



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

| | |
|----------------------------------|--|
| PROCEDIMIENTO: | Especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores (Art. 30 del DL N° 211 y Art. 51 de la Ley N° 19.496) |
| MATERIA: | Indemnización de perjuicios por afectación al interés colectivo y difuso de los consumidores |
| DEMANDANTE: | Servicio Nacional del Consumidor |
| RUT N°: | 60.702.000-0 |
| REPRESENTANTE LEGAL: | Lucas Ignacio Del Villar Montt |
| RUT N°: | 13.433.119-4 |
| PATROCINANTE Y APODERADO: | Lucas Ignacio Del Villar Montt |
| RUT N°: | 13.433.119-4 |
| PATROCINANTE Y APODERADO: | Alfredo Calvo Carvajal |
| RUT N°: | 15.829.522-9 |
| DEMANDADO: | Cencosud S.A. |
| RUT N°: | 93.834.000-5 |
| REPRESENTANTE LEGAL: | Matías Videla Solá |
| RUT N°: | Se ignora |

EN LO PRINCIPAL: DEMANDA DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS EN DEFENSA DEL INTERÉS COLECTIVO Y DIFUSO DE LOS CONSUMIDORES. **PRIMER OTROSÍ:** ACOMPAÑA DOCUMENTOS. **SEGUNDO OTROSÍ:** SE TENGA PRESENTE. **TERCER OTROSÍ:** SE TENGA PRESENTE. **CUARTO OTROSÍ:** SOLICITUD QUE INDICA. **QUINTO OTROSÍ:** ACREDITA PERSONERÍA. **SEXTO OTROSÍ:** PATROCINIO Y PODER.

H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

LUCAS IGNACIO DEL VILLAR MONTT, abogado, Director Nacional del Servicio Nacional del Consumidor, cédula nacional de identidad N° 13.433.119-4; y **ALFREDO CALVO CARVAJAL**, abogado, cédula nacional de identidad N° 15.829.522-9, ambos por el Servicio Nacional del Consumidor y, en su



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

representación, domiciliados para estos efectos, en calle Agustinas N° 853, piso 12, comuna y ciudad de Santiago, a S.S. respetuosamente decimos:

Que, por este acto, en representación legal y convencional del Servicio Nacional del Consumidor (en adelante el "SERNAC" o el "Servicio") -la que consta en el decreto de nombramiento y mandato judicial que se acompañan en el primer otrosí-, y de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 51 N° 10 inciso segundo, 58 y 59 de la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (en adelante la "LPDC"), y del artículo 30 del Decreto Ley N° 211 que Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia (en adelante "DL 211"), venimos en deducir demanda de indemnización de perjuicios por afectación al interés colectivo y difuso de los consumidores, a través del procedimiento especial regulado en el Párrafo 3° del Título IV de la LPDC, en contra de **Cencosud S.A.** (en adelante e indistintamente, "Cencosud"), del giro de ventas al menor en comercios de alimentos, bebidas o tabaco (supermercados) y otros, rol único tributario número 93.834.000-5, representada legalmente por su Gerente General don **Matías Videla Solá**, Licenciado en Administración de Empresas, argentino, se desconoce su cédula de identidad, ambos domiciliados para estos efectos en Avenida Kennedy 9001, piso 7, comuna de Las Condes, Santiago; a fin de que S.S.H. la declare admisible y la acoja en todas sus partes, concediendo en favor de los consumidores afectados las indemnizaciones de perjuicios que se vienen en solicitar como las que a su criterio resulten procedentes, todo conforme a los antecedentes de hecho y consideraciones de derecho que a continuación se exponen:

I. INTRODUCCIÓN

El SERNAC, en su calidad de organismo público descentralizado, especializado y técnico en materia de consumo, dando cumplimiento a su mandato legal y ostentando la legitimación activa y representación de todos los consumidores afectados, viene en deducir la presente demanda colectiva indemnizatoria, debido a que Cencosud ha participado de un acuerdo o práctica concertada, por sí o a través de sus relacionadas, con las cadenas de supermercados Walmart Chile S.A. (en adelante "Walmart") y SMU S.A. (en adelante "SMU"), para fijar, por intermedio de sus proveedores, un precio de venta para la carne de pollo fresca en supermercados, por un valor igual o superior a su precio de lista mayorista, entre, a lo menos, los años 2008 y 2011. No cabe duda, que el actuar ilegal de la demandada ha causado graves perjuicios a los consumidores, los que constituyen el motivo principal de esta presentación, tal como se profundizará más adelante.

Esta conducta atentatoria en contra de la libre competencia, fue constatada en sentencia definitiva dictada por el Honorable Tribunal de SS., con fecha 28 de febrero de 2019, al acoger el requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica (en adelante "FNE") en el mes de enero del año 2016, en contra del demandado, y otras dos empresas ya señaladas, Walmart y SMU. Dicha decisión fue confirmada por la Excelentísima Corte Suprema, mediante sentencia definitiva de 8 de abril de 2020, cuyo cúmplase fue dictado

el pasado 5 de octubre, previo procedimiento tramitado ante este Tribunal en causa rol contencioso N° 304-2016.

Es importante destacar que en relación a Walmart y SMU, el SERNAC está tramitando un procedimiento voluntario colectivo, en virtud de los artículos 54 H y siguientes de la LPDC, lo cual inhibe a los legitimados activos a ejercer acciones colectivas en su contra por estos mismos hechos mientras dicho procedimiento esté en tramitación. Cencosud, no estuvo disponible para entregar una propuesta de solución en el marco del Procedimiento Voluntario Colectivo que cumpliera con los requisitos mínimos que la ley establece y que beneficie a todos los consumidores afectados.

En definitiva, ejercemos esta acción, en cumplimiento de lo establecido en el Decreto Ley N° 211, específicamente, en lo dispuesto en su artículo 30, que señala expresamente que todos los daños y perjuicios que se hayan producido a consecuencia de una conducta anticompetitiva (como la colusión o un acuerdo de precios) pueden ser demandados una vez ejecutoriada la respectiva sentencia condenatoria, en este caso, a partir del 5 de octubre de 2020. En otras palabras, los daños y perjuicios pueden demandarse sólo una vez declarada y confirmada la antijuridicidad de la conducta, y ante el único tribunal con competencia para ello, esto es, el Honorable Tribunal para la Defensa de la Libre Competencia.

II. LOS HECHOS

1. ANTECEDENTES

1.1. CONTEXTO GENERAL

La legislación sobre la Libre Competencia busca proteger -justamente- la competencia entre los distintos competidores del mercado y la eficiencia del mismo. Lo anterior, no sólo respecto a los competidores, sino que además, de cara al bienestar de los consumidores¹, para que éstos no se vean afectados por actos contrarios a la libre competencia, realizados por empresas que buscan obtener ilegítimas ganancias a costa de sus competidores, del mercado y de los consumidores. Es en este punto en que las legislaciones de competencia y de consumo cumplen un papel primordial para mantener la adecuada articulación del mercado, permitiendo que los consumidores puedan tomar las mejores decisiones para satisfacer óptimamente sus necesidades. Como sostienen Hernández y Tapia, *“los derechos de la competencia y del consumo comparten la finalidad de proteger el sano funcionamiento del mercado y los intereses de los consumidores”*².

¹ Cuenta Pública 2019 de la Fiscalía Nacional Económica, pág. 9 (disponible en: https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/CuentaPublica/Cuenta_Publica_2019.pdf).

² HERNÁNDEZ, Gabriel y TAPIA, Mauricio (2019): *“Colusión y daños a los consumidores”*, Ed. Thomson Reuters, Santiago, p. 8.



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

En esta línea, SSH. ha sostenido que **"la colusión constituye, unánimemente en la doctrina, en nuestra legislación y en la jurisprudencia de este Tribunal como de la Excma. Corte Suprema, el más lesivo de los atentados a la libre competencia, toda vez que supone suprimir de raíz la incertidumbre y la libre iniciativa propia de los procesos competitivos, reemplazándola por una conspiración entre competidores en perjuicio del bienestar social y los consumidores."**³ (énfasis agregado).

Durante los últimos años, vuestro Tribunal ha dictado importantes sentencias condenando y multando actos de colusión, que afectaron diversos mercados, y en el que participaron diferentes empresas. A modo ejemplar, podemos señalar los siguientes casos conocidos comúnmente como "Farmacias", "Papeles", "Buses" (ruta Santiago-Curacaví), "Pañales", "Pollos" y, recientemente, "Supermercados". Indudablemente, en todos ellos, con ocasión del actuar anticompetitivo de las empresas que participaron de aquellos carteles, se generó un perjuicio grave y cierto a los consumidores, tanto patrimonial como extrapatrimonial que, en algunos casos, incluso, se extendió por varios años.

Es en este contexto, en el cual el SERNAC ejerce esta acción indemnizatoria, como una alternativa a disposición de los consumidores, que al mismo tiempo contribuye al cumplimiento del derecho de la libre competencia, con la finalidad de obtener el resarcimiento de los daños causados por colusión⁴.

De esta manera, la presente demanda tiene un carácter indemnizatorio, buscando resarcir los perjuicios causados a los millones de consumidores afectados por Cencosud, con ocasión del acuerdo de precios entre los supermercados, cuyo cartel estuvo compuesto por Cencosud, SMU y Walmart.

1.2. ANTECEDENTE JUDICIAL PREVIO. CASO COLUSIÓN DE PRODUCTORAS AVÍCOLAS

La FNE, con fecha 30 de noviembre de 2011, interpone ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, un requerimiento en contra de las empresas Agrosuper, Ariztía, Don Pollo, y de la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G. (en adelante indistintamente la "APA"), debido a que, mediante la utilización de modelos de demanda, determinaron año a año, la cantidad total de carne de pollo que venderían en el mercado nacional, asignando cuotas de mercado y determinando lo que a cada miembro del cartel específicamente le correspondía producir en el mercado nacional.⁵

³ Tribunal para a Defensa de la Libre Competencia, sentencia N° 119/2012 de fecha 31 de marzo de 2012, causa caratulada "FNE contra Farmacias Ahumada S.A, Farmacias Cruz Verde S.A y Farmacias Salcobrand", considerando centésimo nonagésimo quinto.

⁴ HERNÁNDEZ, Gabriel y TAPIA, Mauricio (2019): "Colusión y daños a los consumidores", Thomson Reuters, Santiago, p. 8.

⁵ Requerimiento N° C-236-2011 "FNE contra Agrícola Agrosuper S.A. y otros", de fecha 30 de noviembre de 2011.



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Al momento de la interposición del requerimiento, las empresas concentraban más del 92% de la producción nacional de pollo destinada al mercado interno y más del 93% de la comercialización en Chile. En este contexto, y de acuerdo al contenido del referido requerimiento, las tres productoras, por sí y/o a través de sus relacionadas, habrían infringido el artículo 3º del Decreto Ley N° 211 (en adelante, el "DL 211"), al celebrar y ejecutar un acuerdo entre competidores, consistente en limitar su producción, controlando la cantidad producida y ofrecida al mercado nacional, y asignarse cuotas en el mercado de producción y comercialización de dicho producto.

Con fecha 25 de septiembre de 2014, el TDLC dictó sentencia acogiendo el requerimiento de la FNE, condenando a las requeridas por infracción al artículo 3º, inciso segundo, letra a) del DL 211, por coludirse acordando limitar la producción de carne de pollo ofrecida al mercado nacional y asignándose cuotas en el mercado de producción y comercialización de dicho producto. Así, sancionó a Agrosuper y Ariztía a una multa de 30.000 UTA a cada una, y a Don Pollo a una multa de 12.000 UTA, disponiendo, además, la disolución de la APA (Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G.) y ordenando a Agrosuper y sus empresas relacionadas a consultar en forma previa sobre cualquier operación de concentración en el mercado avícola en la que quiera participar.

Ante este escenario, las requeridas interpusieron recursos de reclamación en contra de la sentencia definitiva. Igualmente, procedió la FNE, con el objetivo de aumentar la multa impuesta a Agrícola Don Pollo Limitada a 30 mil Unidades Tributarias Anuales, y la imposición de una multa a la Asociación de Productores Avícolas de Chile A.G. de 20 mil Unidades Tributarias Anuales, adicional a su disolución.

Los recursos fueron resueltos por la Excelentísima Corte Suprema con fecha 29 de octubre de 2015, estableciéndose que *"existió un acuerdo entre las tres avícolas requeridas, coordinado por la APA, en relación a una variable de competencia consistente en la limitación de la producción y asignación de cuotas de producción de carne destinada al mercado nacional"*. Respecto a los recursos de reclamación de las requeridas, sólo se acogió la solicitud formulada por Agrosuper, en orden a dejar sin efecto la medida preventiva de tener que consultar en forma previa sobre cualquier operación de concentración en el mercado avícola en la que quiera participar. Por otra parte, se rechazaron los recursos de reclamación deducidos por la APA, Agrosuper, Ariztía y Don Pollo y se acogió parcialmente el de la FNE, sólo en cuanto se condenó a la APA al pago de una multa ascendente a 2.000 UTA, quedando en definitiva confirmada su disolución, y las otras multas aplicadas a las avícolas, dictándose el cúmplase el día 10 de noviembre de 2015.

En resumen, los productores de pollo fueron condenados por haber acordado limitar la producción de carne de pollo ofrecida al mercado nacional y asignarse cuotas en el mercado de producción y comercialización de dicho producto con el consiguiente aumento de precio, conducta que se extendió, al menos, entre los años 2000 a 2010.

1.3. CASO DE COLUSIÓN EN EL MERCADO DE LA CARNE DE POLLO FRESCA POR PARTE DE SUPERMERCADOS

1.3.1. DECISIONES DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA

Con fecha 6 de enero de 2016, la FNE interpone ante el TDLC un requerimiento en contra de Cencosud, SMU y Walmart, en el cual solicitó declarar que las empresas requeridas, habrían infringido el artículo 3º inciso primero e inciso segundo letra a) del Decreto Ley N° 211, por haber participado de un acuerdo o práctica concertada, por sí o a través de sus relacionadas, destinada a fijar, por intermedio de sus proveedores, un precio de venta para la carne de pollo fresca en supermercados que fuera igual o superior a su precio de lista mayorista. Tal conducta se habría ejecutado, al menos, entre los años 2008 y 2011, restringiendo o tendiendo a restringir la competencia en precios en el mercado de comercialización de carne de pollo fresca en supermercados a los consumidores finales.

Con fecha 28 de febrero de 2018, este Honorable Tribunal dictó sentencia acogiendo el requerimiento de la FNE, condenando a las requeridas por infracción al artículo 3º, inciso primero y segundo, letra a) del DL 211, al haber participado de un acuerdo o práctica concertada, por sí o a través de sus relacionadas, destinado a fijar, por intermedio de sus proveedores, un precio de venta para la carne de pollo fresca en supermercados, igual o superior a su precio de lista mayorista, entre al menos los años 2008 y 2011. En atención a ello, se sancionó a Cencosud con una multa de 5.766 UTA, a SMU con una multa de 3.483 UTA y a Walmart con una multa de 4.743 UTA, imponiendo a las requeridas además, la adopción de un programa de cumplimiento en materia de libre competencia que satisfaga al menos los requisitos establecidos en la "Guía de Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia" (material de promoción N° 3) elaborada por la Fiscalía Nacional Económica, de junio de 2012, por al menos un plazo de cinco años.

Frente a esta decisión, las requeridas interpusieron recursos de reclamación en contra de la sentencia definitiva, misma estrategia seguida por CONADECUS y la FNE, cuyos recursos tenían por objeto aumentar la multa impuesta a Cencosud S.A., SMU S.A. y Walmart Chile S.A. a 30.000 UTA para cada una.

Con fecha 8 de abril de 2020, la Corte Suprema resolvió los recursos de reclamación deducidos por las partes, declarando lo siguiente:

"I. Se rechazan los recursos de reclamación deducidos por Cencosud S.A., SMU S.A. y Walmart Chile S.A., en contra de la sentencia de veintiocho de febrero de dos mil diecinueve, dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

II. Se acoge el recurso de reclamación que, en contra de la misma decisión, dedujo la Fiscalía Nacional Económica. Por tanto, se declara que las requeridas infringieron el artículo 3º inciso primero e inciso segundo letra a) del Decreto Ley N° 211, al haber participado del acuerdo destinado a fijar, por intermedio de sus proveedores, un precio de venta para la carne de pollo fresca en supermercados, igual o superior a su precio de lista mayorista, al menos entre los años 2008 y 2011.

Como consecuencia de lo anterior, se condena a las requeridas al pago de las siguientes multas:

- a) 11.532 Unidades Tributarias Anuales a Cencosud S.A.*
- b) 6.876 Unidades Tributarias Anuales a SMU S.A.*
- c) 11.160 Unidades Tributarias Anuales a Walmart S.A.*

Lo anterior, sin perjuicio de la obligación de adoptar un programa de cumplimiento, en los términos ya establecidos por la sentencia recurrida.

III. Se acoge el recurso de reclamación entablado por Odecu y Conadecus, sólo en cuanto se dispone que, ejecutoriada la presente sentencia, vuelvan los antecedentes administrativos a la FNE, a fin de que se indague la existencia de conductas contrarias a la libre competencia y, en su caso, la necesidad de adoptar medidas correctivas o prohibitivas, respecto de otros mercados u otros productos, conforme a los antecedentes que obran en la investigación administrativa”.

1.3.2. IMPACTO DE LA CONDUCTA DE LOS SUPERMERCADOS EN EL MERCADO DE LA CARNE DE POLLO

Las cadenas de supermercados señaladas, incurrieron en una de las conductas anticompetitivas más grandes, y con ocasión de ello, acordaron para su beneficio y en perjuicio de los consumidores, fijar el precio de venta del pollo fresco, el cual, es un alimento básico para las personas, de consumo familiar, que constituye un producto vital e irremplazable para los consumidores⁶. En este punto, conviene destacar -además- que el producto de carne de pollo fresco no es sustituible con el pollo congelado. Asimismo, el producto en cuestión, es un

⁶ Corte Suprema, sentencia de fecha 8 de abril de 2020 causa caratulada "FNE contra Cencosud y otras", Rol N° 9361-2019, Considerando Trigésimo Séptimo, el que señala: "...se observa la existencia de una regla que tiende a un objetivo común, como es la fijación de un piso mínimo del precio respecto de un mismo bien, como es la carne de pollo fresca, todo lo cual se verificó entre las mismas empresas implicadas, a través de un grupo relativamente estable de ejecutivos, **cumpliendo durante el periodo imputado con una misma forma de ejecución y análoga pauta de actuar ante eventuales incumplimientos de la regla por parte de los competidores a saber los contactos vía correo electrónico, dirigidos a los proveedores comunes.**" Agrega la ECS que, **"se estableció que el pollo congelado y el pollo fresco no son sustitutos perfectos; que cerca del 50% de las ventas realizadas por los proveedores corresponde a supermercados y una proporción importante de ese 50%, a las grandes cadenas; que no existe fundamento para concluir que exista un mercado relevante diverso para cada pieza o parte de pollo y, finalmente, que se trata de un producto que forma parte de la canasta básica de consumo de la mayor parte de la población."** (lo destacado es nuestro).



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

alimento de la canasta básica familiar, siendo señalado expresamente en la ya citada sentencia dictada por la Excelentísima Corte Suprema⁷.

La sentencia de la Excm. Corte Suprema, confirma lo ya señalado por vuestro Tribunal, en el sentido que el mercado de carne de pollo fresca es altamente concentrado y, por otra parte, que las empresas están dispuestas a vender el pollo a bajo costo, puesto que sirve de “*gancho*” para captar consumidores que compren otros productos en los supermercados⁸, lo que se denomina *loss leading* products.

“El pollo fresco es un producto “loss leading”, esto es, de aquellos en que los actores pueden estar dispuestos a vender bajo costo, para así atraer clientes al local y aumentar las ventas de otros productos.”⁹

Por lo tanto, esta regla consensuada que impedía a los supermercados vender la carne de pollo fresca a un menor valor que el determinado por el cartel, impidió la natural competencia para atraer a los consumidores con ofertas de este producto denominado como *loss leading*, afectando el precio final fijado para los consumidores a nivel nacional¹⁰.

Como es fácil comprender, los supermercados dañaron gravemente a los consumidores de todo el país. Es más, así sucedió no sólo respecto de quienes debieron pagar el ilegítimo precio del pollo, al menos en relevantes espacios de tiempo, sino que también se causaron perjuicios a los consumidores que, asimismo, no pudieron pagar los precios artificialmente creados u alejados de un marco de competitividad y, en consecuencia, debieron privarse de continuar comprando este fundamental alimento de la canasta básica familiar. Es más, durante el proceso, se pudo establecer con claridad que existió una conducta continuada en el tiempo, que se caracterizó por una intencionalidad común y con conocimiento de parte de cada una de las requeridas, preocupadas de obtener una ganancia, a sabiendas ilegítima, a costa del patrimonio de los consumidores, y sin importarles el daño que se estaba causando durante los cuatro años que, al menos, perduró el acuerdo de precios.

2. ANTECEDENTES GENERALES DEL PROVEEDOR

⁷ *Ibidem*, considerando octavo “...se alteró el precio que el consumidor debe pagar por un producto de difícil sustitución, que integra la canasta básica en el consumo de la mayor parte de la población.”

⁸ *Ibidem*, considerando vigésimo octavo. “... si se considera que esa alta demanda de la carne de pollo influye en la elección que el consumidor haga de uno u otro local y, en tales visitas, la experiencia indica que no sólo se adquiere ese producto, de modo que también puede estimarse que la regla de conducta tuvo efectos en la demanda de otros bienes.”

