueden ser en dinero o en especie³. Y, en lo que refiere a las devoluciones, conforme a la lógica, se infiere que se trata de restituciones, que también podrían ser entregadas en dinero o en especie, siendo la regla general e incluso exclusiva, la entrega de dinero a los consumidores.

Todo lo expresado muestra que, al igual que el supuesto de los avenimientos, conciliaciones o transacciones, se entrega dinero porque la experiencia práctica así lo demuestra; y porque, en realidad, los vocablos indemnizaciones, reparaciones o devoluciones insinúan una tipología amplia, que refiere a los cumplimientos por equivalentes o en especie, pero los jueces consideran que la reparación o compensación del daño causado se traduce en la entrega de una suma de dinero.

- b. Que, en específico, regula la entrega de **indemnizaciones, reparaciones o devoluciones** a consumidores determinados o determinables, esto es, el interés colectivo y/o individual homogéneo.

En efecto, una vez declarada la procedencia de la indemnización de los grupos y subgrupos (intereses colectivos y/o difusos) a los que se refiere el artículo 53 C letra c), el juez podrá ordenar el pago directo de aquellos en los cuales se tenga plena certeza y determinación de los afectados (intereses colectivos y/o individuales homogéneos); ya sea directamente por el proveedor o mediante un tercero. En este sentido, la norma refiere a consumidores determinados o determinables al señalar que debe existir, por parte del demandado, la información necesaria para su individualización.

Que sólo puede concebirse el deber de informar al que se refiere la norma, en el supuesto que estemos en presencia de consumidores determinados o determinables, no solo en cuanto a su individualización, sino al monto del daño sufrido y su respectiva reparación (en sentido amplio). Lo anterior, se ve reforzado por la designación eventual de un tercero a cargo de ejecutar la sentencia en la forma descrita.

² Respecto de qué se debe entender por reparación, CONTARDO González, Juan Ignacio (2013). *Comentario al artículo 3º e). Derecho a la reparación e indemnización*, en La Protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los derechos de los consumidores, Iñigo de la Maza y Carlos Pizarro (dirs.), Francisca Barrientos (coord.), Santiago, Editorial Thomson Reuters, pp. 117-131.

³ En materia de consumo no es común la entrega de bienes alternativos al dinero, cuando el objeto es la reparación de los perjuicios causados a los consumidores, incluso esto se aprecia en la función compensatoria del daño extrapatrimonial. Esto ha sido validado por la experiencia en la litigación colectiva, en que se puede citar como ejemplo que el año 2019 el Sernac obtuvo en favor de los consumidores un monto total de \$380.994.622.967, derivado de sentencias condenatorias en el ámbito financiero.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Que, en el mismo sentido, el legislador de consumo estableció la necesidad que el juez, en la sentencia, establezca un plazo dentro del cual ésta deberá ejecutarse, señalando, a continuación, que luego de dos años de cumplido el 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**” pasando a formar parte del fondo establecido en el artículo 11 bis.

En definitiva, al igual que en el caso del artículo 53 B, apreciamos cómo el legislador reguló la forma en que el juez deberá proceder respecto de aquellos casos en que el interés a reparar (indemnizar/restituir) corresponda a consumidores determinados o determinables, toda vez que se refiere a situaciones en las cuales el consumidor se encuentra individualizado y categorizado en grupos o subgrupos, respecto de los cuales se conoce lo suficiente no sólo para determinar su calidad de consumidor afectado, sino que el monto de su afectación. En este sentido, la norma trata el caso de la reparación de intereses colectivos, pero guarda silencio sobre la reparación de aquellos intereses difusos.

Dicho lo anterior, a continuación se revisarán las reglas que regulan el acuerdo en el marco de un procedimiento voluntario.

1.3 Sobre el acuerdo en el marco del Procedimiento Voluntario para la Protección del Interés Colectivo o Difuso de los consumidores

La tercera norma que dispone algunas reglas sobre diseño o distribución de acuerdos colectivos es el artículo 54 P inciso final LPDC, que regula la entrega de dinero contempladas en acuerdos en un procedimiento voluntario colectivo, al señalar que:

“Cuando el acuerdo contemple la entrega a los consumidores de sumas de dinero, se estará a lo dispuesto en el inciso final del artículo 53 B”.

Se observa en la norma que, para efectos de las indemnizaciones o compensaciones descritas, se aplicará lo ya señalado a raíz de los avenimientos, conciliaciones o transacciones en el marco de un procedimiento judicial⁴. Así, de conformidad a lo dicho anteriormente en relación con el artículo 53 B, el legislador sólo se refiere a la reparación en dinero del interés colectivo y/o individual homogéneo, no estableciendo reglas sobre reparaciones no dinerarias, ni sobre la forma en la que se deberán distribuir las indemnizaciones, reparaciones o compensaciones respecto de consumidores indeterminados o indeterminables, es decir, del interés difuso.

⁴ Cabe destacar que en ambas normas existen la posibilidad de perseguir de manera individual la indemnización de perjuicios. Ya sea mediante la reserva de acciones en una acción colectiva o, saliéndose del acuerdo colectivo propuesto por este Servicio.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Entonces, tomando en consideración todo lo expresado con anterioridad, este Servicio interpreta que el legislador de consumo reguló de manera exhaustiva la forma en la cual deben ser distribuidas las indemnizaciones por daños originados en la vulneración a la protección de intereses de consumidores colectivos y/o individuales homogéneos; estableciendo plazos, formas de cumplimiento y deberes de información a su respecto.

Junto con ello, y de manera novedosa en nuestra legislación consumerista, se determinó el destino de los dineros que no sean transferidos ni reclamados, dándoles la calidad de remanentes, los cuales pasarán a formar parte del fondo dispuesto en el artículo 11 bis. Así, para el caso que, luego del proceso de distribución que se trate, y habiéndose cumplido el plazo establecido en ley, quede un saldo no transferido ni reclamado, éste irá en beneficio directo de los consumidores a través de las asociaciones de consumidores.

Sin embargo, no ocurre lo mismo en lo relativo a la distribución de las indemnizaciones o reparaciones que nazcan con ocasión de la vulneración de intereses difusos, pues en este caso y de acuerdo con el análisis de las normas anteriormente citadas, el legislador guardó silencio.

Para avanzar, en el siguiente apartado se tratará una forma de distribución de la reparación o indemnización de los daños causados a los intereses difusos y sus respectivos criterios de priorización.

2. Sobre la indemnización o reparación de los daños causados a los intereses difusos y la compensación en el contexto extrajudicial supraindividual

La primera norma, esto es, el artículo 50 inciso quinto y sexto, establece la procedencia de compensaciones para intereses difusos. Ambos incisos fueron modificados por la Ley N° 21.081 a efecto de destrabar cualquier discusión sobre la procedencia de compensaciones para difusos de consumidores afectados⁵.

⁵ Junto con eso, es posible apreciar que, empleando un criterio hermenéutico sistemático, el legislador reformista de la 21.081 expresó la voz "compensación" en sede de negociaciones extrajudiciales difusas o colectivas. Así se puede ver en los artículos 54M y 54P, por ejemplo. Y es la primera vez que se emplea esta expresión en la LPDC. Por lo que es posible inferir que su significado -para darle sentido- no se relaciona con la reparación o indemnización que ya estaban contenidas en el texto de consumo desde hace tiempo. En otras palabras, la voz "compensación" empleada en el ámbito del procedimiento voluntario colectivo, no dice relación con la función compensatoria del resarcimiento o indemnización debida a los consumidores. En realidad, dicho vocablo nos lleva a pensar que su función es paliativa, intentando validar la práctica tan extendida de ofrecer algo a ciertos consumidores en el contexto de una negociación extrajudicial inserta en las mediaciones colectivas, distinto del dinero que cubra incluso la satisfacción de intereses difusos. En este sentido, CONTARDO González, Juan Ignacio (2013). *Comentario al artículo 3º e). Derecho a la reparación e indemnización*, ob. cit.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

En efecto, la norma actualmente señala:

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

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

A diferencia del texto transcrito, el antiguo artículo 50 inciso sexto señalaba que “Para efectos de determinar las indemnizaciones o reparaciones (...) será necesario acreditar el daño y el vínculo contractual”, estableciendo así como requisito para las indemnizaciones y reparaciones la existencia de un vínculo contractual, lo cual es propio y exclusivo de los intereses colectivos e individuales y no así de los difusos. El legislador, modificó la norma, estableciendo como requisito general el daño y, sólo para el caso de los intereses colectivos, el vínculo contractual.