⁹ *Ibidem*, considerando décimo quinto.

¹⁰ *Ibidem*, considerando décimo sexto: “el precio y la oferta quedan determinados por decisiones que se adoptan a un nivel central, tal como viene resuelto y queda en evidencia de la gradual implementación de las áreas de pricing, precisamente encargadas de la fijación centralizada de precios, **todo lo cual obliga a una evaluación del mercado relevante, para este caso, a nivel nacional.**” (destacado nuestro).

2.1. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL NEGOCIO DESARROLLADO POR CENCOSUD

Cencosud S.A. (acrónimo de Centros Comerciales Sudamericanos S.A.), es una compañía chilena del sector retail, con presencia en Chile, Argentina, Brasil, Perú y Colombia. El ámbito de negocios de la empresa corresponde a hipermercados, supermercados, tiendas por departamento, mejoramiento del hogar y construcción, inmobiliario (centros comerciales) y servicios financieros (seguros, banco y tarjeta de crédito). Según el ranking "*Global Powers Of Retailing Top 250*" de 2020, desarrollado por Deloitte, Cencosud se posiciona como el conglomerado más grande del comercio minorista en Chile, y uno de los mayores a nivel sudamericano, ocupando el lugar 68º del ranking mundial ya mencionado. De los 250 proveedores incorporados en este listado (entre ellos Cencosud), según el informe, se puede señalar que:

"(...) Aunque las empresas individuales han experimentado cambios significativos en sus fortunas durante este periodo, a nivel agregado, el Top 250 ha exhibido estabilidad notable"^{11 12}.

Del mismo análisis, se puede extraer también, que los ingresos totales percibidos por la empresa al año fiscal 2018 por ventas al por menor, fue significativo, alcanzando la suma de 14.402 US\$M¹³. A mayor abundamiento, sobre su participación en América Latina, se señala que:

"El crecimiento del comercio minorista en la región continuó impulsado por la demanda de comodidad de los consumidores, con la penetración del aumento de internet como un nuevo impulso al comercio electrónico, y a la adopción de estrategias "omni-channel" por parte de las empresas (...) Cencosud, Femsacomercio y S.A.C.I. Falabella fueron las mayores contribuyentes a los ingresos entre las 250 principales empresas en la región"¹⁴¹⁵.

Ahora bien, sobre el sector del negocio que nos importa, esto es, Supermercados e Hipermercados, podemos decir que para Cencosud, esta área

¹¹ El destacado es nuestro. En idioma original: "*Deloitte 2020 Top 250 retailers show remarkable stability in a changing world For this year's report we take a five year look at the "Quick statistics" for the Global Powers of Retailing Top 250 retailers in each year since FY2013. Although individual companies have experienced significant changes in their fortunes over this period, at the aggregate level the Top 250 has exhibited remarkable stability*".

¹² Disponible en el informe "*Global Power of Retailing 2020*" de Deloitte: <https://www2.deloitte.com/global/en/pages/consumer-business/articles/global-powers-of-retailing.html>. p. 14.

¹³ Ibid., p. 16.

¹⁴ El destacado es nuestro. En idioma original: "*The growth of retailing in the region continued to be driven by consumer demand for convenience, with increasing internet penetration providing a further boost to e-commerce, and the adoption of omni-channel strategies by companies. (...) Cencosud, Femsacomercio, and S.A.C.I Falabella were the biggest contributors to revenue among the Top 250 companies in the region*".

¹⁵ Disponible en el informe "*Global Power of Retailing 2020*" de Deloitte: <https://www2.deloitte.com/global/en/pages/consumer-business/articles/global-powers-of-retailing.html>. p. 24.

Servicio Nacional del Consumidor

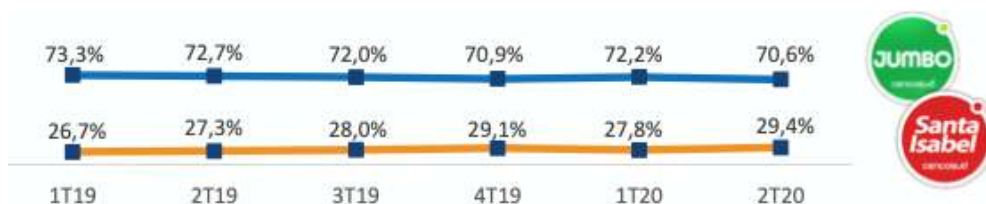
Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

constituye su actividad central¹⁶, alcanzando durante el 2018, sólo este sector, ventas por US\$ 9.928 millones, lo que corresponde al 70,7% del total obtenido por la empresa¹⁷. Las cifras en aquella área no han variado, ya que, a junio de 2020, el segmento de supermercados constituye el 66% de los ingresos que percibe.



Fuente: Cencosud¹⁸

Cabe mencionar, que la división Supermercados, opera a través de las marcas Jumbo y Santa Isabel, las que cuentan en conjunto con 247 tiendas en Chile, con un total de 600.683m² ¹⁹. Asimismo, no está de más decir, que la participación de Jumbo y Santa Isabel en el mercado de su sector también es relevante, pues al segundo trimestre de este año, concentraban el 29,4%.



¹⁶ Informe de Estados Financieros, Cencosud S.A., mayo 2019, p. 12. Disponible en: http://www.svs.cl/documentos/pueag/crcr/recr_2019060098159.pdf.

¹⁷ *Ibid.*, p. 13.

¹⁸ Se refiere al ingreso a 12 meses por negocio. El gráfico de ingresos excluye los ingresos provenientes de los segmentos de retail Financiero y Otros. Se encuentra disponible en: <http://investors.cencosud.com/Spanish/inversionistas/quienes-somos/que-es-cencosud/resumen-por-pais/chile/default.aspx> (Revisado 8 octubre de 2020).

¹⁹ *Ibidem.*

2.2. SOBRE LA CONDUCTA DESPLEGADA POR CENCOSUD S.A. EN RELACIÓN AL CUMPLIMIENTO DEL ESTATUTO DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

Dado el ámbito en que desempeña sus funciones este Servicio y el constante relacionamiento con empresas de diversos mercados, entre los que se encuentra Cencosud, es necesario hacer un recorrido por los distintos hitos judiciales relevantes que dan cuenta, a juicio de esta parte, de una conducta mantenida en el tiempo, que podría llegar a considerarse una política de empresa que constata graves incumplimientos a la LPDC.

En particular, entre los antecedentes judiciales de Cencosud en materias relacionadas a daños colectivos destaca, la demanda colectiva iniciada por el SERNAC en el año 2006²¹, mediante la cual, nuestro Máximo Tribunal condenó a la empresa a pagar a sus tarjetahabientes cerca de 52 millones de dólares en compensaciones por aplicar cláusulas abusivas y aumentar arbitrariamente los costos de mantención de sus tarjetas de crédito "Jumbo Más", de \$460 a \$990 pesos²².

Este fallo, hasta el día de hoy, es uno de los más relevantes en esta materia, al consagrar que cualquier modificación a los contratos deberá ser consentida expresamente por ambas partes, "*[u]na decisión que cambió profundamente el escenario del retail y la banca y provocó que otras empresas en situación similar, como BancoEstado y Falabella, llegaran a acuerdos compensatorios con sus clientes antes de que la justicia fallara*"²³.

Desde entonces, este Servicio ha presentado varias acciones colectivas en contra de Cencosud, o de alguna de sus filiales. Así, por mencionar algunas:

- a) El 2019 fue condenada al pago de 45 UTM por infracción al artículo 50 A de la Ley N° 19.496, al incorporar en sus contratos de adhesión online, una cláusula abusiva que alteraba las reglas de competencia, y que fue declarada nula en virtud del artículo 16 g) de la misma Ley²⁴.

²⁰ Presentación de Resultados Cencosud, Segundo trimestre 2020, disponible en: [http://s2.q4cdn.com/740885614/files/doc_financials/2020/q2/Earnings-Presentation-2Q20-\(ESP\).pdf](http://s2.q4cdn.com/740885614/files/doc_financials/2020/q2/Earnings-Presentation-2Q20-(ESP).pdf) (Revisado el 8 de octubre de 2020).

²¹ "SERNAC con Cencosud", Rol C-21910-2006, del 10° Juzgado Civil de Santiago.

²² La ECS entendió que la conducta de Cencosud, suponía "*darle legitimación a la empresa para modificar la convención unilateralmente, desde el momento que niega al consumidor su derecho a mantener la operación del contrato, tal cual se había inicialmente pactado. No puede ser suficiente para justificar la cláusula en análisis, el hecho que Cencosud no le impuso al cliente la modificación, pues, basta para vulnerar el artículo 16 letra a) que el cliente no pueda continuar con el contrato en los términos inicialmente pactados. Existe, por este sólo hecho, una contravención al artículo 16 letra a), y la cláusula debe considerarse abusiva*" (sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Rol N° 12355-2011, 24 de abril de 2009).

²³ CIPERCHILE, investigación "Las reglas del mercado que cambian con los fallos de la Corte Suprema contra Eurolatina y Cencosud", 9 de mayo de 2013. Disponible en: <https://www.ciperchile.cl/2013/05/09/las-reglas-del-mercado-que-cambian-con-los-fallos-de-la-corte-suprema-contr-eurolatina-y-cencosud/> (revisado 8 de octubre de 2020).

²⁴ "SERNAC con Cencosud", Rol C-23576-2015, del 24° Juzgado Civil de Santiago.



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

- b) Actualmente, se está a la espera de que el 10º Juzgado Civil de Santiago se pronuncie sobre la demanda iniciada por el SERNAC, fundada en que el proveedor incumplió las condiciones ofrecidas, convenidas y/o contratadas con los consumidores, causándoles de esta manera perjuicios, con ocasión del evento Cyber Monday del año 2016²⁵.
- c) De igual forma, y por los mismo hechos, el año 2017, se inició demanda en contra de Easy Retail S.A.²⁶, filial de Cencosud S.A.

Otro tanto, ha ocurrido en acciones de interés general de carácter infraccional. Así, por ejemplo, la empresa fue condenada a 20 UTM, por infringir el artículo 2 letra b), 24 y 28 letra d) de la Ley Nº 19.496, al realizar una publicidad inductiva de error sobre el precio publicado²⁷; en otra ocasión, por infringir el artículo 36 de la LPDC²⁸; y también por infringir el artículo 20 de la misma Ley²⁹; entre otras. Sólo para que SSH. pueda hacerse una idea, en el periodo comprendido entre los años 2017 y 2019, se han dictado más de 52 sentencias condenatorias en contra de Cencosud³⁰.

A mayor abundamiento, sólo en el año 2020, se iniciaron dos procedimientos voluntarios colectivos con empresas del grupo Cencosud. El primero de éstos en contra de Paris, por incurrir en una serie de incumplimientos en la venta, compra, y proceso de post venta de productos adquiridos a través del sitio web o plataformas de venta online³¹. El segundo de estos procedimientos voluntarios colectivos se inició en contra de Tarjetas Cencosud (CAT Administradores de Tarjetas S.A.), por el hecho de que algunos clientes padecieron fraudes cometidos por terceros, al haberse realizado pagos no consentidos por los consumidores en el contexto del comercio "Airbnb", entre el año 2018 y 2019³². En el primer caso, el procedimiento voluntario colectivo terminó de manera fallida, producto de la negativa del proveedor a participar del mismo, lo que llevó al SERNAC a interponer una demanda colectiva en contra de Cencosud Retail S.A.³³. En el segundo caso, el procedimiento voluntario colectivo concluyó con una resolución favorable.

²⁵ "SERNAC con Cencosud", Rol C-9122-2017, del 10º Juzgado Civil de Santiago.

²⁶ "SERNAC con Cencosud", Rol C-9117-2017, del 26º Juzgado Civil de Santiago.

²⁷ Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de fecha 6 de febrero de 2018, en causa caratulada "SERNAC con Cencosud Retail S.A.", Rol Nº 605-2016.

²⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 21 de febrero de 2017, en causa caratulada "SERNAC con Cencosud Retail S.A. / Cencosud Administradora de Tarjetas S.A.", Rol Nº 1930-2016.

²⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 25 de enero de 2017, en causa caratulada "SERNAC con Cencosud Retail S.A.", Rol Nº 1739-2016.

³⁰ Cabe señalar que, en este resultado, se han considerado sólo las acciones infraccionales de interés general tramitadas ante los Juzgados de Policía Local en que el SERNAC fue parte o realizó denuncias institucionales, sin incluir los avenimientos.

³¹ Resolución Ex. Nº 547 del Servicio Nacional del Consumidor, del 4 de agosto de 2020. Dentro de los incumplimientos que motivaron el inicio de este procedimiento administrativo, se encuentran: retardo en la entrega, modificación de la fecha de entrega, cancelación de la compra, falta de stock, etc.

³² Resolución Ex. Nº 348 del Servicio Nacional del Consumidor, del 13 de abril de 2020.

³³ Véase sitio web del SERNAC: <https://www.sernac.cl/portal/604/w3-article-60070.html#:~:text=El%20SERNAC%20present%C3%B3%20demandas%20colectivas,y%20de%20contactabilidad%2C%20entre%20otras.>

En consecuencia, un antecedente que se deberá tener en consideración al momento de resolver la presente demanda, es el hecho de que Cencosud ha demostrado mantener prácticas que no se ajustan al principio de una política de cumplimiento normativo denominada "Actuar dentro de los límites legales"³⁴, particularmente en un aspecto tan sensible como es el respeto a los derechos básicos de los consumidores. Claro ejemplo de ello, es el haber sido condenado por el tribunal de SSH. por incurrir durante casi cuatro años aproximadamente, en prácticas anticompetitivas que afectaron directamente a los consumidores en un producto tan sensible, como es la carne fresca de pollo.

3. FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO DE LOS POLLOS

3.1. CATEGORIZACIÓN DEL MERCADO DE LA CARNE DE POLLO Y SUS CONSUMIDORES EN EL MERCADO NACIONAL

La carne de pollo en nuestro país es de los productos más demandados, al punto que, en la actualidad, su consumo lidera entre las carnes. En efecto, un reciente análisis sobre el consumo de alimentos de los chilenos en las últimas décadas reveló que el consumo de carne se ha triplicado, permaneciendo estable hasta los años noventa, época donde "se visualiza un cambio en la ingesta de carne rojas por carnes blancas, como pollo y porcino. Actualmente, éstas dos últimas representan el 80% del consumo total de carnes"³⁵, es más, "los investigadores de este estudio informan que el consumo de pollo tuvo un crecimiento superior a 20 veces desde 1930 el día de hoy"³⁶.

Ahora bien, es posible mencionar otros antecedentes que permiten categorizar a la carne de pollo como un producto esencial para las familias chilenas, como, por ejemplo, el hecho de que éste forme parte de la canasta básica de alimentos y que es uno de los insumos que el Ministerio de Desarrollo Social utiliza para fijar la línea de la pobreza y la de la pobreza extrema por persona, calculando la cantidad de calorías diarias mínimas que se deben ingerir, y entre los alimentos que menciona el listado se encuentra la pechuga de pollo, pollo entero, trutro de pollo y pollo asado entero³⁷.

³⁴ BALMACEDA H., Gustavo, GUERRA E., Rodrigo y JUPPET E., María Fernanda. (2019) "COMPLIANCE. Visión general desde una perspectiva penal y comercial", 1ra edición. Santiago, editorial Thomson Reuters, p. 40: "(...) 3.3.1.b) Actuar dentro de los límites legales. El reconocimiento de que las actuaciones en el ejercicio de una actividad económica deben encontrarse en respeto de las normas legales prescritas para el desarrollo de dicha actividad resulta evidente, pero no por esto es menos relevante que se indique en forma expresa por los principios de ALI la exigencia de mantener dicho respeto por las organizaciones empresariales (...)"

³⁵ Avinews América Latina, "En Chile, el consumo de Carne de pollo lidera entre las carnes", marketing y economía, 01 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://avicultura.info/chile-consumo-carne-pollo-lidera-entre-carnes/> (Revisado 9 de octubre de 2020).

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Valor de la canasta básica de alimentos y líneas de pobreza, informe mensual, agosto de 2020, Subsecretaría de Evaluación Social. Disponible en: http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/layout/doc/ipc/Valor_CBA_y_LPs_20.08.pdf.



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Sumado a lo anterior, podemos agregar que una de las características principales de la carne de pollo como producto, es que, en general, tiene una demanda inelástica. A mayor abundamiento:

"La carne de pollo al por mayor es relativamente inelástica al ingreso de los consumidores ($=0,86$), no obstante, a medida que aumenta el valor agregado, es decir, la carne de pollo trozado, se vuelve más elástica al ingreso de los consumidores"³⁸.

Otro punto relevante a considerar respecto de este producto, es el hecho de que su consumo es transversal en la población del país, sin sufrir variaciones importantes en los diferentes sectores económicos, presentando diferencias en las cantidades y/o frecuencia en que es consumido, pero, en definitiva, es demandado por todos los estratos sociales. En un estudio sobre el consumo de carne en el Sur de Chile, se concluyó que:

"Según ocupación, los empresarios presentaron superior consumo ocasional (11,6%), caso contrario el de los empleados públicos (1,7%), mientras las personas que estaban en otra situación laboral en su totalidad presentaron consumo tres veces por semana, si bien la representatividad de esta submuestra es baja ($n = 4$). De acuerdo al nivel socioeconómico, el grupo C2 presentó mayor consumo una vez por semana (69,5%) y menor correspondiente a tres veces por semana (19,0%), el estrato D evidenció menor consumo una vez por semana (36,4%) y el grupo E un alto consumo diario (33,3%) y nulo consumo una vez por semana. No obstante, como ya se mencionó, la representatividad del grupo E dentro de la muestra total es baja."³⁹

En suma, el mercado de la carne de pollo es especialmente sensible, desde dos aristas: para los proveedores -como estrategia comercial-, y para los consumidores finales. En cuanto a los primeros, resulta ser un producto relevante, capaz de atraer clientes si su precio es competitivo, y desde el segundo punto de vista, forma parte de la canasta básica de las familias chilenas, de manera transversal y con una demanda inelástica.

III. EL DERECHO

1. DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y SU VINCULACIÓN CON LA LIBRE COMPETENCIA

³⁸ URRUTIA, Silvia (2006). "Análisis de elasticidades de alimentos y productos agrícolas chilenos y proyecciones de consumo para el sector pecuario", Universidad de Talca, p.2

³⁹ SCHNETTLER, Berta, SILVA, Roberto, y SEPÚLVEDA, Néstor. (2008). "Consumo de carne en el sur de Chile y su relación con las características sociodemográficas de los consumidores". *Revista chilena de nutrición*, 35 (Supl. 1), pp. 262-270. <https://dx.doi.org/10.4067/S0717-75182008000400002>.



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

El modelo de defensa de la libre competencia se basa en dos ejes concurrentes de protección fundamentales. Por una parte, se encuentra el modelo que intenta tutelar las reglas de la libertad de mercado, desde el punto de vista sancionatorio, fiscalizando e investigando las respectivas infracciones consignadas en el Decreto Ley N° 211 y, de modo paralelo a él, o más bien con posterioridad a ese modelo, se intenta resguardar el debido resarcimiento, o compensación de las víctimas de los hechos atentatorios contra la libre competencia por vía de reparar daños. Dando cuenta de esta dualidad, Cristián BANFI ha señalado que:

*"En diversos sistemas jurídicos existen entes públicos encargados de aplicar las normas sobre libre competencia, investigando las infracciones e imponiendo las sanciones respectivas. Esto conforma el modelo público administrativo o public enforcement. (...). Sin embargo, los particulares también desempeñan un papel relevante en la aplicación del derecho de la competencia, en cuyo caso se habla del modelo privado de aplicación de la ley o private enforcement (...) el private enforcement concierne exclusivamente a las acciones civiles (cautelares, de nulidad y resarcitorias) interpuestas ante los tribunales civiles, originadas en conductas anticompetitivas, y la interpretación y aplicación que dichos órganos jurisdiccionales hacen de las normas pertinentes"*⁴⁰.

La categoría del *private enforcement* comprende tanto la reparación de daños a los competidores como a los consumidores afectados. Como señala MONTI⁴¹, estos últimos son quienes asumen los efectos de los ilícitos anticompetitivos a través de un aumento del precio, reducción de la oferta o afectación de la calidad de bienes o servicios, entre otras consecuencias, ya sea que actúen como compradores directos o indirectos de los autores del ilícito anticompetitivo.

Sobre el particular, importa especialmente la Directiva de Daños de la Unión Europea⁴², donde se regulan cuestiones relevantes sobre las acciones de daños interpuestas por los competidores y consumidores. En efecto, el desarrollo del denominado cumplimiento privado de las normas de competencia a través de las acciones indemnizatorias derivadas de ilícitos anticompetitivos se encuentra íntimamente vinculada a los objetivos del derecho de la competencia, en donde el bienestar del consumidor es uno de sus principales objetivos. Al respecto, la Comisión Europea ha relevado que la naturaleza compensatoria de

⁴⁰ BANFI, Cristián. (2013). "La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del derecho de la competencia". Revista chilena de derecho privado, (21), 217-258. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722013000200006>. p. 220 y 222

⁴¹ MONTI, Giorgio. EC Competition Law, OUP 2007 p. 425

⁴² Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea Texto pertinente a efectos del EEE.

las acciones indemnizatorias es el principal "elemento de un sistema efectivo de cumplimiento privado de las normas de derecho de la competencia"⁴³.

Existe consenso en la doctrina⁴⁴ y jurisprudencia comparada⁴⁵ que las acciones indemnizatorias por ilícitos anticompetitivos favorecen el efecto disuasivo del cumplimiento del sistema de libre competencia y complementa el rol del *public enforcement* al hacer más gravosas las sanciones y consecuencias de los atentados a la libre competencia.

Finalmente, a nivel comparado, en los Estados Unidos de Norteamérica, las acciones indemnizatorias juegan un rol importante en el *enforcement* del derecho de la competencia a través de las demandas interpuestas por competidores y consumidores. Ello, en parte se explica por los incentivos entregados a los litigantes privados, dentro de los cuáles podemos destacar los daños triples, adecuadas vías de financiamiento, entre otros.

2. DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

Sabido es que el Derecho Civil plantea la igualdad entre las partes, sin embargo, la normativa sobre protección de los derechos de los consumidores, se funda y justifica, en la posición de asimetría que existe en las relaciones de consumo entre proveedores y consumidores, en cuanto al acceso a la información, el poder de negociación y la posibilidad de representación de sus intereses, entre otros. Estas asimetrías en la relación de consumo motivaron que el legislador haya dispuesto normas de orden público económico, con el objeto de restablecer el equilibrio entre las partes (esto es especialmente importante en mercados complejos como el financiero). Por ello, los derechos que la LPDC establece para los consumidores, no son disponibles por las partes, mediante lo cual, se les asegura que la relación se construya sobre una base de equidad e igualdad. Muestra de ello, es que el artículo 4 de la Ley N° 19.496 establece que los derechos de los consumidores son irrenunciables.

Sobre lo mismo, se agrega además que, "*las cosas se plantean de forma diversa tratándose de la [L]ey [N]° 19.496. **El legislador abandona la neutralidad, optando derechamente por favorecer la posición de la parte típicamente más débil: el consumidor**", y, por tanto, "*la neutralidad que suele caracterizar a las reglas de derecho común y la parcialidad que, generalmente, es propia de las reglas que disciplinan las relaciones de consumo, se explican porque una asunción propia del derecho de contratos (la igualdad entre las partes) **se invierte tratándose de la ley 19.496**"⁴⁶.**

⁴³ IOANNIDOU, Maria. "Consumer involvement in private EU competition law enforcement (OUP 2015) p. 22; MONTI, Giorgio. EC Competition Law (CUP 2007) p. 425-426.

⁴⁴ GERADIN, Damien (2015). "Collective Redress for Antitrust Damages in the European Union: Is this a Reality Now?". George Mason Law Review. Vol. 22, N° 5. Virginia p. 1088.

⁴⁵ Case C-453/99 Courage and Crehan, ECLI:EU:C:2001:46 rec. 26-27.

⁴⁶ DE LA MAZA, Iñigo (2010). "El Suministro de información como técnica de Protección de los Consumidores: Los Deberes Precontractuales de Información". Revista de derecho (Coquimbo), 17 (2), p. 24. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532010000200002>.



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

En definitiva, existe una desigualdad en la posición negociadora de las partes, y nuestro ordenamiento jurídico, al igual que el comparado, advierte la necesidad de proteger jurídicamente a los consumidores en las relaciones con los proveedores, entendiendo que una de ellas, el consumidor, es incapaz de protegerse a sí mismo.

En igual sentido, se ha pronunciado también nuestra jurisprudencia, así por ejemplo, lo hizo la Excma. Corte Suprema en el caso en que condenó a la Administradora de Tarjetas del grupo Cencosud por contener cláusulas abusivas en sus contratos (rol ingreso Corte Suprema N° 12.355-2011, 24 de abril de 2013), señalando que la LPDC y sus posteriores modificaciones suponen una moderación de ciertos principios del Código Civil y del Código de Comercio, respecto de los actos y convenciones sujetos a la Ley (C. 1°). Lo anterior, en relación a la libertad contractual -en su dimensión tanto de la libertad para contratar, como para determinar el contenido del contrato-, como de los bienes jurídicos protegidos, los que superan la mera protección de la libertad e igualdad de los contratos (C. 1°). Además, para resolver las controversias que se suscitan a propósito de problemas de consumo regulados en la LPDC, debe atenderse a la peculiaridad de sus principios (C. 2°).

En conclusión, en materia de consumo, y tal como lo dispuso el fallo recientemente citado, el principio de autonomía de la voluntad y la interpretación literal de los contratos tiene sus límites en las normas de la LPDC, las que establecen un marco de resguardo para los intereses y derechos de los consumidores. Este criterio también ha sido recogido en casos paradigmáticos seguidos en contra de otros proveedores, como La Polar y Banco Estado.

3. DEL PRINCIPIO PRO CONSUMIDOR O *FAVOR DEBILIS*

Nuestra Ley sobre Protección de los Consumidores parte de la base que el consumidor se encuentra en una posición vulnerable respecto del proveedor. Se trata de una legislación tutelar del más débil, que tiene que ser analizada, integrada o interpretada siempre en beneficio de los consumidores.

Por eso el *favor debilis* se eleva a la categoría de principio, el cual ordena toda la interpretación de la ley, a fin de lograr que el resultado de la interpretación contribuya a otorgar una mayor protección al consumidor⁴⁷, y toda la legislación de consumo y las leyes sectoriales son tributarias a él.

El Tribunal Constitucional, en un fallo paradigmático, tuvo la oportunidad de referirse a este carácter del Derecho de Consumo, al declarar en *obiter dicta* que posee una "*clara impronta social*" y es un derecho protector, cuya "(...) *normativa se funda en la constatación de las desigualdades o asimetrías*

⁴⁷ JARA, Rony (1999) "*Ambito de aplicación de la ley chilena de protección al consumidor: inclusiones y exclusiones*" en: CORRAL, Hernán (edit.): *Derecho del consumo y protección al consumidor* (Santiago: Ediciones Universidad de Los Andes). p. 48.



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

presentes en la relación de consumo entre una y otra parte, principalmente traducidas en su diferente nivel de información sobre los bienes o servicios a contratar, en su dispar capacidad negocial y en las distintas dificultades que enfrentan al momento de hacer efectivo sus respectivos derechos (...)" por lo que "(...) el legislador, en este ámbito de regulación, se ha orientado por un predicamento tuitivo de los intereses de la parte más débil o desfavorecida de la relación jurídica, vale decir, el consumidor, lo que imprime a esta normativa es un marcado sello tutelar o protector (...)"⁴⁸.

En igual sentido, se ha pronunciado recientemente en autos caratulados "Servicio Nacional del Consumidor con Aguas Andinas S.A."⁴⁹, señalando en su considerando octavo que el objeto de la Ley N° 19.496 sería al menos triple "(...) Por una parte, apunta a normar las relaciones entre proveedores y consumidores. Por otra, a establecer las infracciones en perjuicio del consumidor. Y, como complemento ineludible de las dos anteriores materias, establece el procedimiento aplicable a la sustanciación de las controversias que se susciten entre consumidores y proveedores, respecto de aquellas materias. (...)". Asimismo, destacando en el considerando noveno la finalidad tutelar del Derecho del Consumidor, "(...) En definitiva, se sostiene que la normativa que inspira el derecho del consumo apunta a 'estructurar un sistema de protección al consumidor, considerando a este último como la parte débil de la relación contractual, frente a la parte fuerte, el profesional' (Pinochet Olave, Ruperto (2006). Las reformas introducidas a la Ley del Consumidor por la Ley 19.955 y especialmente el derecho de desistimiento en los contratos electrónicos, en 'La protección de los derechos de los consumidores. Aspectos sustantivos y procesales luego de la reforma contenida en la ley 19.955 de 2004'. Cuadernos de Extensión Jurídica N°12. Santiago: Universidad de Los Andes, p. 85)".

Concluye su reflexión el Excmo. Tribunal reconociendo expresamente en el considerando décimo, el carácter que tienen las normas del Derecho del Consumidor, "(...) **esta Magistratura ha reconocido el carácter tutelar de las normas del Derecho del Consumidor.** Así, ha sentenciado que '(...) el denominado Derecho de Protección al Consumidor constituye una moderna rama del Derecho Privado, de clara importancia social, cuyo objeto es regular las relaciones jurídicas de consumo, entendidas por tales las que se anudan entre proveedores profesionales de bienes o servicios y los consumidores finales de tales satisfactores. Dicha normativa se funda en la constatación de las desigualdades o asimetrías presentes en la relación de consumo entre una y otra parte, principalmente traducidas en su diferente nivel de información sobre los bienes o servicios a contratar, en su dispar capacidad negocial y en las distintas dificultades que enfrentan al momento de hacer efectivos sus propios derechos. Por ello es que el legislador, en este ámbito de regulación, se ha orientado por

⁴⁸ Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 13 de mayo de 2008, en causa caratulada, "Requerimiento de Inaplicabilidad Universal Agencia de Turismo Ltda". Rol N° 980-2017, considerando 9°.

⁴⁹ Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 02 de agosto de 2019, en causa caratulada, "Requerimiento de Inaplicabilidad Aguas Andinas S.A", Rol N° 4795-2018, considerandos 8°, 9° y 10°.



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

un predicamento tuitivo de los intereses de la parte más débil o desfavorecida de la relación jurídica, vale decir, el consumidor, lo que imprime a esta normativa un marcado sello tutelar o protector, y de allí la denominación que ha recibido como disciplina jurídica (STC Rol N° 980, c. 9º) (...). (énfasis agregado).

En el caso "Banco del Estado"⁵⁰, se afirmó que la legislación del consumidor está compuesta por un conjunto de principios, instituciones y normas jurídicas de singular carácter, pues constituyen un "compendio de excepciones o modalidades" respecto de los principios del derecho privado común. Y es que, repara el tribunal, las asimetrías entre consumidor y proveedor permean sus relaciones, particularmente en materia de información, capacidad negociadora y costos de transacción para recurrir a la judicatura. De ahí que las normas sean "en su mayoría de índole preceptiva" por razones de "orden público o de interés social"⁵¹.

Los fallos mencionados vienen a confirmar el carácter protector que tienen las normas de la LPDC en favor del consumidor, respecto de las diversas relaciones de consumo que se producen en los distintos mercados, extendiéndose incluso a aquel proveedor que actúa en calidad de intermediario. Lo anterior, implica un principio general de interpretación en favor del consumidor, conocido como "Pro Consumidor".

De igual manera la doctrina más autorizada que estudia temas de consumo, se ha manifestado en favor de este principio. En efecto, MORALES señala que "Al utilizar aquí la palabra 'principio' se está haciendo referencia al motivo, fundamento o razón de una acción, pero más precisamente y en sentido jurídico, a la ratio legis o mens legis de un conjunto de normas, siendo este uno de los usos reconocidos de la expresión principio jurídico. En consecuencia, el sustrato o contenido del principio de protección de los consumidores corresponde a su motivo fundamental que consiste, principalmente, en superar viejos esquemas de igualdad formal y adoptar criterios especiales de protección dada la asimetría entre las partes de la relación de consumo. En otras palabras, este principio proyecta la protección del contratante débil en la relación proveedor-consumidor. (...) Hasta aquí se intuye que el principio de protección de los consumidores vendría a justificar el apartamiento de los postulados tradicionales del Derecho de los contratos, con fundamento en una asimetría reconocible en la relación entre las partes, factor que no se identifica, en principio, en las tradicionales relaciones reguladas por el Derecho común. Y así, efectivamente lo ha venido reconociendo la doctrina chilena, como un principio especial, diferente a los que rigen a las tradicionales ramas del Derecho. (...) En síntesis, el sustrato o contenido del principio de protección de los consumidores, consiste en la tutela de los derechos del consumidor en tanto parte débil de la relación contractual.

⁵⁰ CONADECUS con BANCO DEL ESTADO (2010) considerando 10º. Análoga constatación ha realizado el Tribunal Constitucional respecto de dichas asimetrías, Tribunal Constitucional (2008) considerandos noveno y décimo. Rol No 11679-2004, 14 Juzgado Civil de Santiago, 28 de septiembre de 2010, confirmada por Corte de Apelaciones Santiago, 3 de noviembre de 2011, Rol N° 3767-2011.

⁵¹ *Ibid.*, considerando 10º.



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

*Este es el fundamento que inspira el contenido de las normas jurídicas de protección del consumidor y, por lo tanto, se proyecta sobre cada una de ellas. Sobre esta base se han agrupado una serie de instituciones y relaciones jurídicas que han generado este sector legislativo especial*⁵².

En el mismo sentido, PINOCHET expresa que *“Aunque no exista texto expreso en Chile, la correcta interpretación de nuestra Ley de Protección de los Consumidores no puede dejarnos de llevar a otra conclusión que no sea que en nuestro país también en caso de duda debe preferirse aquella más favorable al consumidor. Ello porque dicha ley, tal como su nombre lo indica, consagra un estatuto protector, conteniendo de modo evidente un principio de defensa del consumidor, el que se materializa en materia de interpretación, al igual que en los demás estatutos protectores –piénsese materia laboral– en el principio in dubio pro consumidor, pues eso significa interpretar dichas leyes de acuerdo a sus principios y finalidades inspiradoras. Cualquier conclusión contraria es absurda*⁵³.

De igual manera, ISLER manifiesta *“(…) que el favor debilis constituye así, un pilar que da sustento y fundamento al ordenamiento, y que por lo tanto, debe informar todas las actividades en las cuales una relación de consumo se puede ver involucrada (…). El favor debilis sirve también como mecanismo de resolución de conflictos de normas, y en cuya aplicación debe primar aquella que sea más favorable para el sujeto protegido*⁵⁴.

Todas las citas anteriores, no hacen más que reforzar la mirada integradora que debe adoptar el tribunal a la hora de analizar las problemáticas y reglas de consumo que por integración se aplican en el caso sometido a su decisión. Así, se pide una “mirada integradora” respecto de las pruebas que se aportarán por esta parte, para objeto de demostrar la existencia de los daños que han sufrido las víctimas consumidoras de esta gran amenaza para el mercado que es la colusión, pero especialmente de la prueba en torno al nexo de causalidad, porque incluso la doctrina ha señalado que se trata de una *probatio diabólica*, por eso que en otros juicios, se ha intentado aplicar la *teoría de la market share liability* para facilitar la asignación de responsabilidad (y daños) por cuotas de mercado.

Lo anterior, fue destacado por el Décimo Juzgado de Letras Civil de Santiago, en la sentencia de fecha 17 de diciembre de 2019, en la causa rol C-1940-2013, en autos caratulados “Servicio Nacional del Consumidor con Farmacias Ahumada S.A., Farmacias Cruz Verde S.A. y Salcobrand S.A.”,

⁵² MORALES, María Elisa (2019). *“La configuración del principio de protección al consumidor”*, en Juan Ignacio Contardo y Claudio Fuentes (Eds.), *Derecho Procesal del Consumo*. Santiago: Thomson Reuters, pp. 8-9.

⁵³ PINOCHET, Ruperto. (2013). *“Modificación unilateral del contrato y pacto de autocontratación: dos especies de cláusulas abusivas a la luz del Derecho de Consumo chileno. Comentario a la sentencia de la Excma. Corte Suprema de 24 de abril de 2013 recaída en el ‘Caso Sernac con Cencosud’*. *Revista Ius et Praxis*, 19(1) 2013 p. 376-377.

⁵⁴ ISLER, Erika (2019). *“Derecho del Consumo. Nociones fundamentales”*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 113 y 120.



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

estimando en el considerando cuadragésimo quinto, respecto del procedimiento establecido en la LPDC para iniciar procesos colectivos en defensa de derechos e intereses de los consumidores, que:

"(...) la realidad de gran parte de las relaciones jurídicas y comerciales modernas para efectos de dar solución a una necesidad de justicia a través de instrumentos de protección colectiva. Estos instrumentos deben entenderse como mecanismos excepcionales que opera cuando los mecanismos clásicos no permitan el amparo de una situación jurídica colectiva (Aguirrezabal, 2019. Defensa de los Consumidores y Acceso a la Justicia). Así, en el caso de autos al reclamarse por la demandante estar vulnerado un interés difuso de los consumidores debe aplicarse el procedimiento colectivo consagrado por la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores, con independencia de que se trate de hechos regulados por leyes especiales, pretender que cada consumidor afectado por la colusión de las farmacias concurren de forma independiente a tribunales haría incurrir en un obstáculo innecesario y contrario a los principios generales del derecho, principalmente al de reparación de todo daño, razón por la cual la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores es la vía idónea para conocer la acción que se somete a conocimiento de este tribunal.

La idea contraria a lo precedentemente planteado importaría que, los consumidores una vez constatada una práctica anticompetitiva, lo que solo puede ocurrir con la dictación de una sentencia en sede de Libre Competencia, estarían privados de demandar los daños y perjuicios provocados la conducta anticompetitiva; Por lo razonado este Tribunal estima idóneo el procedimiento incoado por Sernac para conocer de los perjuicios sufridos por los consumidores frente a la infracción a las normas de Libre Competencia infringidas por las farmacias demandadas."

Bajo esta lógica integradora, el tribunal antes referido logró identificar dos grupos de consumidores afectados por la conducta anticompetitiva; el primero, integrado por aquellos consumidores que contrataron pagando un mayor precio, y el segundo grupo, integrado por aquellos que dejaron de comprar, o lo hicieron en cantidades menores o subóptimas, en razón al alza de los precios, pudiendo arribar también, a una correcta determinación de la naturaleza y monto de los daños ocasionados a los consumidores. En efecto, se condenó a las demandadas a compensar a ambos tipos de intereses.

En este punto, podemos alcanzar ya varias conclusiones. En primer lugar, el Derecho de Consumo es complejo, pues plantea una visión paradigmática del derecho común; segundo, que el legislador reconoce la calidad de desprotección del consumidor respecto del proveedor; tercero, que es un derecho

sustancialmente imperativo, de modo que es necesaria la integración de normas de derecho público y de orden público⁵⁵.

En definitiva, y con el objeto de recalcar a SSH. nuestra posición, es que entonces la interpretación literal o exegética no debiera ser la primera fuente de interpretación, sino que siempre se deberá atender a un criterio teleológico o finalista de las normas, precisamente para proteger a los más débiles. En este sentido se ha pronunciado BARRIENTOS, quien señala que "*Por eso, uno de los métodos más empleados será el contra proferentem [a propósito de la forma de interpretación de las condiciones generales de la contratación] (artículo 1566 CC). Esto quiere decir que en materia de consumo no pueden aceptarse interpretaciones literales o exegéticas que desmedren los derechos de los consumidores, sino que solo aquellas que lo beneficien*"^{56 57} (énfasis agregado). En otras palabras, este H. Tribunal debe preferir el bienestar de todos aquellos sujetos dañados por esta amenaza al mercado que es la colusión, de modo que, se pide interpretar las normas de consumo por integración, a la luz de este principio rector.

En refuerzo de lo anterior, los jueces de consumo, y por analogía o a *fortiori* también este tribunal, asumen un **rol de supervisor del proceso**. Existen muy buenas razones para postular que los jueces, cuando conocen de acciones colectivas, deben asumir un rol más activo en el proceso, constituyéndose en un verdadero juez supervisor y garante del desarrollo de la contienda. En efecto, en un escenario de asimetrías de recursos, es responsable de asegurar un equilibrio mínimo y básico de las partes en el proceso. Asimismo, es responsable de que el proceso sea justo no sólo para quienes lo están directamente litigando, sino que también para todos aquellos que serán potencialmente alcanzados por sus efectos, considerando el efecto *erga omnes* que producen las sentencias definitivas dictadas en el marco de estos juicios, en virtud de los artículos 51 y siguientes de la LPC.

4. DE LAS ACCIONES COLECTIVAS, TRIBUNAL COMPETENTE Y PROCEDIMIENTO DE INTERÉS COLECTIVO O DIFUSO⁵⁸

4.1. DE LAS ACCIONES COLECTIVAS EN GENERAL

⁵⁵ ALVEAR, Julio (2016). "Consumidor y empresario: ¿Relaciones Jurídicas Conflictivas? Hacia una concepción relacionada al derecho del consumidor". Revista chilena de derecho, 43(3), 813-848. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372016000300003>. p. 12.

⁵⁶ **Se hace presente que Francisca Barrientos Camus es actualmente Subdirectora de Interpretación Administrativa del SERNAC, sin perjuicio de ello, las citas de su autoría corresponden a opiniones vertidas de forma previa a su ingreso a este Servicio público. En el caso de obras publicadas posteriormente cabe señalar que corresponden a referencias a citas igualmente previas. Las funciones de la mencionada Subdirección son diversas e independientes de la Subdirección de Juicios, conforme prescribe la Ley 21.081, que modificó la Ley 19.496.**

⁵⁷ BARRIENTOS, Francisca (2019) "Lecciones de derecho del consumidor", Santiago: Thomson Reuters, pp. 92-93.

⁵⁸ El sentido que existan las acciones colectivas, se explica en que los mecanismos para la tutela individual de los derechos y las estructuras procesales clásicas son insuficientes para cumplir el mandato constitucional y legal de promover la libertad y la igualdad en forma real y efectiva para el individuo y el grupo al cual se integra.



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

La Ley Sobre Protección de los Derechos de los Consumidores N° 19.496, fue modificada en el año 2004 mediante la Ley N° 19.955, a través de la cual se incorporaron diversas mejoras a la normativa sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, fundamentalmente enfocadas a entregar herramientas legales más eficientes para la defensa de estos.