Siguiendo la línea argumentativa y ante el vacío legal en lo que se refiere a la distribución de la indemnización o reparación de intereses difusos -cualquiera sea la sede- este Servicio propone las siguientes bases de arreglo comunes para el establecimiento de formas de distribución respecto de indemnizaciones, reparaciones o compensaciones por vulneración a los intereses difusos o extrajudiciales en cualquiera de los procedimientos ya individualizados.

3. *Cy-près* (o *Cy pres distribution*) como mecanismo alternativo de distribución respecto de indemnizaciones y reparaciones de los intereses difusos

Revisadas las normas, este Servicio interpreta que la doctrina del “*Cy-près*” o “*Cy pres distribution*” es compatible con nuestro ordenamiento jurídico, pudiendo ser una herramienta útil como un mecanismo alternativo de distribución de indemnización de los intereses difusos y el establecimiento de otras compensaciones. Incluso, bajo determinadas y excepcionales circunstancias podría aplicarse para la indemnización y reparación del interés colectivo.

Podemos definir “*cy-près*” o “*cy pres distribution*” como el conjunto de mecanismos indirectos que tienen por objeto proceder a la distribución de una indemnización cuyos destinatarios son indeterminados o indeterminables⁶.

⁶ En este sentido, 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. 3:1 pp. 77-98.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Desde ya se observa plena concordancia con la definición del interés difuso, de acuerdo con la nomenclatura que utiliza la Ley N° 19.496.

Su concepto proviene de una derivación del vocablo "*cy près comme possible*", el cual significa "tan cerca como sea posible" y apunta exactamente a esto, a generar una herramienta que permita la efectiva y eficiente distribución de indemnizaciones cuyo destinatario es indeterminado o indeterminable, a través de mecanismos de distribución indirecta de fondos obtenidos en el marco de acciones colectivas, ya sea en el contexto de un acuerdo transaccional, o bien, con motivo de una sentencia condenatoria.

El término es propio de la doctrina y jurisprudencia estadounidense, mientras que en los países latinoamericanos se conoce como "*fluid recovery*", concepto asociado a la posibilidad de acudir a una "ejecución fluida" de las sentencias colectivas en ciertas situaciones excepcionales⁷.

Como explican Gabriel Hernández y Mauricio Tapia, estos mecanismos se entienden como aquellos "*modos alternativos de distribución de la totalidad del monto de la compensación, que razonablemente tiendan a reparar el daño de los afectados, resultando procedentes cuando la indemnización individual es imposible o impracticable*"⁸.

Por eso, la utilización del mecanismo *Cy-près* podría darse en casos en que no obstante existir el deber de reparar los daños causados, la individualización de los beneficiarios de dicha reparación sea imposible o impracticable atendida su indeterminación, como sería los beneficiarios de una indemnización o reparación producto de la afectación a un daño difuso, en el contexto judicial o extrajudicial.

Así, respecto de su aplicación, se señala que los mecanismos indirectos son especialmente pertinentes en los casos de daños difusos, en los que, atendida las dificultades propias de la determinación de los beneficiarios, se deberá privilegiar formas alternativas de reparación, pues no es posible identificar individualmente a cada uno de los afectados, indicando además, que estos mecanismos deberían ser aplicados en aquellos casos en que, operando la distribución directa, se genera un remanente debido a que la indemnización no se distribuyó de forma íntegra entre los afectados por no haber concurrido, por no haber podido ser identificados, o por no haber acreditado el daño individual⁹. Ejemplos comunes donde se aplicaría este tipo de mecanismos, son aquellos relativos a daños ambientales y en casos de sobreprecio¹⁰.