Una de estas manifestaciones fue la consagración del Procedimiento Especial para la Defensa de los Intereses Colectivos o Difusos de los Consumidores, que permite la tramitación y resolución unitaria (en un sólo juicio y ante un mismo Tribunal), de conductas que afectan de manera análoga a un grupo determinado o determinable de consumidores. Lo anterior, facilita que todos los afectados se vean favorecidos por el resultado de una sentencia definitiva, lo que extiende el ámbito de efectividad de las normas de protección a los consumidores, y materializa el derecho a acceder a la justicia⁵⁹.

El sentido que existan las acciones colectivas se explica, como indica la doctrina nacional en este punto⁶⁰, en razón de que la tutela clásica, es decir, individual de los derechos, resulta insuficiente para cumplir el mandato constitucional y legal de promover la libertad y la igualdad en forma real y efectiva para el individuo y el grupo al cual se integra.

Son varias las razones por las cuales no resulta efectiva una tutela de los derechos de los consumidores si no es en forma colectiva, entre otras, dada la asimetría de información que existe entre los proveedores y los consumidores, la que como advertimos se acentúa en materia financiera, de lo cual se deriva que estos, en muchas ocasiones, ni siquiera han podido tomar conocimiento del abuso del que han sido víctimas. Por otro lado, los costos de transacción que le significaría a cada consumidor recurrir en forma individual a la justicia, hace ilusorio que ello ocurra en la realidad. De esta forma, en los hechos, su derecho a defensa, constitucionalmente garantizado, no podría ser ejercido en la práctica. Finalmente, si gran cantidad de consumidores recurren a los tribunales, el Poder Judicial se vería inmensamente sobrecargado de trabajo.

Pues bien, SSH., la existencia de ilícitos anticompetitivos susceptibles de afectar a los consumidores, cuyo es el caso de autos, se caracteriza primero, por el desconocimiento que tienen los consumidores tanto de la existencia de la colusión y de sus efectos y, segundo por considerar el hecho de que los daños individualmente considerados son de baja cuantía, lo que inhibe a los consumidores a reclamar las compensaciones a través de acciones indemnizatorias individuales. Esta última situación es conocido en la doctrina como el efecto de apatía racional⁶¹, puesto que no existen los incentivos

⁵⁹ Artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República de Chile.

⁶⁰ AGUIRREZABAL, Maite, (2006), "El procedimiento para la defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios en la ley 19.496", Cuadernos de Extensión Jurídica 12, U. de Los Andes. p. 145 y 146.

⁶¹ *The Class Actions in Common Law Legal Systems* (Hart Publishing, Oxford; *The Modern Cy-Près Doctrine: Applications & Implications* (UCL 2006), p 77. Stefan Wrzka, Steven Van Uytsel and



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

suficientes para que los consumidores ejerzan las acciones indemnizatorias correspondientes.

Como ha sostenido un fallo reciente de nuestro Máximo Tribunal, *"no es posible soslayar que la presencia de derechos colectivos e intereses difusos en nuestras sociedades es una realidad innegable que demanda una tutela efectiva. No debe reducirse su existencia a un reconocimiento nominal, sino que se impone abrir caminos para posibilitar y estimular el acceso de los grupos desorganizados, de contornos imprecisos y a menudo imprecisables, del hombre-masa inserto en un cúmulo de complejas relaciones, transformando o reinterpretando las instituciones clásicas de acceso a la justicia y de tramitación para la tutela de los derechos que demandan protección. La doctrina los define como aquellos de carácter supraindividual y de naturaleza objetiva indivisible, de los que sea titular un grupo, categoría o clase de personas indeterminadas pero determinables, las cuales están vinculadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica base, que sea anterior al daño"*⁶².

El artículo 50 de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores⁶³, establece, de la siguiente manera, los objetivos de las acciones que se intentan dentro del marco de la ley:

*"Las acciones que derivan de esta ley, se ejercerán frente a actos o conductas que afecten el ejercicio de cualquiera de los derechos de los consumidores. El incumplimiento de las normas contenidas en la presente ley dará lugar a las acciones destinadas a sancionar al proveedor que incurra en infracción, anular las cláusulas abusivas incorporadas en los contratos de adhesión, obtener la prestación de la obligación incumplida, hacer cesar el acto que afecte el ejercicio de los derechos de los consumidores, a obtener la debida indemnización de perjuicios o la reparación que corresponda..."*⁶⁴.

Mathias Siems, Collective Actions: Enhancing Access to Justice and Reconciling Multilayer Interests? (CUP 2012 p. 29).

⁶² Corte Suprema, sentencia de fecha 23 de octubre de 2020, causa caratulada "Servicio Nacional del Consumidor con T4F (Time For Fun) Chile S.A.", Rol N° 12.127-2020.

⁶³ Esta norma fue modificada por la Ley N° 21.081, estableciéndose su entrada en vigencia diferida, de acuerdo al artículo primero transitorio. El texto indicado en el cuerpo del escrito, hace referencia a su contenido vigente al momento de la interposición de la demanda.

⁶⁴ Cabe recordar que la LPDC es un cuerpo normativo de carácter binario, en el sentido de que es fuente de acciones de naturaleza infraccional y civil, las cuales cumplen funciones disímiles y tienen una naturaleza también diversa. CORRAL TALCIANI define a la primera, como aquella *"responsabilidad por la infracción de normas administrativas o contravencionales, que las leyes suelen sancionar con medidas especiales como clausura del establecimiento o penas pecuniarias (multas), y cuyo conocimiento puede encargarse indistintamente a autoridades administrativas, a jueces de policía o a jueces letrados"*. En razón de ella, se busca la sanción del proveedor que ha incurrido en un hecho ilícito, así como el desincentivo de la comisión de conductas lesivas futuras (prevención general y especial). Este fundamento justifica precisamente los criterios de ponderación del *quantum* infraccional mencionados en el artículo 24 LPDC, según las circunstancias atenuantes y agravantes que sean procedentes, los que precisamente van encaminados a la punición: *"la gravedad de la conducta, los parámetros objetivos que definan el deber de profesionalidad del proveedor, el grado de asimetría de información existente entre el infractor y la víctima; el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción, en caso de que lo hubiere; la duración de la conducta y la capacidad económica del infractor"* (inciso séptimo). Con todo, además de encontrarse reconocida de manera general (artículo 50 inc. 2 LPDC), está



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

La misma disposición, al definir las distintas clases de acciones de tutela, establece que el ejercicio de las acciones puede realizarse a título individual o en beneficio del interés colectivo o difuso de los consumidores:

"Son de interés individual las acciones que se promueven exclusivamente en defensa de los derechos del consumidor afectado. Son de interés colectivo las acciones que se promueven en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual. Son de interés difuso las acciones que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos".

A este respecto, la doctrina procesal en materia de consumo ha sostenido que no es del todo adecuada la definición que el legislador entrega sobre las "acciones de interés colectivo", pues no ha captado la verdadera esencia del interés colectivo y su diferencia esencial con el interés difuso. La doctrina hace referencia más bien a un vínculo de tipo jurídico -cualquiera- entre los miembros del grupo titulares de este interés, y no a un vínculo de naturaleza contractual que ligue al grupo con un sujeto externo a dicho grupo. De esta forma, AGUIRREZABAL dice que *"resulta criticable la exigencia de un vínculo contractual entre el conjunto de consumidores titulares del interés colectivo y un proveedor, no sólo porque la exigencia contraría la naturaleza esencial de interés colectivo, sino porque restringe marcadamente el campo de protección jurisdiccional de dichos intereses"*⁶⁵.

presente también en la Ley a través de la tipificación de ilícitos contravencionales, a los cuales expresamente el legislador ha asociado un efecto jurídico determinado, cual es una multa, particularmente establecida (por ejemplo, artículos 23, 25, 28, etc.) o bien derivada de una regla de clausura (artículo 24 LPDC). Las acciones civiles, en tanto, son las que más interesan al consumidor, desde que van encaminadas a satisfacer sus pretensiones de manera directa. En efecto, una eventual condena contravencional, aunque contribuye a la disminución o prevención de infracciones en las cuales un consumidor puede verse afectado, devendrá, en general, en la obligación del proveedor de pagar una suma de dinero, pero que irá a las arcas del Estado y no al patrimonio del afectado.

Atendido el tenor literal del artículo 50 de la LPDC, se colige claramente que su enunciación no es taxativa (utiliza la proposición "o") y que el ejercicio de cualquiera de los remedios frente a actos o conductas que afecten los derechos de los consumidores dependerá del problema de consumo que se trate. En este sentido, el legitimado activo debe siempre escoger los remedios que mejor satisfacen el interés del o los consumidores afectados, no existiendo obligación legal de que en cada caso se soliciten todos los remedios en su conjunto. En suma, las acciones infraccionales y civiles son distintas, pues tiene funciones disímiles y naturaleza, pues si bien emanan del mismo hecho, la responsabilidad (civil) y la sancionatoria (penal o contravencional) se rigen por normas y principios diferentes. Por tanto, no es posible hacer depender la acción civil de la infracción, en cuanto el artículo 3 e) de la LPDC consagra el derecho a una indemnización adecuada y oportuna, de manera amplia, sin asociarlo a una condena infraccional. Exigir lo contrario, implicaría agregar un requisito adicional que el legislador no ha establecido.

Finalmente, no debemos olvidar que el sustento del Derecho de Consumo consiste en tutelar al sujeto más débil de la relación y que, por tanto, en virtud del Principio Pro Consumidor, debemos escoger aquella interpretación que mejor se convenga con los intereses de los consumidores. Así, entonces, aun cuando pueda estimarse que existe una deficiencia técnica legislativa de la cual derivan contradicciones entre las disposiciones que integran la Ley N° 19.496, deberán prevalecer aquellas que sean más beneficiosas para el consumidor, por tratarse de un estatuto tutelar.

⁶⁵ AGUIRREZÁBAL, Maite, (2019). *"Defensa de los consumidores y acceso a la justicia. Un análisis del procedimiento colectivo en la legislación chilena"*, Thomson Reuters, Santiago, pp. 16-17.

4.2. TRIBUNAL COMPETENTE Y PROCEDIMIENTO APLICABLE

Como se ha señalado a lo largo de esta demanda, la presente acción indemnizatoria se interpone en atención a lo señalado en los artículos 30 del DL N° 211 y 51 de la Ley N° 19.496, normas que establecen la competencia del el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. A su vez, en caso de estar afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores, el actor puede optar tramitar el juicio bajo las reglas procedimiento sumario establecido en el Título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil o por el procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores regulado en el Título IV, párrafo 3° de la LPDC.

Al efecto, las normas prescriben lo siguiente:

*“La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, **se interpondrá ante ese mismo Tribunal** y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario establecido en el Título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil. Las resoluciones pronunciadas en este procedimiento, salvo la sentencia definitiva, sólo serán susceptibles del recurso de reposición, al que podrá darse tramitación incidental o ser resuelto de plano. Sólo será susceptible de recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva”* (destacado nuestro).

A su vez, el artículo 51 de la Ley N° 19.496, señala en su parte pertinente:

*“No obstante lo dispuesto en el artículo 30 del decreto con fuerza de ley N° 1, de 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley N° 211, de 1973, y sin perjuicio de las acciones individuales que procedan, **la acción de indemnización de perjuicios que se ejerza ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con ocasión de infracciones a dicho cuerpo normativo, declaradas por una sentencia definitiva ejecutoriada, podrá tramitarse por el procedimiento establecido en este Párrafo cuando se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores.***

Para interponer la acción a que se refiere el inciso anterior, no será necesario que los legitimados activos señalados en el numeral 1 de este artículo se hayan hecho parte en el procedimiento que dio lugar a la sentencia condenatoria” (énfasis incorporado).

Por tratarse de una acción indemnizatoria iniciada para perseguir la reparación de los perjuicios ocasionados a los consumidores a causa de hechos atentatorios a las normas de la libre competencia, que han sido determinados y sancionados por sentencia definitiva ejecutoriada de este Honorable Tribunal, lo

procedente es que la misma sea conocida por SSH., por expreso mandato del legislador.

Según lo dispuesto en el artículo 30 del DL 211, las acciones indemnizatorias que se interpongan luego de la determinación de ilícitos infraccionales a las normas de la libre competencia, se sometan al procedimiento sumario, sin embargo, cuando se ha afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores, el procedimiento aplicable podrá ser el del Título IV, Párrafo 3º, de la LPDC.

La Ley N° 20.945 que "*Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia*", modificó el artículo 51 de la LPDC, el cual, establece inequívocamente para el caso en cuestión que "*la acción de indemnización de perjuicios que se ejerza ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con ocasión de infracciones a dicho cuerpo normativo, declaradas por una sentencia definitiva ejecutoriada, podrá tramitarse por el procedimiento establecido en este Párrafo cuando se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores*".

Como resulta claro, no cabe duda alguna de que el procedimiento aplicable a la presente acción indemnizatoria de perjuicios, aun cuando debe seguirse ante este H. Tribunal, es aquel que se consagra en el Título IV, Párrafo 3º, de la LPDC, precisamente, para la reparación de los perjuicios ocasionados por la afectación de los intereses colectivos y difusos de los consumidores, quienes, debieron soportar el detrimento económico y moral derivado de la colusión.

5. DE LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA

El artículo 52 de la LPDC, establece los requisitos que SSH. ha de tener en cuenta para pronunciarse sobre la admisibilidad de la acción intentada.

La norma citada, en su inciso primero, señala que:

"El Tribunal examinará la demanda, la declarará admisible y le dará tramitación, una vez que verifique la concurrencia de los siguientes elementos:

- a) Que la demanda ha sido deducida por uno de los legitimados activos individualizados en el artículo 51.*
- b) Que la demanda cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, los que sólo se verificarán por el juez, sin que puedan discutirse en esta etapa".*

El examen de admisibilidad fue establecido en este procedimiento con el fin de controlar la concurrencia de los elementos formales que justifican ejercer la acción a través del procedimiento de interés colectivo o difuso. Los aspectos de fondo de la acción deducida, sus fundamentos, no son materia del examen

de admisibilidad, se revisan y acreditan una vez ya declarada la admisibilidad, siendo fallados en la sentencia definitiva.

Respaldando la necesidad de la modificación al procedimiento especial contemplado en el Párrafo 2º del Título IV de la ley 19.496, introducida por la Ley N° 20.543, publicada el día 21 de octubre del año 2011, nuestra jurisprudencia se ha pronunciado en el siguiente sentido:

*“Se colige que en la etapa de admisibilidad, el Juez debe analizar los requisitos establecidos por el Legislador con una visión tendiente a simplificar significativamente la solución de problemas que afectan intereses colectivos, dando una pronta y eficaz tramitación a dicho trámite, alejándose de cuestiones de fondo u otras cuestiones formales que las exigidas por el Legislador, las cuales deben deducirse y promoverse en la etapa procesal pertinente, en el legítimo ejercicio del derecho de defensa de las demandadas de autos”.*⁶⁶

5.1. LEGITIMACIÓN ACTIVA DEL SERNAC

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 N° 1 y 4 de la LPDC, el SERNAC tiene legitimidad para actuar en representación del interés colectivo o difuso de los consumidores, es decir, la ley le entrega poderes públicos para asumir la representación del colectivo de consumidores afectados. En las condiciones anteriormente descritas y por expresa disposición legal, no requiere acreditar la representación de consumidores determinados en cuyo interés actúa.

Señala la citada norma que *“Cuando se trate del Servicio Nacional del Consumidor o de una Asociación de Consumidores, la parte demandante no requerirá acreditar la representación de consumidores determinados del colectivo en cuyo interés actúa”.*

5.2. QUE LA DEMANDA CUMPLA CON LOS REQUISITOS ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 254 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, LOS QUE SÓLO SE VERIFICARÁN POR EL JUEZ, SIN QUE PUEDAN DISCUTIRSE EN ESTA ETAPA

Este literal fue modificado por la ley 21.081, la cual entró en vigencia el 14 de marzo de 2019.

De acuerdo al artículo 254 del CPC, la demanda debe contener: *“1º. La designación del tribunal ante quien se entabla; 2º. El nombre, domicilio y profesión u oficio del demandante y de las personas que lo representen, y la naturaleza de la representación; 3º. El nombre, domicilio y profesión u oficio del demandado; 4º. La exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en*

⁶⁶ 1º Juzgado Civil de Santiago, resolución de fecha 23 de septiembre del año 2011, causa caratulada *“SERNAC con Inversiones”*, Rol N° C-12.105-2011, que declara admisible la acción.

que se apoya; y 5°. La enunciación precisa y clara, consignada en la conclusión de las peticiones que se sometan al fallo del tribunal”; todos los cuales han sido plenamente cumplidos.

Los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho que justifican razonablemente la afectación del interés colectivo y difuso de los consumidores en los términos del artículo 50, los cuales se precisan y describen en la presente demanda. Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, debe considerar S.S. que, en la especie, no caben dudas que concurren los elementos de hecho y de derecho que justifican la afectación de dichos intereses.

6. DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA DEFINITIVA, LA AUTOMATICIDAD DE SU IMPLEMENTACIÓN RESPECTO DE LOS INTERESES COLECTIVOS Y SU APLICACIÓN RESPECTO DE LOS INTERESES DIFUSOS

El procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, fue introducido en la legislación chilena con la finalidad de garantizar el acceso a la justicia de los consumidores, estableciendo la legitimación activa para su interposición, según lo indica el artículo 51 N° 1 de la LPDC y, mediante una acción única, distinta a las tradicionales que actualmente contempla nuestro ordenamiento jurídico.

En dicho contexto, el legislador introdujo una serie de reglas que buscaban evitar tanto los obstáculos procesales como los asociados al tiempo de tramitación inherentes a la litigación. Por un lado, se destaca la extensión a terceros de los efectos de la resolución que pone fin al proceso, vinculando a aquellos sujetos que, encontrándose en una situación jurídico-material idéntica o análoga a la de las partes procesales, no hayan manifestado expresamente su voluntad de quedar excluidos de los resultados del proceso⁶⁷. Esto es lo que se conoce como el modelo o sistema *opt-out*, el cual es recogido por nuestra legislación derivado del efecto *erga omnes* de las sentencias definitivas dictadas en los procedimientos especiales para la protección del interés colectivo de los consumidores regulado en el párrafo 3°, título IV de la LPDC (genera efectos a todas aquellas personas que no hayan intervenido en el procedimiento y que hayan sido afectadas por los hechos que han sido objeto del mismo, cuestión que constituye una excepción al efecto relativo de las sentencias). Como manifiesta la doctrina, esto se funda *"en el hecho que el legislador ha querido que exista solamente un proceso colectivo y, a lo sumo, varios procesos individuales, ya sea separados o acumulados al procedimiento colectivo"*⁶⁸.

Haciendo un análisis del artículo 54 de la LPDC y, en especial, del efecto *erga omnes* respecto del interés colectivo, la Corte Suprema ha manifestado que

⁶⁷ NEIRA, Ana María (2019): *"Tutela colectiva y principios procesales. Las necesarias limitaciones del principio dispositivo en los procesos colectivos"*, Revista *Ius et Praxis*, Año 25, No 1, p. 202.

⁶⁸ AGUIRREZABAL, 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"*, Revista *Ius et Praxis*, Año 16, No 1, p. 117.



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

dicha norma no sólo protege "a los consumidores que hayan comparecido ante el SERNAC, sino a todos los demás que se encuentren en la misma condición, quienes podrán reclamar el cobro de la indemnización o cumplimiento de las reparaciones que corresponda, siempre y cuando acrediten dicho presupuesto. Constituye un requisito de la calidad de la acción la posibilidad de determinar a futuro el universo de consumidores afectados, pudiendo acceder a sus efectos quienes se encuentren en las mismas condiciones (...) Tal acción, por su naturaleza, en tanto se promueve en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual, no se limita a los consumidores que hayan concurrido ante dicho servicio, sino que se hace extensiva a todo consumidor que se encuentre en la misma condición (...) La naturaleza propia de la acción permite determinar en la etapa de cumplimiento de la sentencia el completo universo de los consumidores afectados y ligados al proveedor, de manera que la lista con la individualización de todos los consumidores que concurrieron al SERNAC presentada en autos no limita los efectos de la sentencia a ese grupo, ya que tal como consagra el artículo 54 de la citada ley, la sentencia dictada en este tipo de procedimientos tiene un efecto erga omnes"⁶⁹.

Por otro lado, se ha incorporado en esta clase de procedimiento, entre otros, la implementación automática por parte de los proveedores de las sentencias definitivas favorables a los consumidores en materia de interés colectivo. Esto último se ve reflejado en la facultad legal que le ha concedido el artículo 53 C inciso final de la LPDC y que le permite ordenar a S.S. que las indemnizaciones, reparaciones, restituciones o devoluciones se materialicen, en favor de los consumidores beneficiarios, sin la necesidad de comparecer al juicio colectivo en cuestión, cuando el demandado cuenta con la información necesaria para individualizarlos.

Específicamente, el artículo 53 C, inciso segundo de la LPDC, establece:

"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

⁶⁹ Corte Suprema, sentencia de fecha 23 de octubre de 2020, causa caratulada "Servicio Nacional del Consumidor con T4F (Time for Fun) Chile S.A.", Rol N° 12.127-2020.



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

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”.

Como puede observarse, la Ley proporciona al sentenciador todas las prerrogativas necesarias para adoptar las medidas procedentes para garantizar un acceso expedito de los consumidores a las indemnizaciones, reparaciones o devoluciones en materia de interés colectivo, las cuales debe decretar cada vez que el proveedor cuente con la información necesaria para la procedencia de las mismas.

Cabe destacar, que en igual sentido se han pronunciado nuestros tribunales de justicia, los que, por ejemplo, han argumentado:

“Que, cabe señalar que, según el grado de determinación de los beneficiarios de la sentencia, la ley 19.496 ha previsto dos reglas: Si es posible la determinación individual de todos los afectados el tribunal y si esta determinación no es posible [actualmente]. Atendido lo anterior y en ejercicio de la facultad que la ley otorga, se determinará la innecesidad de que los usuarios afectados comparezcan para los efectos de perseguir los pagos y restituciones a que tienen derecho, en razón que se estima por este Tribunal que la demandada cuenta con la información necesaria para individualizarlos y proceder a dichas reparaciones. Finalmente, para establecer los procedimientos indispensables para determinar la forma en que se llevará a cabo los descuentos o reembolsos, se consigna que esto tendrá lugar en la etapa de cumplimiento del fallo”⁷⁰.

Finalmente, con fecha 6 de noviembre de 2020, mediante la Resolución Exenta N° 758 este Servicio dictó la Circular sobre mecanismos alternativos de distribución de indemnizaciones, reparaciones, devoluciones y compensaciones por afectaciones a los intereses colectivos y difusos⁷¹. Esta Circular presenta la doctrina *Cy-prés* como un mecanismo que permite la mejor distribución de aquellas indemnizaciones, reparaciones o compensaciones determinadas con anterioridad por el tribunal competente por vulneración a **intereses difusos**, es decir, a aquellos que pertenecen a un conjunto indeterminado de consumidores, respecto de los cuales la labor de distribución de los montos a indemnizar, reparar o compensar, se hace aún más compleja.

⁷⁰ 2° Juzgado Civil de Temuco, Sentencia definitiva de 28 de febrero de 2019, causa caratulada “Servicio Nacional del Consumidor con Aguas Araucanía S.A.” Rol N° C-2433-2011, (C. 49°).

⁷¹ Disponible en https://www.sernac.cl/portal/618/articles-59259_archivo_01.pdf



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

En este sentido, la Circular parte revisando la normativa de consumo vigente para luego contrastar con la doctrina sobre la materia, llegando a la conclusión que los mecanismos alternativos de distribución, en especial el *cy prés* o *fluid recovery*, no sólo son compatibles con nuestro sistema, sino que es altamente recomendable su utilización a fin de dar cumplimiento al principio de reparación integral en lo que dice relación con los intereses difusos, siempre que se cumplan con los siguientes criterios definidos por la Circular:

- a) Primacía de la reparación directa, toda vez que la utilización del mecanismo *cy prés* sólo tendrá cabida en casos de afectaciones a los intereses difusos, en los cuales no es posible individualizar a los afectados. Así, respecto de aquellos identificados (determinados) se procederá a la reparación del daño causado y su respectiva indemnización de perjuicios según las reglas generales a las cuales ya nos hemos referido anteriormente.
- b) Proximidad, pues para efectos de aplicar el mecanismo, se deberá privilegiar aquellos grupos o subgrupos que representen o tengan intereses que se aproximen a los consumidores determinados respecto del interés que se intentó proteger con la interposición de la acción colectiva que dio origen al mecanismo de distribución, pudiendo complementarse a través del empleo de criterios de vulnerabilidad.
- c) No afectación del artículo 11 *bis*, es decir, que, al momento de utilizar el mecanismo, no se refiera a fondos no transferidos ni reclamados que formen parte del fondo concursable al que se refiere el artículo 11 *bis*, en relación con los artículos 53 B, 53 C y 54 P.
- d) Carácter excepcional y subsidiario, esto es, que sólo podrán utilizarse para casos en que los consumidores afectados **sean indeterminados o indeterminables**, es decir, que estemos en presencia de la reparación, indemnización, o compensación del daño a intereses difusos, previamente determinados de conformidad lo dispone la LPDC.

En definitiva, este mecanismo o doctrina *Cy-prés* proporciona soluciones para la reparación de daños, en los casos en que la individualización de los beneficiarios de una indemnización no sea posible o sea impracticable, atendida su indeterminación, como son aquellos beneficiarios de una indemnización producto de la afectación a un daño al interés difuso, como ocurre en este caso con aquellos consumidores que no pudieron comprar el producto o lo hicieron en menor cantidad o calidad de lo que hubiesen querido.

7. SOBRE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA EN DEFENSA DEL INTERÉS COLECTIVO Y DIFUSO DE LOS CONSUMIDORES



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Cristián Banfi expresa que *"las acciones civiles resarcitorias constituyen uno de los principales mecanismos privados para defender la libre competencia"*⁷².

Desde el punto de vista del *private enforcement*, la regla del artículo 30 del DL 211, que contiene el tipo ilícito que funda esta acción de daños, recoge el diseño de las acciones *follow on*, que suponen la declaración previa respecto de la existencia de un ilícito anticonceptivo, para su interposición.

En efecto, para nuestro sistema indemnizatorio de libre competencia el legislador ha adoptado un sistema de acciones *follow on* en el artículo 30 del DL 211. Al efecto, la norma señala:

"Artículo 30º.- La acción de indemnización de perjuicios a que haya lugar con motivo de la dictación por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de una sentencia definitiva ejecutoriada, se interpondrá ante ese mismo Tribunal y se tramitará de acuerdo al procedimiento sumario establecido en el Título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil. Las resoluciones pronunciadas en este procedimiento, salvo la sentencia definitiva, sólo serán susceptibles del recurso de reposición, al que podrá darse tramitación incidental o ser resuelto de plano. Sólo será susceptible de recurso de reclamación, para ante la Corte Suprema, la sentencia definitiva.

Al resolver sobre la acción de indemnización de perjuicios, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia fundará su fallo en los hechos establecidos en su sentencia que sirvan de antecedente a la demanda. El Tribunal apreciará la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica.

La indemnización de perjuicios comprenderá todos los daños causados durante el período en que se haya extendido la infracción.

La acción de indemnización de perjuicios derivados de los acuerdos sancionados en el Título V de la presente ley se sustanciará conforme a lo establecido en este artículo, y respecto de ellos no podrán interponerse acciones civiles en el procedimiento penal."

Como S.S. puede advertir, la ventaja de este tipo de acciones deriva del *"efecto reflejo o función positiva o prejudicial de la cosa juzgada, en cuya virtud, en el proceso por responsabilidad civil siguiente a la sentencia de libre competencia se asume como indiscutible todo o una parte significativa de lo contenido en ella, pudiendo debatirse en él sólo respecto del concreto daño padecido por los afectados y la causalidad"*⁷³.

En igual sentido, se han pronunciado HERNÁNDEZ y TAPIA, al decir que *"(...) la sentencia ejecutoriada del TDLC genera cosa juzgada en el juicio*

⁷² Ob. cit. BANFI, Cristián. pp.225.

⁷³ HERNÁNDEZ, Gabriel. (2018). "Colusión y responsabilidad civil por daño colectivo a los consumidores". *Revista chilena de derecho privado*, (30), 87-126. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/s0718-80722018000100087> (Revisada 19 octubre de 2020).



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

*indemnizatorio en relación con los hechos, los que ya no podrán discutirse en dicha sede*⁷⁴. Por eso, cabe reiterar que este Honorable Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, con fecha 28 de febrero de 2019, acogió el requerimiento presentado por la Fiscalía Nacional Económica, en contra de Cencosud, SMU y Walmart, decisión que fue confirmada por la Excmá. Corte Suprema, declarando que las denunciadas *"infringieron el artículo 3º inciso primero e inciso segundo letra a) del D.L. N° 211, al haber participado de un acuerdo o práctica concertada, por sí o a través de sus relacionadas, destinado a fijar, por intermedio de sus proveedores, un precio de venta para la carne de pollo fresca en supermercados igual o superior a su precio de lista mayorista, entre al menos los años 2008 y 2011"*.

En este contexto, es relevante señalar que gracias al efecto reflejo de la cosa juzgada es posible dar por acreditada tanto la comisión del hecho ilícito (colusión, tipificada en el DL 211) como la imputabilidad (dolo de los hechos o causantes del daño). Respecto a este último punto, *"cabe tener presente que los ilícitos contra la competencia suelen distinguirse por su carácter doloso. Esto significa que la conducta del infractor se considera deliberada"*⁷⁵. De este modo, y como bien ilustra TAPIA, *"resulta difícil sostener que una concertación de precios ocurrió por simple "descuido" o porque no se actuó como "buen padre de familia" o un profesional diligente"*⁷⁶. Por lo tanto, la conclusión obvia es que, acreditado el hecho, consecuentemente se encuentra también acreditada la imputabilidad del proveedor en la colusión, procediendo nuevamente el efecto reflejo de cosa juzgada, pero ahora sobre este punto.

Para apreciar la forma en que opera el efecto reflejo de la cosa juzgada, tomamos por analogía, lo que sucede en materia de responsabilidad penal, en términos que la norma del 178 CPC prescribe que: *"En los juicios civiles podrán hacerse valer las sentencias dictadas en un proceso criminal siempre que condenen al procesado"*. La regla descrita ha sido explicada por la doctrina en términos que *"en el fondo lo que no puede hacer el juez civil es contradecir lo expresamente resuelto en sede penal, sea que se trate de cuestiones de hecho o derecho"*⁷⁷.

En definitiva, de acuerdo al artículo 30 del DL N° 211, en este juicio especial de indemnización de perjuicios por afectación al interés colectivo y difuso de los consumidores, la sentencia ejecutoriada dictada por SSH, genera cosa juzgada en relación a los hechos que ella establece -lo que comprende el hecho colusorio y su imputabilidad- siendo sólo necesario centrar la discusión en los daños y la relación de causalidad.

⁷⁴ HERNÁNDEZ, Gabriel y TAPIA, Mauricio (2019). *"Colusión y daños a consumidores"*, Thomson Reuters: Santiago, p. 11.

⁷⁵ HERNÁNDEZ, Gabriel (2018), *"Colusión y Responsabilidad Civil por Daño Colectivo a los Consumidores"*, Revista Chilena de Derecho Privado, N° 30 p. 107.

⁷⁶ HERNÁNDEZ, Gabriel y TAPIA, Mauricio (2019). *"Colusión y Daños a consumidores"*, Thomson Reuters: Santiago, p. 12.

⁷⁷ BARROS, Enrique (2020) *"Tratado de responsabilidad extracontractual"*, T. I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 969.

Por otra parte, SSH. esta parte actúa en representación de los miles de consumidores afectados, interponiendo una acción indemnizatoria, con el objeto de indemnizar a las víctimas derivadas del ilícito anticompetitivo. Este es el mecanismo que ha dispuesto el legislador a fin de alcanzar una efectiva protección a los derechos de las víctimas más allá de los competidores.

En este sentido, cobra relevancia el principio de reparación integral del daño establecido en el artículo 2329 del Código Civil. Éste se encuentra también consagrado en el Derecho de Consumo, específicamente, en el artículo 3 inciso primero letra e) de la LPDC (derecho básico e irrenunciable), en el cual se estatuye que la indemnización ha de comprender todo el daño causado al consumidor, patrimonial y extrapatrimonial⁷⁸. HERNÁNDEZ, a propósito de los daños ocasionados por la colusión, ha señalado que: “(...) *ha de tenerse presente que en Chile el principio de reparación integral del daño y la función compensatoria de la responsabilidad civil conducen a que los consumidores perjudicados por la colusión deban ser indemnizados por todos los menoscabos concretos que hayan padecido, ni más ni menos*”⁷⁹. Por ello, los consumidores afectados y perjudicados por el actuar doloso de Cencosud, merecen ser reparados e indemnizados de todos los perjuicios que se le hayan causado con ocasión del establecimiento del acuerdo colusivo. SSH., no es posible que resulte más beneficioso para Cencosud coludirse que responder por sus actos frente a los consumidores.

Pues bien, resulta también ilustrativo citar a HERNÁNDEZ y TAPIA, quienes abogan por un “concepto amplio” de indemnización. En sus palabras “*el concepto de indemnización de perjuicios, en general, es asociado a la reparación pecuniaria. Sin embargo, como se verá, es posible sostener que dentro del concepto de indemnización se comprenden también otras formas de reparación del daño, que cobran especial importancia en materia de ilícitos anticompetitivos, tanto por la dificultad de individualizar a los afectados y la necesidad de indemnizar a un colectivo ...*”⁸⁰.

En suma, es vuestro Honorable Tribunal el llamado a consagrar una reparación integral del daño, procurando, en atención a que conoce los hechos, instaurar el uso de mecanismos justos y eficientes para lograr la adecuada

⁷⁸ Importa destacar que la reparación e indemnización hacia los consumidores afectados, tiene reconocimiento y protección internacional, dentro de las cuales podemos encontrar las Directrices de las Naciones Unidas para la Protección del Consumidor, las que “*son un conjunto valioso de principios que establecen las principales características que deben tener las leyes de protección del consumidor, las instituciones encargadas de aplicarlas y los sistemas de compensación para que sean eficaces*”⁷⁸, del mismo modo se señala que, “*Los Estados Miembros deben establecer o mantener medidas legales o administrativas para permitir que los consumidores o, en su caso, las organizaciones competentes obtengan compensación mediante procedimientos oficiales o extraoficiales que sean rápidos, justos, transparentes, poco costosos y accesibles. Tales procedimientos deben tener especialmente en cuenta las necesidades de los consumidores en situación vulnerable y de desventaja*”. Véase https://unctad.org/es/system/files/official-document/ditccplpmisc2016d1_es.pdf, pp. 3-15.

⁷⁹ HERNÁNDEZ, Gabriel, “*Colusión y responsabilidad civil por daño colectivo a los consumidores*”, RchDP, 30. p. 114.

⁸⁰ HERNÁNDEZ, Gabriel y TAPIA, Mauricio (2019). “*Colusión y Daños a consumidores*”, Thomson Reuters: Santiago, pp. 61-62.

indemnización de los consumidores afectados por el acuerdo de precios, considerando para este caso las características particulares del demandado Cencosud.

A continuación, se describirán los requisitos típicos que exige la doctrina más relevante de nuestro medio para configurar el régimen de responsabilidad civil derivado de conductas ilícitas anticompetitivas.

7.1. CONDUCTA POSITIVA U OMISIVA

En términos abstractos, el requisito se satisface o manifiesta por medio de una acción u omisión. Sin embargo, en materia de colusión, se traduce en actos positivos. Por eso es que BASCUÑAN⁸¹ -además- lo designa como una infracción permanente, cuyo fundamento estriba en que se prohíbe la colusión. El mismo autor cita casos de sentencias del TDLC que han reconocido a la colusión como una infracción continuada.⁸²

Sin perjuicio de lo anterior, ya nos hemos referido anteriormente al hecho que la sentencia ejecutoriada del TDLC genera cosa juzgada en el juicio indemnizatorio en relación con los hechos. En este sentido, SSH. ha sentenciado que las denunciadas han "*participado de un acuerdo o práctica concertada, por sí o a través de sus relacionadas, destinado a fijar, por intermedio de sus proveedores, un precio de venta para la carne de pollo fresca en supermercados igual o superior a su precio de lista mayorista, entre al menos los años 2008 y 2011*"⁸³.

7.2. IMPUTABILIDAD

Respecto de la conducta ilícita de Cencosud, cabe recordar a SSH. que del fallo de la Excma. Corte Suprema que condena a las cadenas de supermercados, pueden extraerse importantes razonamientos que permiten dar por acreditado el dolo de Cencosud. En este sentido, destaca el considerando trigésimo cuarto de la sentencia, que señala lo siguiente:

*"(...) el acuerdo ejecutado por las requeridas sin duda les ha conferido poder de mercado, en tanto sus precios no han sido fruto de una fijación libre, sino que se ha establecido para éstos un piso mínimo, **a través de una regla que las empresas acataron y cuyo cumplimiento monitorearon y exigieron**, que incidió en el valor de la carne de pollo fresca, un producto que, según se ha dicho, es de alto consumo en el mercado nacional, erigiéndose como uno de los elementos importantes de la canasta básica familiar."*

⁸¹ BASCUÑAN, Antonio (2016), Capítulo 3. "*La aplicabilidad temporal de las normas del Decreto Ley N°211*", Estudios sobre la colusión, Santiago: Thomson Reuters, p. 167.

⁸² (rol 43/2006 y 57/2007)

⁸³ Parte resolutive de la Sentencia dictada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, N° 167-2019.



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

*"(...) lo cierto es que aquel universo de precios promocionales ocurre en un escenario colusivo y afectaba a todas las ventas de pollo fresco, de modo que es lógico concluir que, de **haberse fijado libremente los precios, el número de promociones hubiere sido mayor a aquel que efectivamente se verificó bajo el imperio de la regla.***

*En otras palabras, tomando en consideración que se trata de un mercado relevante en el que los operadores nacionales requeridos tienen una participación de suyo importante, **respecto de un producto de alta influencia en el consumo nacional, no corresponde sino concluir que el acuerdo colusorio ha tenido la aptitud objetiva para conferirles poder de mercado**, afectando seriamente el bien jurídico protegido por el legislador, esto es, la libre competencia en los mercados y ello por la vía de acordar y exigir determinados precios de venta al público, evitando o entorpeciendo la natural intermediación de los bienes."*

*"(...) **por medio de este acuerdo las requeridas unieron su poder de mercado y abusaron de él, lo cual permite calificar estos hechos como constitutivos del ilícito de colusión, previsto en la letra a) del inciso segundo del artículo 3° del Decreto Ley N° 211, perpetrado entre los años 2008 y 2011.***

Las conductas, además, pueden subsumirse dentro del tipo general del inciso primero del artículo 3°, puesto que ciertamente constituyen hechos que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia." (lo destacado y subrayado es nuestro).

Otro aspecto importante es la constatación que realiza la Excelentísima Corte, respecto a la continuidad de la conducta de las empresas coludidas, tal como lo expresa el considerando trigésimo segundo:

"Que las pruebas reseñadas tanto en esta decisión como en la sentencia impugnada, permiten establecer una conducta continuada en el tiempo, caracterizada por una intencionalidad común y un conocimiento de parte de cada una de las requeridas, de los efectos anticompetitivos que ella traía consigo".

"Se quería precisamente evitar que alguno de los supermercados incurriera en una rebaja excesiva de sus precios que obligara a la competencia a posicionarse y, en definitiva, disminuir las utilidades que genera la venta de un producto de alta demanda, como es la carne de pollo fresca".

Como su SSH. podrá ya haber advertido, no cabe duda alguna de la responsabilidad de Cencosud en los hechos que se le imputan, quien dolosamente participó del hecho anticompetitivo descrito, representándose, además, los efectos que su actuar reprochable causaría en los millones de



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

consumidores de carne de pollo fresca de nuestro país, quien, pese a ello, igualmente, persistió en el acuerdo de precios.

No obstante lo anterior, SSH., la imputabilidad de Cencosud no debe ser discutida ni materia de prueba en este proceso. Lo anterior, conforme a las siguientes razones:

Primero, porque la regla legal considera que una vez acreditado el hecho, consecuentemente se encuentra también acreditada la imputabilidad del proveedor en la colusión, procediendo el efecto reflejo de cosa juzgada, pero ahora sobre este requisito de la responsabilidad civil, tal como señalamos más arriba.

Segundo, porque la dogmática que ha estudiado el tema lo ratifica. En este sentido, *“cabe tener a la vista que la colusión es un ilícito descrito por dicho decreto ley precisamente en torno a la culpabilidad intencional de una conducta, de forma que, en atención a que la conducta es un hecho, si se acredita ante el TDLC y determina que es ilícita, puede darse por verificada también la culpabilidad en el proceso civil. Desde la perspectiva del derecho civil, antes y después de la reforma introducida por la Ley N° 20.945, de 30 de agosto de 2016, que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia, la sentencia ejecutoriada que califica un ‘hecho’ como un ilícito anticompetitivo constituye una hipótesis inequívoca de culpa infraccional, que presume ese elemento de la responsabilidad y/o lo da por indiscutiblemente acreditado para los efectos de la procedencia de la responsabilidad civil frente a los consumidores. Así habiendo acreditado la colusión, debe tenerse por comprobada -o al menos por presumida- la culpabilidad, no siendo exigible ninguna prueba adicional sobre este elemento a los consumidores víctimas”*⁸⁴ (destacado y subrayado nuestro).

Tercero, porque este tribunal sancionó la conducta de Cencosud como un atentado a la libre competencia, en los siguientes términos:

“Centésimo undécimo: Que, en síntesis, la prueba analizada permite concluir que Cencosud fue consciente de la existencia de la regla de comportamiento descrita por la FNE; que esta regla fue aplicada por dicha cadena; que la requerida entendía y buscaba que tal regla fuese aplicada también por sus competidores; y que Cencosud mantuvo un comportamiento activo respecto del cumplimiento de la regla por parte de las otras cadenas de supermercados;”

Cuarto, porque a propósito del efecto reflejo que la sentencia dictada en sede de libre competencia produce en relación a los hechos, la conducta y la calificación jurídica para el posterior juicio indemnizatorio, nuestros tribunales ya se han pronunciado, incluso citando a la doctrina especializada en la materia

⁸⁴ HERNÁNDEZ, Gabriel y TAPIA, Mauricio (2019). “Colusión y Daños a consumidores”, Thomson Reuters: Santiago, p. 14-15.

y que en este libelo también se enuncia. En efecto, en el caso de la colusión de las farmacias, la sentencia definitiva de primera instancia sostuvo lo siguiente:

"CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO: Para demandar indemnización de perjuicios se debe probar la concurrencia de los presupuestos que establece el común para que se configure la responsabilidad civil. En ese sentido, para que un consumidor pueda exigir una indemnización de perjuicios por ilícitos anticompetitivos es necesario que concurren los elementos establecidos por el derecho civil común: hecho ilícito, culpa o dolo, causalidad y daño.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO: Tratándose de ilícitos contra la libre competencia, sometidos a estricto régimen sancionatorio, y sujetos a una jurisdicción resulta necesario que en general, antes de demandar la indemnización se establezca con fuerza de cosa juzgada por el TDLC la existencia tal ilícita. (Hernández y Tapia. 2019. Colusión y daño a los consumidores).