⁷ VERBIC, Francisco (2012) "*Liquidación colectiva de pretensiones de consumo individualmente no recuperables por medio del Mecanismo de Fluid Recovery. Nociones generales y su recepción en Argentina y Brasil*", Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Año 1 , N° 6 (Portugal), pp.3794 y 3800.

⁸ HERNÁNDEZ Paulsen, Gabriel y TAPIA Rodríguez, Mauricio (2019) "*Colusión y daños a los consumidores*", Thomson Reuters, Santiago, p.76.

⁹ *Ibíd.*, p. 77. Con todo, en lo relativo a los remanentes de los intereses colectivos el legislador tomó postura, tal y como se vieran en el primer apartado de esta Circular, se entregan al fondo dispuesto en el artículo 11 bis LPDC.

¹⁰ *Ibíd.*, p. 76.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

El fundamento de esta institución radica el derecho irrenunciable que gozan los consumidores a ser indemnizados ante hechos que lesionen intereses legítimos y ciertos, a pesar de la dificultad de determinar los beneficiarios de la reparación de un daño ocasionado en intereses de carácter difuso¹¹.

Estudios relativos a las acciones de clase y la aplicación del “*cy pres distribution*” han destacado la necesidad de establecer mejores prácticas para la distribución de los fondos resultantes de dichas acciones, en caso que estos no puedan ser distribuidos de forma directa, es decir, cuando no se puede asignar individualmente el resultado de una condena.

Respecto de las razones por las cuales puede resultar conveniente acudir a la doctrina del *fluid recovery*, Kerry Barnett¹² señala que los beneficios generados por una acción de clase siempre deben ser adjudicados a alguien, a pesar que la adjudicación no siempre perseguirá exclusivamente un objetivo de compensación. En este sentido, en caso que las pretensiones de los miembros de la clase sean individualmente no recuperables¹³ (*small claim class actions*), los jueces deberán ponderar no sólo la finalidad de compensación que persiguen este tipo de mecanismos, sino que deberán tener en cuenta especialmente el rol disuasivo que la efectiva punición de la conducta producirá en la demandada (*deterrence*), efectiva punición que sólo se concretará en el supuesto que el demandado no escape a la condena aprovechando el escaso incentivo de los miembros del grupo afectado para presentarse a liquidar individualmente su pretensión en el marco de una sentencia, o bien, de un acuerdo transaccional¹⁴.

Se ha señalado, asimismo, en torno a la aplicación del “*fluid recovery*” que, en principio, y siempre que resulte posible, los beneficios obtenidos por medio de la condena colectiva deben ser adjudicados directamente a los miembros de la clase que fueron afectados por la conducta de la demandada. Sin embargo, nuevamente se hace presente que la indemnización directa muchas veces no es una alternativa, pudiendo resultar, en ciertos casos, demasiado onerosa atendida razones de diversa índole, como por ejemplo, a causa que la prueba individual del daño sea difícil de administrar o de producir por parte de los beneficiarios; la dificultad o imposibilidad de localizar a los miembros de la clase al punto que los costos que implicaría localizar a los miembros del grupo, comunicarse con ellos, evaluar la prueba que aporten y/o distribuir los fondos resultantes sean demasiado altos, y por tales motivos, la reparación final se convierta en algo prácticamente simbólico. Así, se concluye que este último escenario se presenta casi indefectiblemente cuando las pretensiones no reparan

¹¹ *Ibíd.*, p. 90.

¹² BARNETT, Kerry (1987) “Equitable Trusts: an effective remedy in consumer class actions”, 96 *Yale L.J.* 1591.

¹³ Según el autor, las pretensiones individualmente no recuperables se entienden como aquellas cuyos costos de litigación individual exceden el mejor resultado que puede obtenerse de la discusión del conflicto en sede judicial, o bien, si no los exceden, el potencial resultado representa un incentivo insuficiente para proceder en tal sentido. Además, estas pretensiones pueden ingresar al sistema de justicia en el supuesto de ser promovidas como una clase colectiva, por el incentivo que ello genera. *Ibíd.*, p.3796.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 3798.

Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

efectivamente el daño causado¹⁵. En este escenario, es posible concluir que el daño colectivo se volvería difuso.