Por lo comentado, el rol de la sentencia dictada por el Tribunal de Libre Competencia generó en autos cosa juzgada en relación con los hechos, la conducta y su calificación jurídica.

CUADRAGÉSIMO NOVENO: En consecuencia, resta determinar la causalidad, naturaleza y monto de los daños demandados (...)"

De acuerdo al artículo 30 del DL N° 211, en este juicio especial de indemnización de perjuicios por afectación al interés colectivo o difuso de los consumidores, la sentencia ejecutoriada dictada por SSH. genera cosa juzgada en relación a los hechos que ella establece, a cuyo respecto ya no debe debatirse. Una interpretación en contrario, constituye un retroceso en la protección de los consumidores, lo que además contraviene sustancialmente el propósito de la reforma impulsada a través de la dictación de la Ley N° 20.945 -que perfecciona el sistema de defensa de la libre competencia, y modificó el artículo 30 del DL N° 211-, la que en resumidas cuentas, aboga por *"fortalecer la represión de los abusos monopólicos en beneficio de los derechos de los consumidores, así como los principios protectores de la legislación en general, claramente confirmados por la última reforma a la LPC (Ley N° 21.081)"*⁸⁵.

Quinto, puesto que otro de los propósitos de la reforma (Ley N° 21.081), consistió en incentivar las acciones de responsabilidad civil como vía de fomento del cumplimiento de las normas sobre libre competencia, y no parece coherente con aquel fin, incorporar una barrera de entrada como la carga de probar la culpabilidad del proveedor. Asimismo, tampoco parece razonable exigir su prueba si el proveedor ya fue condenado y sancionado por el mismo hecho, y con mayor razón, si la acción indemnizatoria es seguida ante el mismo Tribunal que así lo declaró, lo que reñiría con el principio de economía procesal.

⁸⁵ HERNÁNDEZ, Gabriel y TAPIA, Mauricio (2019). "Colusión y Daños a consumidores", Thomson Reuters: Santiago, p.14-15.

En consecuencia, tomando en consideración los argumentos descritos, el efecto reflejo de la cosa juzgada y habiéndose acreditado la intencionalidad de Cencosud en la infracción permanente del acto ilícito anticompetitivo, es posible tener por cumplido el requisito de imputabilidad.

7.3. EL DAÑO

En relación, a este requisito de la responsabilidad, podemos señalar lo indicado por ARAYA quien señala: *"En efecto, está en la esencia del proceso competitivo el que los competidores en un mercado traten de aventajar a sus rivales, atrayendo un mayor número de clientes. Sin embargo, esta situación de rivalidad puede, bajo determinadas condiciones de un mercado dado comenzar a disminuir hasta cesar. En este proceso, uno o más operadores que han alcanzado un poder de mercado van adoptando decisiones de manera cada vez más independiente de aquéllas que son tomadas por sus, hasta ese momento, rivales. Lo anterior, hasta que la independencia es tal que subsumida en alguna de las figuras que la doctrina agrupa, produce no sólo una toma de beneficios por sobre lo normal sino, además, una disminución de la disponibilidad del total de bienes en la sociedad. Tal situación se manifestará en precios elevados por sobre los competitivos, reducción de volúmenes producidos, menos alternativas para el consumidor, peor calidad del producto o servicio, etc., que es resentida tanto por los consumidores como por los competidores y eventualmente por los proveedores de la o las empresas que se libran a una práctica anticompetitiva (...) Distinta es esta situación inocua de los traspasos de excedentes (empobrecimiento de unos con enriquecimiento de otros), de la generación de un costo social neto, como es en el caso de las prácticas anticompetitivas, es decir, la generación de una pérdida en la sociedad, soportada por las víctimas del monopolista, que no se traduce en un beneficio para nadie. Este costo social se refleja en situaciones como las ya descritas y se produce, en un monopolio de oferta, por el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutos de inferior precio y calidad debido al precio abusivo impuesto por el monopolista. Esto acarrea menor producción del bien monopolizado e insatisfacción de los consumidores, cuando, en situación de competencia, se habría producido"*⁸⁶. Incluso, HERNÁNDEZ y TAPIA reconocen que el daño anticompetitivo (pérdida social neta) coincide en parte con el daño cierto ocasionado a los consumidores, que los infractores deben indemnizar⁸⁷.

Esta cita sirve para mostrar cómo la doctrina especializada entiende que el "daño" ocasionado a los consumidores puede ser el "sobreprecio", daño en términos de procedencia de la acción indemnizatoria en términos amplios, que abarque la reparación de todos los perjuicios ocasionados a los consumidores; y, porque, además, si asumimos, como lo hace toda la civilística que el perjuicio es una lesión a los intereses legítimos de la víctima, el autor muestra que el

⁸⁶ ARAYA J., Fernando. "DAÑO ANTICOMPETITIVO Y DAÑO INDEMNIZABLE: UN ENSAYO DE CONFRONTACIÓN". Revista Chilena de derecho Privado, Núm 4 (2005), Fundación Fernando Fueyo. pp. 23. <https://rchdp.cl/index.php/rchdp/article/view/356/340>

⁸⁷ HERNÁNDEZ, Gabriel y TAPIA, Mauricio (2019). "Colusión y Daños a consumidores", Thomson Reuters: Santiago p. 41.

daño anticompetitivo está más allá de que *deadweight welfare loss*, porque en este caso el detrimento fue causado por una pérdida (lesión) soportada por las víctimas (de manera injusta), que no se traduce en un beneficio para nadie (ilícito infraccional). Es decir, se trata de un perjuicio específico, que corresponde indemnizar conforme a las reglas de la responsabilidad civil.

En este sentido HERNÁNDEZ y TAPIA reconocen, de forma indiscutida, que "(...) tratándose de los daños sufridos por los consumidores por actos de colusión, ellos consisten principalmente, por una parte, en el sobreprecio pagado (*overcharge*) por los contratantes afectados -representado por la diferencia entre el precio de mercado y el colusivo-; y por la otra, en el menoscabo padecido por quienes no pudieron contratar bienes o servicios al precio colusivo"⁸⁸. Esto es, precisamente, lo que esta parte demanda en beneficio de los miles consumidores afectados.

Por integración con las normas protectoras del derecho de consumo - artículos 2 bis, 50 y la regla expresa del artículo 51, de la LPDC- es preciso referirnos al artículo 3 letra e) de dicho cuerpo legal, disposición que le atribuye un derecho subjetivo de carácter irrenunciable al sujeto débil de la relación de consumo, a la reparación de los daños sufridos ante el incumplimiento o infracción cometida por el proveedor. Sobre el particular, CONTARDO señala que de la norma antes citada se desprenden dos derechos a favor del consumidor, como son, el de "reparación" e "indemnización" adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor⁸⁹.

En este caso SS. solicitamos, por representación y/o legitimación, la indemnización adecuada de todos los perjuicios causados a los consumidores producto del ilícito anticompetitivo constatado en esta sede respecto de la empresa demandada.

A) EL DAÑO PATRIMONIAL

Este daño afecta a aquellos consumidores que compraron el producto coludido y aquellos que no pudieron hacerlo. *Alterum neminem laedere*, concretado en este caso por la infracción a la regla del artículo 3 letra a) del DL 211; y por integración, con las normas de consumo.

Se ha dicho que "*las acciones de daños interpuestas por consumidores que compraron directamente de los infractores son las más simples de acreditar, dado que dichos daños se encuentran en el corazón del interés del derecho de la competencia*"⁹⁰.

⁸⁸ HERNÁNDEZ, Gabriel y TAPIA, Mauricio (2019). "*Colusión y Daños a consumidores*", Thomson Reuters: Santiago. p. 26.

⁸⁹ CONTARDO, JUAN IGNACIO, "Artículo 3 letra e)" en DE LA MAZA y PIZARRO. La protección de los derechos de los consumidores. Santiago, Thomson Reuters, 2013. pp. 125 y ss.

⁹⁰ Kai Huschelrath, *Competition Policy Analysis. An integrated Approach*, (Physica-Verlag, 2009) p. 359



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

En el caso de autos, la discusión sobre el daño constituye el núcleo de esta demanda. La propia sentencia de nuestro Máximo Tribunal lo reconoce, al decir en el considerando cuadragésimo:

*"Que, en consecuencia, **el 20% de las ventas afectas, en los términos en que viene fijado el castigo pecuniario por el TDLC refleja únicamente una parte del reproche que merece la conducta sancionada, por cuanto no considera los efectos que ella tuvo sobre la demanda de otros productos y el mercado en general.** Como ya se ha dicho reiteradamente, la naturaleza especial del pollo fresco **como producto ampliamente demandado en nuestro país, añadida a la multiplicidad de productos comercializados por los supermercados provoca que una variación del precio del pollo influya en la decisión de los consumidores de acudir a uno u otro comercio y, en el marco de dichas visitas, adquirir también otros bienes.** En consecuencia, el reproche de fondo planteado por la FNE resulta efectivo, en cuanto a que **aquel 20% de las ventas afectas no alcanza a cubrir el daño que el ilícito ha causado a la libre competencia**" (destacado y subrayado nuestro).*

De este modo, es posible inferir que el 20% de las ventas afectas no comprende necesariamente el total del valor del daño causado a los consumidores.

Ahora bien, existen algunas características relevantes sobre los hechos materia de esta demanda, que conviene tener presente al comenzar a analizar el daño que ha sido consecuencia de la conducta anticompetitiva. En primer lugar, destaca la temporalidad, que como ya se ha venido indicando, el ilícito anticompetitivo que nos atañe transcurrió entre los años 2008 y 2011, de modo que la indemnización de los daños está suscrita a este periodo temporal, tanto en su extensión, como en su reiteración. Por otro lado, destaca el hecho de que la carne de pollo fresca es de consumo universal en nuestra sociedad, extendiéndose a lo largo del país, sin límites territoriales, ni diferencias económicas-sociales.

En este contexto, la carne de pollo fresca forma parte de la canasta básica familiar, es decir, es esencial para los chilenos y su desarrollo nutricional, lo que, a su vez, implica que tenga el carácter de constituir un producto de difícil sustitución en el mercado, perjudicando a millones de consumidores, dentro de los cuales podemos distinguir a consumidores vulnerables e hipervulnerables. A saber, la sentencia de la Excmá. Corte Suprema, en el considerando cuadragésimo, lo expresa de la siguiente manera:

"Que, conforme se viene razonando, esta Corte estima que en la determinación de la sanción aplicable a las requeridas resulta particularmente relevante el elemento o criterio sancionatorio

*relacionado con la gravedad de la conducta, teniendo para ello especialmente presente el porcentaje de participación que las tres requeridas en su conjunto sumaban en el mercado de comercialización de **la carne de pollo fresca a los consumidores finales; la afectación masiva al consumo de la población a lo largo del país, en relación a un producto alimenticio de alta demanda en todos los estratos sociales y de difícil sustitución, además de la extensión temporal de la conducta, entre los años 2008 a 2011***” (lo destacado es nuestro).

I) DE LAS DIVERSAS CATEGORÍAS DE INTERESES AFECTADOS Y QUE PADECIERON LOS CONSUMIDORES DE CARNE DE POLLO FRESCA A PARTIR DE LA INFRACCIÓN DE LAS CADENAS DE SUPERMERCADOS AL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

Por tratarse de una acción de carácter colectiva y/o difusa, cabe tener presente lo dispuesto en el artículo 53 A de la LPDC, en el sentido que el juez podrá, durante toda la tramitación del juicio, y hasta la dictación de la sentencia definitiva, ordenar la formación de grupos y subgrupos de consumidores perjudicados, según las diversas categorías de intereses afectados.

De esta manera, como consecuencia de la colusión consistente en la fijación del precio mínimo en la carne de pollo fresca entre el periodo comprendido entre el año 2008 y 2011, es posible distinguir, al menos, entre:

- Aquellos consumidores que contrataron con el proveedor y adquirieron carne de pollo fresca pagando un sobreprecio.
- Aquellos consumidores que no contrataron con el proveedor, distinguiéndose entre:
 - Los que contrataron con un proveedor no infractor, y que por el efecto paraguas, de igual forma, pagaron un precio anticompetitivo.
 - Los que no contrataron con ningún proveedor.
 - Los que compraron menor cantidad de la que necesitaban.
 - Los que compraron productos de menor calidad.

A.1) DEL SOBREPREGIO PAGADO U OVERCHARGE

El sobreprecio o “sobrecoste” es “la diferencia entre el precio realmente pagado y el precio que habría prevalecido de no haberse cometido una infracción del Derecho de la competencia”⁹¹.

⁹¹ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea Texto pertinente a efectos del EEE, Art. 2.



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Entonces, el sobreprecio se representa por la diferencia existente entre el precio contrafactual y el precio cartelizado que representa el exceso o aumento del precio asumido por los consumidores que es transferido al cartel. Por ello, como los cartelistas no enfrentan un aumento en sus costos de producción o distribución y se cobra un precio mayor a los consumidores, este pago extra representa un enriquecimiento sin causa para el cartel⁹².

En concreto, el daño principal padecido por los consumidores, es el resultado de las consecuencias negativas que tuvo para la competencia el acuerdo colusivo de los supermercados en la venta de carne de pollo fresca, consistente en el sobreprecio pagado (*overcharge*) por los consumidores, que es la diferencia entre el precio de mercado y el colusivo.

Como SSH. ha podido apreciar a lo largo de esta demanda, y como también ha sido expuesto durante la tramitación del proceso en sede de libre competencia, en el presente caso, existen elementos de sobra para considerar que el daño a los consumidores es cierto, es decir, que no es meramente especulativo.

A este respecto, basta considerar que según las estimaciones de Oxera, al menos el 93% de los cárteles crearon un sobreprecio⁹³.

En particular, podemos hacer referencia al considerando cuadragésimo de la sentencia de nuestra Excm. Corte Suprema, citado precedentemente, en que se reconoce de manera directa una "*afectación masiva al consumo de la población a lo largo del país*", respecto de un producto de "*difícil sustitución*", y por una "*extensión temporal de conducta*" importante, "*entre los años 2008 y 2011*", donde las tres empresas denunciadas "*concentraban el 90,78% del mercado*".

Así las cosas, la certidumbre acerca de la existencia de perjuicios en este caso, deriva de la propia naturaleza de la conducta dolosa y anticompetitiva en que incurrió la demandada, esto es, el acuerdo en la fijación de un precio mínimo para la carne de pollo fresca, por lo que necesariamente cada consumidor del mercado lo adquirió a un precio no libremente establecido.

Cabe señalar que el ilícito anticompetitivo que dio lugar al sobreprecio, fue reconocido por la Corte Suprema a lo largo del fallo, destacándose especialmente los considerandos octavo y trigésimo séptimo, que señalan lo siguiente:

*"lo cierto es que el sustrato esencial de aquello atribuido a las requeridas tiene que ver con **la adopción de una regla común que***

⁹² Oxera, "*Quantifying Antitrust Damages towards Non-binding Guidance for Courts*" (December 2008), Study prepared for the European Commission p. 97.

⁹³ *Ibid.*, p. 91

influyó sobre la fijación de sus precios para la carne de pollo fresca

En este caso, **se observa la existencia de una regla que tiende a un objetivo común, como es la fijación de un piso mínimo del precio respecto de un mismo bien, como es la carne de pollo fresca, todo lo cual se verificó entre las mismas empresas implicadas, a través de un grupo relativamente estable de ejecutivos**, cumpliendo durante el periodo imputado con una misma forma de ejecución y análoga pauta de actuar ante eventuales incumplimientos de la regla por parte de los competidores a saber los contactos vía correo electrónico, dirigidos a los proveedores comunes.” (lo destacado es nuestro).

Ahora bien, el sobreprecio que debieron soportar los consumidores fue acreditado y tratado con profundidad en el Informe Económico presentado por el profesor Aldo González, titulado “Impactos Competitivos de Acuerdos de Precios Mínimos en la Industria de Supermercados”, disponible en el expediente tramitado ante su H. Tribunal. Según explica el autor, “el acuerdo tiene implicancias negativas para la competencia, **pues impide que parte de los descuentos, o menores precios reales mayoristas, sean traspasados a los consumidores. En este sentido, esta regla acordada tiene como efecto una reducción de la intensidad competitiva entre las cadenas de supermercados, lo cual impide que los clientes finales gocen de menores precios por los productos de carne avícolas, aunque sea de forma temporal**”⁹⁴ (negrita propia). En otras palabras, **el acuerdo colusorio en que participó Cencosud, “reduce la competencia intra-marcas, incrementando los precios que deben pagar los consumidores por la carne de pollo”**⁹⁵ (negrita nuestra).

Agrega el economista que “el acuerdo al que nos referimos, tiene efectos similares al de la clásica colusión entre competidores, **pues reduce la competencia al interior de una marca entre supermercados, y también entre marcas que compiten en un mismo mercado. Por la competencia vertical del acuerdo -comunicación entre minoristas a través del proveedor común- a este tipo de colusión se le denomina de Hub and Spoke. El proveedor común se favorece también del acuerdo. Al existir un precio mínimo común, las negociaciones entre el proveedor y cada uno de los supermercados se independiza de la competencia entre éstos últimos, lo cual reduce la presión sobre los proveedores para conceder descuentos**”⁹⁶ (destacado propio).

En suma, en primer término, corresponde sea indemnizado el daño emergente sufrido por los consumidores en su patrimonio, representado, en este caso, por el sobreprecio pagado en la adquisición de carne de pollo fresca entre

⁹⁴ GONZÁLEZ, Aldo. Informe Compensatorio, titulado “Impactos Competitivos de Acuerdos de Precios Mínimos en la Industria de Supermercados”, octubre de 2016. Acompañado en la causa Rol N° C-304-2016, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. p.3.

⁹⁵ *Ibidem* p. 56

⁹⁶ *Ídem* pp. 2-3.

los años 2008 al 2011, y en relación al volumen de ventas de las empresas coludidas durante el acuerdo anticompetitivo.

Finalmente, y conforme a lo dispuesto en el artículo 1556 del Código Civil, corresponde también la indemnización del lucro cesante que los consumidores pudieron haber padecido, que consiste, en la pérdida de los rendimientos económicos generados por el pago de un sobreprecio en la adquisición de carne de pollo fresca⁹⁷. Todo lo anterior, sin perjuicios de los daños que SS.H. pueda estimar que concurren, o que resulten procedentes del transcurso del proceso.

A.2) QUIENES NO PUDIERON ADQUIRIR EL PRODUCTO, O LO HICIERON EN MENOR CANTIDAD O CALIDAD DE LA QUE ESPERABAN

Por otra parte, junto al daño anteriormente indicado, los consumidores presentaron también otros tipos de afectaciones. Así, podemos advertir que existe un grupo de consumidores que, en virtud del hecho colusorio, y la consecuente alza en los precios, se vieron impedidos de adquirir el producto, tuvieron que adquirir otros alternativos o de menor calidad, o comprar en menor cantidad de la que requerían.

En el caso concreto, es indudable que varios consumidores se vieron impedidos de adquirir carne de pollo fresca, pues la única oportunidad de acceso para ellos era a través de ofertas o promociones, las que en este caso fueron restringidas dolosamente a través del actuar inescrupuloso de la demandada, al impedir que existiera un precio bajo la regla establecida. Esto, también consta en el informe económico dispuesto en el expediente, cuando alude a la coordinación horizontal entre supermercado, y explica que ésta habría ocurrido al menos entre los años 2008 y 2011, y que “se realizaba *a través de los proveedores de carne de pollo. Los supermercados que detectaban descuentos o promociones por debajo del precio de referencia, denunciaban el hecho a los proveedores correspondientes, con el objeto de forzar el cumplimiento del acuerdo*”⁹⁸ (destacado y subrayado nuestro).

A mayor abundamiento, la carne de pollo fresca forma parte de la canasta básica familiar, siendo un alimento esencial y de difícil sustitución para miles de familias chilenas, pero dicha caracterización no impide que un número indeterminado de consumidores y familias se vieran afectados por la imposibilidad de acceder al alimento, o de hacerlo en menor calidad o cantidad de la que esperaban, en virtud del precio no competitivo que resultó a consecuencia de la colusión. En efecto, y como se ha reconocido y aceptado en nuestra jurisprudencia, los afectados por violaciones a la LPDC no son sólo aquellos que adquirieron productos de la empresa en cuestión, sino también otras personas, distintas de quienes intervinieron en esa relación de consumo. Así, se ha dicho que “*La tesis (...) de exigir que todas las personas sean*

⁹⁷ HERNÁNDEZ Gabriel. (2018). “Colusión y responsabilidad civil por daño colectivo a los consumidores”. *Revista chilena de derecho privado*, (30), 87-126. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/s0718-80722018000100087> (Revisada 19 octubre de 2020).

⁹⁸ GONZÁLEZ, Aldo. Op, cit. p.54.



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

*contratantes produciría una situación no razonable que sería dejar fuera a quienes no son adquirentes”.*⁹⁹

Más allá de la denominación y/o naturaleza jurídica del daño estudiado, el fallo recién citado resulta particularmente importante, porque reconoce la existencia de un grupo de consumidores afectados, que, pese al no haberse trabado una relación de consumo, se estiman sufrieron un daño de carácter indemnizable, en el caso, por no haber podido adquirir el producto, o por hacerlo en menor cantidad o calidad. Cabe señalar que la Ley N° 19.496, en el Párrafo 3°, a partir del artículo 51, regula el procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores. De igual forma, en el artículo 50, se definen las acciones de interés difuso como aquellas que se promueven en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos.

Estos daños cumplen, a juicio de HERNÁNDEZ y Tapia, el requisito de certidumbre, aun cuando se trate de reparar los intereses de miles de consumidores afectados difusos; certidumbre que tiene ser medida con flexibilidad, porque se trata de cuestiones prudenciales y aproximativas. Según los autores, se trataría de un lucro cesante¹⁰⁰.

En su defecto, SSH. considere que este tipo de resarcimiento podría enmarcarse dentro de lo que la doctrina y dogmática civil ha entendido como la pérdida de oportunidad, teoría que ha sido adoptada cada vez de manera más frecuente por nuestros tribunales de justicia¹⁰¹. En concreto, supone la indemnización de los perjuicios ocasionados por la imposibilidad de contratar, se trata, entonces, que el hecho dañoso impide al consumidor realizar una elección que con cierta probabilidad iba a ocurrir. En materia de protección al consumidor, se produce además un daño a la autonomía e indemnidad del consumidor, toda vez que se priva de uno de los elementos más importantes, esto es, su libertad

⁹⁹ Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia dictada el 8 de noviembre de 2007, en causa caratulada “Sepúlveda con Fuchs”, Rol N° 2.763-2004, Id: Legal Publishing N° 37621. Id: Legal Publishing N° 37621). En el considerando 10° de esta sentencia, se estableció que, *“como corolario de los argumentos antes expuestos, esta Corte estima erróneo exigir que todas las personas que resultan afectadas por la infracción a la normativa sobre las relaciones del consumo deban ser contratantes, imponiendo una división de la responsabilidad que no se ajusta al carácter lógico y sistemático de nuestro ordenamiento jurídico. De seguirse la tesis del a-quo se produciría una situación no razonable en cuanto, en la especie, el actor puede invocar las normas sobre protección de los derechos del consumidor, y los restantes deberían invocar una fuente obligacional distinta, sin la protección del texto en comento, quedando un vasto número de consumidores finales fuera de la ley todo lo cual es absurdo”*.

¹⁰⁰ HERNÁNDEZ, Gabriel y TAPIA, Mauricio (2019). “Colusión y Daños a consumidores”, Thomson Reuters: Santiago. p. 35.

¹⁰¹ Barría, estudiando los casos de falta de servicio señala que: *“Ello, por cuanto en las sentencias que se vienen pronunciando desde la primera, de diciembre de 2013, hasta aquella de noviembre de 2017, siempre se resolvió sobre la base de que las omisiones atribuidas a los organismos estatales como falta de servicio, eran la causa directa y necesaria de la muerte de personas”*. Concluye que: *“este grupo de sentencias contribuye a la consolidación jurisprudencial de la pérdida de oportunidad, la que, como mencioné en un principio, tiene una vida sumamente reciente en nuestra jurisprudencia y cuya mayor aplicación se ha dado en ámbitos diferentes al estudiado en este trabajo”* BARRÍA DÍAZ, Rodrigo. (2019). “La pérdida de una oportunidad en la jurisprudencia de la corte suprema sobre juicios indemnizatorios derivados del terremoto y tsunami del 27 de febrero de 2010”. Revista de derecho (Concepción), 87(245), 235-269

de elección. Los mismos autores tantas veces señalados¹⁰², han expuesto que la pérdida de chance hoy sí es considerada como un daño cierto, y por lo tanto indemnizable.

Sepa SSH. que el daño al interés difuso ha sido considerado por la judicatura civil, tal como se manifiesta en la sentencia definitiva de primera instancia dictada en el marco de la colusión de las farmacias, causa rol C-1940-2013, tramitado ante del 10° Juzgado Civil de Santiago, en la cual se reconoce la existencia de perjuicios para aquellos consumidores que se vieron impedidos de comprar algún medicamento, al indicar que:

"A través de estas dos sentencias fluye la existencia de daño colectivo (consumidores que pagaron el sobreprecio) y difuso (consumidores que dejaron de comprar el medicamento).

La naturaleza del daño sufrido por los distintos grupos de consumidores puede ser clasificada en daño emergente, para los consumidores del grupo 1 que corresponderá a lo efectivamente pagado por el alza y en cuanto al grupo 2 corresponde dentro de la clasificación clásica de perjuicios a lucro cesante que estaría representado por la pérdida de la utilidad o beneficio que obtendrían dejar de consumir determinado bien, en este caso, el medicamento." (destacado y subrayado nuestro).

En conclusión, respecto al punto en análisis podemos señalar que existe también un daño indemnizable, caracterizado por aquellos casos en que el consumidor -como consecuencia del ilícito anticompetitivo en que participó Cencosud- no pudo adquirir carne de pollo fresca, o debió hacerlo en menor cantidad de la que requería, o en una menor calidad, y cuya naturaleza jurídica puede ser categorizada como un lucro cesante.

En este punto, el llamado a SSH. es a considerar a la hora de analizar y establecer los montos indemnizables, cada una de las características expuestas en este acápite.

II) CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

EL artículo 51 número 2 de la Ley 19.496 ha dispuesto disminuir los requisitos para la determinación de una indemnización, siendo necesario solamente señalar el daño sufrido, para que sea el juez quien determine las indemnizaciones procedentes.

En esta línea resulta crucial recordar, el espíritu en que se ha basado la dictación de la Ley 19.496, como SS. sabrá, el principio Pro Consumidor es fundante de este cuerpo legal, por lo que viene a ser un pilar fundamental para la construcción del resto de la normativa del estatuto protector de los

¹⁰² HERNÁNDEZ, Gabriel y TAPIA, Mauricio (2019). "Colusión y Daños a consumidores", Thomson Reuters: Santiago. p. 30.



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

consumidores. Esa es la razón por la que tanto las normas de infracción como aquellas indemnizatorias descansan en otorgarle una reparación efectiva, a partir de una base mínima y suficiente a los consumidores.

Vuestro H. Tribunal, es el llamado a evaluar y fijar dentro de las reglas del Derecho Civil, el monto de las indemnizaciones, tal como lo señalan Hernández y Tapia, al indicar que *“en Chile, sobre la base de las reglas generales del derecho civil, el tribunal tiene la facultad de evaluar y fijar el monto de la indemnización a partir de los antecedentes aportados al proceso, y para ello puede utilizar cualquiera de las técnicas de cuantificación del daño (...)”*¹⁰³.

Por otro lado, es importante establecer que, al momento de la cuantificación, exista disposición a valerse de todos los mecanismos y medios legales existentes, como de aquella doctrina más novedosa y especializada en cuanto al derecho y la economía, con el fin de que se obtenga la debida reparación de los derechos de los consumidores, y la empresa, que dolosamente se coludió y se benefició de su actuar ilegal, indemnice a los consumidores afectados como corresponde.

En este sentido, el artículo 51 inciso 5 de la Ley N° 19.496, al señalar que:

“Los proveedores demandados estarán obligados a entregar al tribunal todos los instrumentos que éste ordene, de oficio o a petición de parte, siempre que tales instrumentos obren o deban obrar en su poder y que tengan relación directa con la cuestión debatida. En caso de que el proveedor se negare a entregar tales instrumentos y el tribunal estimare infundada la negativa por haberse aportado pruebas acerca de su existencia o por ser injustificadas las razones dadas, el juez podrá tener por probado lo alegado por la parte contraria respecto del contenido de tales instrumentos.”

De este modo, las eventuales dificultades que pudieren presentarse en la cuantificación no pueden constituir un óbice para no establecer una indemnización, tal como lo plantea la doctrina:

*“Ahora bien, teniendo en cuenta que en este tipo de procesos **no resultaría apropiado exigir una prueba exhaustiva de la cuantía del daño, debería aceptarse -en orden a su resarcimiento- una estimación razonable.** Así, las dificultades para determinar el monto del perjuicio -considerando que se fundan en el ilícito cometido por el infractor y que no se debe amparar su enriquecimiento- no deberían impedir su reparación. Esta solución implica atribuir a la responsabilidad civil en este ámbito -atendidas sus*

¹⁰³ HERNÁNDEZ, Gabriel y TAPIA, Mauricio (2019). *“Colusión y Daños a consumidores”*, Thomson Reuters: Santiago, p. 47.

*características- una finalidad que trasciende la estrictamente compensatoria*¹⁰⁴ (negrita y subrayado nuestro).

Como SSH. podrá apreciar, nuestra legislación también establece presunciones que el demandado debe descartar, las cuales, al igual que las de la normativa europea, apuntan a facilitar la cuantificación del daño, debido a la dificultad que se plantea en este tipo casos de colusión:

*"Con esta presunción se busca que los perjudicados puedan enfrentar de mejor forma las asimetrías de información que los afectan y facilitar la prueba de sus detrimentos"*¹⁰⁵.

La existencia de perjuicios a los consumidores debido a la fijación de un precio mínimo en la venta de carne de pollo fresca, fue reconocida expresamente por la Excma. Corte Suprema a lo largo de toda su sentencia. A modo de ejemplo, resulta ilustrativo citar el párrafo final del considerando vigésimo octavo, el que señala que:

"Todo esto se verificó, a lo menos, durante el periodo indicado en el requerimiento, esto es, entre los años 2008 y 2011 y significó que el valor de venta al consumidor final de carne de pollo fresca no se estableció a la luz de la oferta y la demanda, sino que se vio intervenido por un patrón de conducta de los oferentes, con el consiguiente perjuicio a los consumidores en relación a un producto altamente demandado a nivel nacional y difícilmente sustituible".

Es más, en la sentencia dictada por vuestro Honorable Tribunal, se refuerza en reiteradas oportunidades, la gravedad de la infracción cometida, aludiendo a las consecuencias negativas de la misma, tanto económicas como sociales, y el impacto que causó en los consumidores de todo el territorio nacional:

"Que, conforme a lo razonado, en los términos en que ha sido descrito en los motivos precedentes, el acuerdo ejecutado por las requeridas sin duda les ha conferido poder de mercado, en tanto sus precios no han sido fruto de una fijación libre, sino que se ha establecido para éstos un piso mínimo, a través de una regla que las empresas acataron y cuyo cumplimiento monitorearon y exigieron, que incidió en el valor de la carne de pollo fresca, un producto que, según se ha dicho, es de alto consumo en el mercado nacional, erigiéndose como uno de los elementos importantes de la canasta básica familiar."

B) EL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL EN LA LPDC

¹⁰⁴ HERNÁNDEZ Gabriel. (2018). "Colusión y responsabilidad civil por daño colectivo a los consumidores". *Revista chilena de derecho privado*, (30), 87-126. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/s0718-80722018000100087> (Revisada 19 octubre de 2020).

¹⁰⁵ HERNÁNDEZ, Gabriel. TAPIA, Mauricio, (2019) "Colusión y Daños a consumidores", Thomson Reuters, 2019, p.55.



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

La Ley N° 21.081 de 2019, que reformó la LPDC, incorporó de manera expresa la posibilidad de solicitar la reparación del daño moral sufrido en los procedimientos especiales para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, a través de la modificación del inciso segundo del artículo 51 N° 2 de la LPDC, quedando en el siguiente sentido:

"Las indemnizaciones que se determinen en este procedimiento podrán extenderse al daño moral siempre que se haya afectado la integridad física o síquica o la dignidad de los consumidores. Si los hechos invocados han provocado dicha afectación, será un hecho sustancial, pertinente y controvertido en la resolución que reciba la causa a prueba."

Previo a su dictación, se excluía la reparación colectiva del daño moral de los consumidores al señalar que *"las indemnizaciones que se determinen en este procedimiento, no podrán extenderse al daño moral sufrido por el actor"*. La modificación de este articulado, habría sido sugerida por algunos autores, especialmente, a partir del artículo 3 letra e) de la misma LPDC, que consagra el derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor. En este sentido, se pronunció el legislador, quien estimó que las herramientas de la normativa anterior no eran suficientes para reparar íntegramente los daños causados a los consumidores, resultando necesaria la eliminación de la restricción dispuesta en el antiguo artículo 51, tal como consta en el siguiente comentario del Ministro de Economía, Luis Céspedes:

"[L]a ley vigente no permite que los daños causados al interés colectivo o difuso de los consumidores sean reparados íntegramente. Se encuentra prohibida la posibilidad de que se indemnice el daño moral en este ámbito"¹⁰⁶.

Empero, cabe precisar que, en realidad, lo que impedía la Ley con su redacción anterior no era la indemnización de daños extrapatrimoniales, sino solamente la posibilidad de encauzarlos mediante una acción colectiva (es decir, los aspectos procesales del resarcimiento), no obstante, se podía demandar individualmente el daño moral sufrido. Esto quiere decir que la Ley siempre amparó la protección del daño moral de los consumidores, pero no estableció un mecanismo procesal colectivo para ello, cuestión que cambia con la dictación de la Ley N° 21.081.

Para la determinación del daño moral, la Ley en su nueva redacción, faculta al juez para establecer un *"monto mínimo común"* de daño moral sufrido por un grupo de consumidores. Para ello, el juez podrá, a costo del demandado,

¹⁰⁶ Historia de la Ley N° 21.081, Mensaje del 2 de junio de 2014, *"Primer Trámite Constitucional, Informe Comisión De Economía"*.



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

solicitar la realización de peritajes con el objetivo de determinar dicho monto común, pudiendo también recurrir a otros medios de prueba para tal efecto. Todo esto, conforme a lo dispuesto en el artículo 51 N° 2 de la LPDC que indica:

"En la determinación del daño moral sufrido por los consumidores, el juez podrá establecer un monto mínimo común, para lo cual de oficio o a petición de parte, podrá ordenar un peritaje, sin perjuicio de poder considerarse otros medios de prueba".

Dicho lo anterior, en el caso *sublite*, Cencosud ha afectado la integridad psíquica y dignidad de millones de consumidores.

Como ya hemos expuesto a lo largo de esta demanda, la carne de pollo fresca es un alimento básico para los consumidores. En una primera instancia, es posible observar que el cartel del que formó parte Cencosud, dañó la alimentación de la población chilena. En este sentido, es fácil comprender que existe una afectación a la integridad psíquica y dignidad de los consumidores, quienes en muchos casos no pudieron acceder al producto alimenticio básico o lo hicieron en forma más onerosa.

Resulta conveniente recordar la situación de subordinación en la cual se encuentra el consumidor respecto del proveedor. Se trata de una subordinación de carácter estructural, cuyo ámbito trasciende lo meramente económico, siendo posible abordarla desde una perspectiva psicológica. En este sentido, al consumidor no le queda más que confiar en la información que le entrega el proveedor, puesto que este último detenta el monopolio de la misma. En otras palabras, resulta imposible para el consumidor conocer a fondo las reales características y atributos del producto, información con los que sí cuenta la empresa proveedora de bienes y servicios. No estamos frente a un problema baladí, llegándose a afirmar que *"el problema de potencial engaño producto de asimetrías de información sería el más importante (...)"*, en cuanto a justificar la protección de los consumidores.

Esta posición de asimetría y subordinación psicológico-estructural en desmedro de los consumidores, resulta patente en el caso objeto de la presente demanda: Cencosud intervino deliberadamente en un elemento no menor - incluso trascendental- en la decisión de compra, como es el precio. Piense SSH. en la situación de los consumidores -jurídicos, materiales o incluso potenciales- durante el periodo del acuerdo, quienes no tenían la más mínima noción de la existencia del cartel y, a la larga, se han visto afectados por el mismo; no sólo económicamente, sino que también desde una perspectiva mucho más profunda, al ver defraudada la confianza que ciegamente depositaron en el proveedor y, sobre todo, en el mercado, que es lo que, en definitiva, se protege con la legislación tanto en materia de competencia como de consumo.

En este punto cabe recordar que la finalidad de la indemnización por daño moral es de carácter reparatorio. Sin bien, se ha causado a los consumidores



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

una pérdida irreparable, se debe procurar situarlos en una posición que de alguna manera compense los perjuicios experimentados.

Para cerrar este punto, es importante señalar que existen ciertos parámetros que pueden resultar útiles para que el tribunal aprecie correctamente la indemnización del daño moral, tales como el tiempo de duración del hecho ilícito, la posición de vulnerabilidad del consumidor frente al proveedor y el ánimo de lucro que ha motivado a Cencosud a cometer un ilícito anticompetitivo que ha perjudicado gravemente a los consumidores.

Dicho lo anterior, y para dar cuenta a SS. sobre la procedencia del daño moral en este caso, corresponde precisar ahora, cómo es que se producen las afectaciones a la integridad psíquica y dignidad de los consumidores (causales dispuesta en la LPDC para la procedencia del daño moral colectivo).

Cencosud ha causado graves perjuicios a los consumidores. Este comportamiento no sólo vulnera la LPDC y otras normas que resulten aplicables, sino que, además, contraviene la propia doctrina y jurisprudencia en la materia, produciendo una patente afectación a la integridad psíquica de los consumidores y a su dignidad, ambas causales de daño moral colectivo.

Para comprender de mejor manera cada una de estas causales, lo primero, es tener presente, que éstas exceden la clásica dimensión del *pretium doloris*, lo que ha sido entendido de esa forma por nuestra jurisprudencia. Por otro lado, de un examen jurisprudencial del daño moral en los procedimientos de consumo individual, se ha estimado su configuración a partir de cinco categorías, a saber: la molestia o malestar, sufrimiento o aflicción psicológica, dolor físico, afectación a la dignidad y a la honra; y, finalmente, la alteración de la vida normal y pérdida de tiempo.

Respecto del sufrimiento o aflicción psicológica, se dice que ésta *"corresponde a la afectación psicológica o emocional de mayor entidad, donde se reúnen variadas expresiones utilizadas en las sentencias, tales como angustia, estrés, ansiedad, temor, incertidumbre, desconfianza, frustración y pesar, entre otros. Ejemplos de las expresiones utilizadas para describir esta categoría de daño moral son las siguientes: `temor, aflicción y sufrimiento, influyó negativamente en su psiquis, afectación en lo emocional y anímico (...), natural estado de aflicción y detrimento psicológicos, consecuencial al hecho vivido´ (...)"¹⁰⁷.*

Por otro lado, y en relación a lo expuesto, se produce también una afectación a la dignidad de los usuarios. Para determinar lo anterior, existen diversos conceptos que definen la dignidad, así, por ejemplo, FUEYO la concebía como el derecho fundamental del cual derivan todos los derechos de la

¹⁰⁷ En LAZCANO, Magdalena, y TORO, Javiera. (2019). *Estudio cuantitativo de la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales por infracciones a los derechos de los consumidores*. Revista de derecho (Concepción), 87 (245), 99-131. p. 110. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-591X2019000100099>.



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

personalidad¹⁰⁸, o autores como CORRAL que conciben a la dignidad humana como la fuente de los derechos (o atributos) de la personalidad¹⁰⁹. En definitiva, puede sostenerse que para que se configure un atentado contra la dignidad de un grupo de consumidores, debiera tratarse de una infracción que constituya una ofensa a las víctimas en cuanto a su estatus como personas humanas.

Como puede apreciarse, en esta hipótesis podemos entender a la dignidad de los consumidores, como aquel valor social enmarcado en el respeto a los derechos que tienen los consumidores establecidos por la ley y su afectación por parte de un grupo económico determinado. En este sentido resulta muy relevante para la aplicación de un ilícito colusorio, ya que, se vulnera de dos formas la dignidad de las personas en cuanto a su propia posibilidad de tomar decisiones económicas. La primera, mediante la colusión propiamente tal y, la segunda, por el tipo de producto que abarcó la colusión.

Respecto al ilícito colusorio, la afectación se materializa por medio del engaño al que se ven expuestos los consumidores respecto a la conducta. Como señala DEL RÍO, *“por fraudulento debe entenderse todo procedimiento engañoso o falaz. Quedan incluidas en estos medios las maquinaciones capaces de turbar las condiciones normales de un mercado, impidiendo la regulación automática de los valores por la ley de la oferta y la demanda y obteniendo una regulación ficticia por medio de ofertas y demandas irreales”*¹¹⁰. Por ende, es esta maquinación la que incide en los precios, trayendo como consecuencia el menoscabo de los consumidores por los abusos que efectúan estos grupos económicos. En este sentido, se produce el menoscabo ya que, no es posible advertir el engaño o el efecto anticompetitivo, por cuanto los consumidores no tienen la habilidad ni idoneidad de advertir las alzas de precios constantes, no tienen la capacidad de levantar información de los precios del mercado completo, ni menos puede participar en el mercado para reducir los precios fijados por la determinación de cuotas de producción. Por el contrario, los consumidores deben limitarse a confiar sobre la diligencia y el comportamiento competitivo de los proveedores, y mantener expectativas de un buen actuar de quienes les proveen de productos. En este mismo sentido, la confianza depositada por los consumidores es dañada, puesto que, los participantes de la colusión efectúan una serie de actuaciones, no limitadas al aumento ilusorio del precio, sino que además con directa afectación a las opciones de elección de consumo de las personas. De esta forma los consumidores se ven forzados a adquirir un determinado bien que no tiene sustitutos cercanos, y a un precio desvirtuado.

El segundo elemento que impacta en la dignidad de los consumidores refiere al producto específico que fue sujeto al alza de precios producto de la colusión, en este caso la carne de pollo fresca. Este producto representa un bien de primera necesidad para la población chilena, siendo un elemento de

¹⁰⁸ FUEYO, Fernando (1990). *“Instituciones de derecho civil moderno”*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. Pág. 26.