En este sentido, los autores afirman que, en cualquiera de los supuestos mencionados, la finalidad de una indemnización directa se diluye y las circunstancias tienden a conspirar contra reparación efectiva del daño causado. Por lo anterior, la doctrina sostiene 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, puesto que los mecanismos de este tipo tienen la ventaja de lograr algún beneficio de relevancia para la clase afectada y, además, evitar que la demandada escape a la condena y pueda obtener provecho de su conducta ilícita¹⁶.

En atención a todo lo anterior, este Servicio estima que el *fluid recovery* o *Cy-près* es un mecanismo viable que permitiría una efectiva distribución de indemnizaciones de daño difuso o compensaciones extrajudiciales en plena concordancia con el principio de reparación integral consagrado en nuestra LPDC.

De esta manera, este Servicio interpreta que de manera excepcional y conforme a los criterios objetivos que se expondrán a continuación, valorándolos caso a caso, será posible hacer uso de este mecanismo alternativo de distribución de las indemnizaciones de perjuicios, así como también respecto del otorgamiento de compensaciones cuando se afecten intereses difusos.

4. Criterios de priorización y aplicación del “*Cy pres distribution*” o “*fluid recovery*” por parte del Servicio Nacional del Consumidor

Para efectos de fundar los criterios de priorización y aplicación de esta herramienta se ha estudiado la aplicación del *fluid recovery* y, en este contexto, se han revisado los “*Principios sobre Litigio Agregado*” que desarrolló el American Law Institute los cuales fueron desarrollados a propósito de los acuerdos transaccionales¹⁷⁻¹⁸⁻¹⁹.

En este sentido, este Servicio interpreta que la utilización del “*Cy pres distribution*” o “*fluid recovery*”, sería posible bajo los siguientes supuestos de procedencia:

¹⁵ *Ibíd.*, p.3800.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ VERBIC, Francisco (2012) “*Liquidación colectiva de pretensiones de consumo individualmente no recuperables por medio del Mecanismo de Fluid Recovery. Nociones generales y su recepción en Argentina y Brasil*”, Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Año 1 , Nº 6 (Portugal), p. 3801.

¹⁸ En detalle: “*Principles Of The Law Of Aggregate Litigation*” (2010) American Law Institute Publications. Estos principios configuran una iniciativa en la cual participaron prácticamente todos los expertos estadounidenses en materia de litigios colectivos, la cual fue liderada por el Profesor Samuel Issacharoff en su carácter de reportero general. *Ibíd.*

¹⁹ *Ibid*, p. 3803.

a. Primacía de la reparación directa

La regla de la primacía de la reparación o indemnización directa implica que prevalecerá el resarcimiento de los daños a los afectados que sea posible determinar; y por lo tanto, la utilización de este mecanismo tendrá lugar, preferentemente en casos de afectaciones a los intereses difusos, en los cuales no es posible determinar e individualizar los afectados.

De tal manera, se deberán conformar grupos o subgrupos para efectos de la indemnización o reparación del daño causado, a efectos de resarcir el daño colectivo; y de ser posible, se indemnizarán a los consumidores individuales homogéneos cuando los miembros de dichos grupos puedan ser identificados de forma individual.

Dicho en otras palabras, en el caso de los intereses colectivos y/o individuales homogéneos, se deberá priorizar la entrega directa de dinero a los consumidores afectados pertenecientes a estos grupos o subgrupos, y sólo en casos excepcionales, conforme a criterios objetivos, podrá hacerse uso de mecanismos alternativos.

En definitiva, la regla general, como se señaló, será la reparación directa de los intereses colectivos (determinables) y el uso de mecanismos alternativos para los intereses difusos (no determinables).

b. Proximidad

Considerando el carácter subsidiario y excepcional de este mecanismo, el tribunal deberá requerir a las partes para que propongan a los destinatarios de dichos fondos. La selección de ellos, deberá atender a aquellos que representen o tengan intereses que se aproximen razonablemente a los consumidores víctimas de los daños, cuyo interés se intentó proteger con la interposición de la acción colectiva que da origen al mecanismo de distribución.

Así, por ejemplo, se promoverá que los posibles beneficiarios sean consumidores de productos o servicios ofrecidos en el mercado al que se adscribe el caso, al momento en que se haga efectiva la distribución²⁰; lo anterior se puede complementar, empleando criterios de vulnerabilidad.

Luego, el tribunal analizará y ponderará la proximidad de los destinatarios propuestos, estableciendo una prelación o jerarquía entre los posibles beneficiarios.

²⁰ Sobre el rol de los tribunales en el diseño de los acuerdos colectivos, FUENTES Maureira, Claudio. (2015). *Diseño de acuerdos colectivos: Reflexiones a partir de la experiencia en Estados Unidos*. Boletín ADECO, número 7, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, pp. 15-20.



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

c. No afectación del artículo 11 bis

Respecto de los intereses colectivos cuyos fondos no fueron transferidos ni reclamados por los miembros de un grupo o subgrupo, se estará a lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 11 bis.

Mientras que, respecto de los intereses difusos, como se mencionó anteriormente, será necesario establecer en el mismo acuerdo las reglas para determinación del destino de dichos remanentes, los que podrían ser redistribuidos entre otros grupos o subgrupos; o incluso, pasar a formar parte de lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 11 bis.

d. Carácter excepcional y subsidiario

Siguiendo la lógica expuesta, sólo podrá utilizarse mecanismos de *fluid recovery* o *cy-près distribution* para casos en que los consumidores afectados sean indeterminados o indeterminables, es decir, que estemos en presencia de la reparación, indemnización; o bien, cuando se trate de una compensación del daño a intereses difusos.

Sin perjuicio de ello, de manera excepcional y bajo determinadas circunstancias puede utilizarse para los siguientes casos si:

- La relación existente entre el número de consumidores a indemnizar y el monto a distribuir haga que la reparación directa sea más baja que el costo individual de transacción de obtenerla; y por tanto, irrisoria, desvirtuando su ánimo reparador, no logrando satisfacer las pretensiones de los consumidores afectados o bien la torne económicamente inviable. Lo que, dicho en otras palabras, supone que no hay una indemnización razonable que permita resarcir el daño efectivamente causado.
- En los hechos, existen dificultades que complejizan o hacen imposible el proceso de determinar e identificar a los consumidores beneficiarios dentro de un grupo colectivo. Lo anterior, sin perjuicio de la responsabilidad del proveedor por faltar al deber de profesionalidad en la falta o ausencia de mecanismos que permitan la trazabilidad de los consumidores. Dicho de otra forma, se trata de un interés difuso afectado.

2. ACCESIBILIDAD. El texto original de la "Circular Interpretativa sobre mecanismos alternativos de distribución de indemnizaciones, reparaciones, devoluciones y compensaciones por afectaciones a los intereses colectivos y difusos" será archivado en la Oficina de Partes del Servicio Nacional del Consumidor y estará disponible al público en su página web.



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

3. ENTRADA EN VIGENCIA. La presente resolución exenta entrará en vigencia desde la publicación de este acto administrativo en la página web del SERNAC.

4. REVOCACIÓN. De conformidad a lo previsto en el artículo 61 de la Ley N° 19.880 y en consideración a las circunstancias de oportunidad, mérito y conveniencia expuestos en este acto administrativo, déjase sin efecto, a partir de la entrada en vigencia de este acto, cualquier guía anterior sobre la misma materia.

**ANÓTESE, PUBLÍQUESE EN LA PÁGINA WEB DEL SERVICIO NACIONAL
DEL CONSUMIDOR Y ARCHÍVESE.**

LUCAS DEL VILLAR MONTT
DIRECTOR NACIONAL
SERVICIO NACIONAL DEL CONSUMIDOR

FBC/ils/ag

Distribución:

- Subdirección Nacional.
- Subdirección Jurídica e Interpretación Administrativa.
- Subdirección de Consumo Financiero.
- Subdirección de Fiscalización.
- Subdirección de Procedimientos Voluntarios.
- Subdirección de Estudios Económicos y Educación.
- Fiscalía Administrativa.
- Comunicaciones Estratégicas y Relacionamento Institucional.
- Oficina de partes.