¹⁰⁹ CORRAL, Hernán (2018). *“Curso de derecho civil. Parte general”*. Santiago: Thomson Reuters. pág. 354

¹¹⁰ DEL RÍO, Raimundo, *Derecho penal*, Santiago: Nascimento, 1935, T. III, p. 242.



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

importante consideración para determinar los índices de precios en Chile. De acuerdo a la información proporcionada por la Fiscalía Nacional Económica, la carne de pollo sería la más consumida en Chile, representando en el año 2010 aproximadamente el 39% del consumo total de carnes. Además, se trata de un bien inelástico, que no tiene sustitutos cercanos, en atención a sus componentes nutricionales y, sobre todo, su precio de venta. En razón de lo anterior, si bien existe un consumo transversal en torno a los grupos sociales económicos, es decir, todas las clases sociales consumen carne de pollo, los grupos económicos más vulnerables son los que acceden de forma más restrictiva, ya que, por el precio que tienen fijados las otras carnes, deben consumir netamente la carne de pollo.

Asimismo, académicos de la Universidad de la Frontera de Temuco, quienes realizaron un estudio en torno al consumo de carne en Chile, determinaron que la relación entre el grupo socioeconómico (GSE) del consumidor y el consumo de distintos tipos de carne estaría asociada en mayor medida al costo que tienen para las familias los distintos tipos de carnes disponibles en el mercado. En este sentido se ha comprobado que en el país la variedad aparente del consumo de proteínas aumenta a medida que mejora el nivel de ingresos. Es así, como los consumidores de los estratos medio-bajo, bajo y muy bajo (C3, D y E) presentaron menores proporciones de consumo de carne de vacuno y cordero, y a la vez mayor concentración en el consumo de la carne de pollo. Por tanto, es posible concluir que el GSE determina la variedad de carnes que se consumen en el hogar, con un predominio de pollo en los hogares de los grupos de menores ingresos¹¹¹.

En definitiva, los actos anticompetitivos han tenido un gran impacto en los consumidores, dado el mercado y el producto básico que se ha visto involucrado. La dignidad de los consumidores ha sufrido un notable menoscabo, producto del actuar de los participantes de la colusión, quienes efectuaron una serie de medidas para beneficiarse económicamente, privando transversalmente a las personas, y en forma agravada respecto de los grupos más vulnerables, ya que, estos no pudieron acceder a precios justos y eficientes. De esta manera, se ha vulnerado de forma flagrante la dignidad de los consumidores, pues se ha desconocido su capacidad como sujetos de derecho, al desvalorizar su calidad de persona, menospreciando su posición de consumidor, lo que influye directamente en la percepción que tiene respecto a su posición en el mercado y en la sociedad.

Para cerrar este acápite, conviene hacer presente a SSH. que en nuestro país el daño moral nunca ha estado sujeto a parámetros estrictos de cálculo, sino que a evaluaciones prudenciales por parte de los jueces¹¹². En este sentido,

¹¹¹ SCHNETTLET, Berta, SILVA, Roberto, y SEPÚLVEDA, Néstor, *Consumo de carne en el sur de Chile y su relación con las características sociodemográficas de los consumidores*, Revista Chilena de Nutrición Vol. 35, Suplemento N°1, noviembre 2008, pp. 262-270.

¹¹² Podría mencionarse el Baremo Jurisprudencia en materia de daño moral en sede laboral, desarrollado por la Excm. Corte Suprema con la Universidad de Concepción, el que, de todas formas, no es obligatorio.

la falta de precisión de sus contornos no es óbice para que SSH. otorgue las respectivas indemnizaciones al constatar la existencia del mismo. Igualmente, *"la noción de indemnización y su contenido en nuestro derecho son amplios, lo que permite a los tribunales contar con la flexibilidad necesaria para resolver casos complejos, como son los daños padecidos por los consumidores a consecuencia de la colusión, pudiendo dar lugar a mecanismos de reparación no tradicionales que, junto al pago de una suma de dinero, contribuyan a satisfacer los intereses de los afectados"*¹¹³.

7.4. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

La doctrina más actualizada en la materia ha sostenido que *"así, en el juicio indemnizatorio originado por la colusión basta acreditar que los respectivos perjuicios, son por una parte, fácticamente reconducibles a la ilicitud (lo que es una cuestión de hecho) y, por la otra, que se explican principalmente por la conducta del infractor, quien los debió prever como una consecuencia probable de su actuación (lo que corresponde a un juicio de valor)"*¹¹⁴.

Por su parte, ARAYA indica que para indemnizar el daño alegado en sede civil es imprescindible determinar los perjuicios sufridos. En sus palabras:

*"Distinta es esta situación inocua de los traspasos de excedentes (empobrecimiento de unos con enriquecimiento de otros), de la generación de un costo social neto, como es en el caso de las prácticas anticompetitivas, es decir, **la generación de una pérdida en la sociedad, soportada por las víctimas del monopolista, que no se traduce en un beneficio para nadie**. Este costo social se refleja en situaciones como las ya descritas y se produce, en un monopolio de oferta, por el desplazamiento de la demanda hacia productos sustitutos de inferior precio y calidad debido al precio abusivo impuesto por el monopolista. **Esto acarrea menor producción del bien monopolizado e insatisfacción de los consumidores, cuando, en situación de competencia, se habría producido**"* (énfasis añadido)¹¹⁵.

En efecto, la causalidad es el *"fundamento de la responsabilidad, porque solo se responde de los daños que se siguen como consecuencia del hecho del demandado; por otro lado, el requisito limita la responsabilidad, porque no se responde de todas las consecuencias del hecho, sino sólo de aquellas que en virtud de un juicio normativo son atribuibles al mismo"*¹¹⁶. De esta manera, se sostiene que a causa del acuerdo de fijación de precios de la carne de pollo fresca los consumidores de dichos productos sufrieron un daño.

¹¹³ HERNÁNDEZ, Gabriel y TAPIA, Mauricio, (2019) *"Colusión y Daños a consumidores"*, Thomson Reuters, 2019, p. 69.

¹¹⁴ *Ídem*, pp. 15-16.

¹¹⁵ ARAYA, Fernando. "DAÑO ANTICOMPETITIVO Y DAÑO INDEMNIZABLE: UN ENSAYO DE CONFRONTACIÓN". Revista Chilena de derecho Privado, Núm 4 (2005), Fundación Fernando Fueyo. pp. 23.

¹¹⁶ BARROS, Enrique (2020): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición) p. 394



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

En el caso particular, la causa jurídicamente relevante que liga el actuar de CENCOSUD con los perjuicios ocasionados a todos los clientes afectados, es su participación en el ilícito anticompetitivo con SMU y Walmart, consistente en el acuerdo de fijación del precio para el producto carne de pollo fresca¹¹⁷. Dicho de otra forma, la relación de causalidad entre los perjuicios que se han producido a los consumidores y el hecho imputable de la demandada, está dada por los efectos que produce en el mercado la aplicación de la regla de precio acordada por Cencosud, SMU y Walmart, de impedir la venta de artículos al público final por debajo del precio mayorista de referencia que estas tres cadenas enfrentaban.

De esta manera, como consecuencia ineludible de la fijación de precios producto del acuerdo colusorio, se producen afectaciones de varios intereses: (1) En el sobrepago pagado por los consumidores; y (2) En el haberse visto impedidos de adquirir el producto, o en hacerlo en una menor cantidad o calidad en la que hubiesen podido si el mercado hubiera funcionado competitivamente. De este modo, este acuerdo actúa como condición necesaria para la producción del daño.

Así planteadas las cosas, la causalidad, entendida como la relación de vinculación del hecho al daño, cumple todos los requisitos descritos por la doctrina, toda vez que el acuerdo colusorio es a su vez la causa directa y natural de los intereses señalados en el párrafo anterior, así como también la causa normativa o jurídica de los mismos.

En el caso de autos, por tratarse de un atentado a la libre competencia, la imputación objetiva adquiere un carácter técnico y económico. Cuestión que fue tratada con amplitud en el estudio económico presentado por GONZÁLEZ al señalar que en lo que respecta a la teoría económica la consecuencia directa de un mercado no competitivo, es el incremento de los precios que pagarán los consumidores finales. Así, en los términos de causalidad se puede señalar que el daño es directo, en base a este juicio normativo y puede ser imputado al demandado¹¹⁸. Todos estos antecedentes ya han sido desarrollados en el transcurso de esta demanda.

A mayor abundamiento, estos argumentos fueron recogidos por nuestra Excma. Corte Suprema, la cual se encargó de reconocerlo expresamente a lo largo del fallo, donde se destaca el considerando trigésimo cuarto, citado con anterioridad.

Así las cosas, conforme a lo expuesto, la sentencia individualizada y el informe económico referido, es posible concluir que en el caso de autos se

¹¹⁷ GONZÁLEZ, Aldo. Informe Compensatorio, titulado "Impactos Competitivos de Acuerdos de Precios Mínimos en la Industria de Supermercados", octubre de 2016. Acompañado en la causa Rol Nº C-304-2016, del H. Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. p.2.

¹¹⁸ BARROS, Enrique (2020): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición) p. 417.



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

comprenden ambos elementos de la causalidad -natural y normativa-. La propia teoría económica da fe de la consecuencia ineludible de un acto colusorio y de un mercado no competitivo que tuvo lugar por los actos realizados por la demandada.

En lo que a derecho corresponde, a este ilícito anticompetitivo, se arriba empleando cualquiera de las teorías que justifican la existencia de una causa atribuible al daño. Así, bajo las reglas de la teoría de la equivalencia de las condiciones¹¹⁹, si suprimimos el acuerdo de fijación del precio de la carne de pollo realizado entre Cencosud, SMU y Walmart, mediante el empleo de una "*supresión mental hipotética*", llegamos a la conclusión de que no habría daños a los consumidores -en este caso particular a los consumidores de Cencosud-, pues el mercado habría funcionado competitivamente, conforme a la oferta y demanda. Pero, como se sabe, la aplicación de la *condictio sine qua non* nos puede llevar a resultados insólitos, pues en algunos casos podría haber un *regresus ad infinitum*¹²⁰.

Por otra parte, si se emplea la teoría de la causa adecuada, la razón -o causa adecuada- que justificaría la presencia de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales producidos, y los demás que se señalan, es justamente la participación de Cencosud en el acuerdo de fijación de precios. De esta forma, la práctica dolosa y anticompetitiva de Cencosud, constituye la causa idónea que por sí misma generó el resultado dañoso. Así, no cabe duda, que, si Cencosud y las demás implicadas no se hubieran coludido, no existirían los daños que se reclaman.

Incluso, desde la óptica de la imputación objetiva¹²¹, el criterio del riesgo creado explicaría que estos daños deberán resarcirse por la demandada (en la proporción que corresponda), ya que ha provocado con su intervención causal en el mercado, que miles de consumidores vean afectado su patrimonio al pagar de más por la carne de pollo fresca, adquirir productos de menor calidad, o al afectarse otros intereses, como al no poder comprar el producto o hacerlo en menor cantidad de la que hubiese podido hacerlo en un mercado competitivo.

Expuesto lo anterior, se puede decir que el elemento normativo de la causalidad también se encuentra satisfecho, dado que se trata de daños directos, y provenientes del hecho colusorio descrito latamente en esta presentación. Como se expuso, los perjuicios provocados a los consumidores en este caso son una consecuencia necesaria de la regla establecida por los integrantes del cartel. En todo mercado, siempre habrá un grupo de consumidores que soportará un alza determinada de precios, pagando uno mayor, y siempre habrá otro grupo que, por preferencia o necesidad, no podrá comprar al nuevo nivel de precios, o lo hará en menos cantidad o calidad.

¹¹⁹ *Ídem*. p. 394.

¹²⁰ CORRAL, Hernán (2004): "*Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*" (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, primera edición) p. 185.

¹²¹ RODRÍGUEZ, Pablo (2020): "*Responsabilidad Extracontractual*" (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición) pp. 383.



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

A este respecto, ARAYA ha escrito que *"la historia fidedigna de la disposición nacional estudiada, a pesar de su tenor literal, permite pensar que **las funciones punitiva y de prevención de infracciones a la libre competencia, fueron también tenidas en cuenta por el legislador como integrantes de la acción 'de indemnización' que se incorporaba al texto,** toda vez que de acuerdo con la cita ya efectuada 'el ejercicio de las sanciones indemnizatorias [...] cierran el círculo de protección de la libre competencia', es decir, se indemniza también para prevenir que se atente en contra de la libre competencia en el futuro, para protegerla y, además, para castigar al infractor. (...) El definir la función que recae sobre el mecanismo de la responsabilidad civil derivada de una infracción al estatuto de la libre competencia en nuestro medio es de la más alta importancia, toda vez **que traerá consecuencias en el juicio respectivo como lo es, por ejemplo, el rigor con que el juez deberá ponderar la prueba existente en relación con el daño que se dice sufrido.** En efecto, un único rol compensatorio debiera obligar al juez a ser muy estricto en relación con la prueba y evaluación del daño que se invoca. **La función pública de la acción de responsabilidad civil debiera permitirle aligerar el rigor"** (énfasis añadido)¹²².*

De esta manera, y en consideración a la especial dificultad que presenta la prueba de la causalidad, es que se ha sostenido que en materia de atentados de libre competencia debe -necesariamente- acudir a los antecedentes que descansan en el proceso seguido ante el TDLC en que se haya declarado la existencia de un actuar atentatorio contra la libre competencia.

Ahora bien, para el caso de los daños difusos, en derecho comparado se ha recurrido al criterio de asignar los daños de conformidad a la participación de mercado de los agentes involucrados en el ilícito, ya que se ha comprendido y reconocido la dificultad de asignar valores a la construcción del escenario contrafactual. Esta variante se encuentra categorizada entre las metodologías de cálculo para la estimación del daño en los casos de concertación de precios, denominada "Métodos de mercados estructurales"¹²³.

Tal metodología ha sido recogida también por la Comisión Europea, utilizando otra denominación, en diversos documentos de trabajo relativos a

¹²² ARAYA, Fernando. "DAÑO ANTICOMPETITIVO Y DAÑO INDEMNIZABLE: UN ENSAYO DE CONFRONTACIÓN". Revista Chilena de derecho Privado, Núm 4 (2005), Fundación Fernando Fueyo. pp. 19.

¹²³ Medrano, G. L., & Román, P. A. (2020). La cuantificación del daño en casos de concertación de precios. Derecho & Sociedad, 2(54), p. 141: "(...) *Los modelos estructurales, basados en teoría de organización industrial, suelen ser utilizados cuando la información disponible del negocio es limitada (registro de precios, períodos cortos de data, ausencia de datos financieros confiables, etc.), pero se tiene una idea clara de la estructura del mercado.*

De esta forma, es posible modelar (determinar las características) el mercado que está siendo analizado y estimar variables relevantes como precios, volúmenes y ganancias. Al igual que los otros métodos, se construye un escenario contrafactual para determinar el sobreprecio producto de una práctica anticompetitiva.

La construcción del escenario contrafactual se puede realizar ya sea a través del cambio de una variable dentro de un modelo determinado o establecer un modelo contrafactual distinto al modelo que se determina para el periodo de concertación."

incumplimientos al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) que regula el actuar de las empresas, en temas de libre competencia del mercado entre los Estados miembros. En particular, la “Guía Práctica Cuantificar el perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del TFUE que acompaña a la Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los artículos 101 o 102 del TFUE, SWD(2013) 205, 11 Junio de 2013)”¹²⁴, aborda la temática en los siguientes párrafos:

“II. PLANTEAMIENTO GENERAL PARA LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO EN ASUNTOS DE COMPETENCIA (...)

12. La cuestión clave en la cuantificación de daños y perjuicios por infracciones contrarias a la competencia es, por tanto, determinar qué habría ocurrido probablemente sin la infracción. Esta situación hipotética no puede observarse directamente y, por lo tanto, es necesario algún tipo de estimación para construir un escenario de referencia con el que comparar la situación real. A este escenario de referencia se lo denomina «escenario sin infracción» o «hipótesis de contraste».

“III. MODELOS DE SIMULACIÓN, ANÁLISIS BASADO EN LOS COSTES Y FINANCIERO Y OTROS MÉTODOS

96. Además de los métodos comparativos, hay otros métodos para establecer una estimación para la situación hipotética de no infracción. Entre estos métodos están, en concreto, la simulación de los resultados del mercado basada en modelos económicos (A), y el planteamiento para estimar un probable escenario sin infracción sobre la base de costes de producción y un margen de beneficios razonable (B).

A. Métodos de simulación

97. Los métodos de simulación utilizan modelos económicos de comportamiento del mercado. Estudios económicos de cómo funcionan los mercados y como compiten las empresas entre sí han demostrado que los mercados con determinadas características podrían permitir predecir los resultados probables de la interacción del mercado, por ejemplo, los precios o niveles de producción o márgenes de beneficios probables. La rama de la economía conocida como organización industrial (economía industrial) ha desarrollado modelos de competencia para diversos tipos de mercados que pueden simular dichos resultados. Estos modelos van desde modelos monopolistas a, en el otro extremo del espectro, modelos de competencia perfecta.”

¹²⁴ Comisión Europea, DG Competencia. Disponible en: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_es.pdf



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

Finalmente, en relación a los perjuicios que se solicita indemnizar en el petitorio de esta presentación, hacemos presente que, según lo establece el artículo 51 N° 2 de la LPDC, al SERNAC le basta señalar el daño sufrido por los consumidores y solicitar la indemnización que el juez determine conforme al mérito del proceso, indemnización que debe ser la misma para todos los consumidores que se encuentren en igual situación.

Específicamente, dicha norma señala que:

"Sin perjuicio de los requisitos generales de la demanda, en lo que respecta a las peticiones relativas a perjuicios, bastará señalar el daño sufrido y solicitar la indemnización que el juez determine, conforme al mérito del proceso, la que deberá ser la misma para todos los consumidores que se encuentren en igual situación".

Para efectos de lo anterior, el juez puede determinar en la sentencia definitiva, los grupos y subgrupos de consumidores que se encuentran afectados por las conductas demandadas, calculando y decretando las indemnizaciones o reparaciones que procedan en razón de los perjuicios ocasionados a cada cual.

En definitiva, y como se ha expuesto con anterioridad, la única causa jurídicamente relevante conforme a cualquiera de las teorías más aceptadas en nuestro país, ya sea por la doctrina o la jurisprudencia, nos lleva a la conclusión de que los daños producidos a los consumidores, provienen de la fijación del precio de la carne de pollo fresca en que participó Cencosud. En consecuencia, se dan todos los elementos de la responsabilidad civil para condenar a Cencosud a indemnizar a los consumidores afectados por el ilícito anticompetitivo descrito, tanto aquellos que pagaron el sobreprecio del producto como aquellos que no pudieron hacerlo o lo hicieron en menor medida de lo que estimaban.

POR TANTO, en mérito de lo expuesto, y lo dispuesto en artículo 30 del DL N° 211, que Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia, artículos 3, 4, 24, 25, 27, 50, 51, 53 C y siguientes de la Ley N° 19.496, y demás disposiciones legales aplicables;

SOLICITAMOS AL H. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: Se sirva tener por interpuesta demanda para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores en contra del proveedor **Cencosud S.A.**, representado legalmente por don Matías Videla Solá, ya individualizados, o bien, representada en conformidad a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 50 C, en relación al artículo 50 D, ambos de la Ley N° 19.496, sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, admitirla a tramitación y, en definitiva:

1. Declarar admisible la demanda colectiva, por cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 52 de la Ley N° 19.496 y, en consecuencia, conferirle traslado a la demandada por el plazo de diez días fatales para contestar la demanda, conforme a lo dispuesto en el inciso

- segundo del citado artículo.
2. Condenar a la demandada a pagar todos los daños y perjuicios patrimoniales y morales causados a los consumidores por afectación del interés colectivo y difuso, como consecuencia de los hechos expuestos en esta demanda.
 3. Condenar al proveedor demandado al pago de cualquier otra reparación o indemnización que resulte procedente, por las reglas generales, con ocasión de los perjuicios causados a los consumidores por las conductas e incumplimientos en los que ha incurrido el proveedor demandado según lo expuesto en el cuerpo de esta presentación.
 4. Determinar en la sentencia definitiva, y para los efectos señalados en los números anteriores, los grupos y subgrupos de consumidores que fueron afectados por la demandada.
 5. En cuanto al interés colectivo, ordenar que las restituciones, prestaciones, indemnizaciones y/o reparaciones se efectúen sin requerir la comparecencia de los consumidores afectados, según lo autoriza el inciso segundo del artículo 53 C, considerando que la demandada cuenta con la información necesaria para individualizarlos, debiendo la sentencia establecer un conjunto mínimo de acciones destinadas a informar a quienes resulten alcanzados por ella las acreencias que tienen a su favor, facilitar su cobro y, en definitiva, conseguir la entrega efectiva del monto correspondiente a cada consumidor, imponiendo a la demandada, en caso de estimarlo necesario, la carga de mandar a un tercero independiente para la ejecución de dichas acciones, dentro de un determinado plazo, todo a su costa. Respecto del interés difuso, considerando la dificultad para su determinación, que se ordene a la demandada a establecer un conjunto mínimo de acciones que permitan informar a los consumidores integrantes de este grupo y les permitan acceder a la reparación de manera rápida, adecuada y eficiente, todo a su costa, teniendo como base los elementos expuestos en la Circular sobre mecanismos alternativos de distribución de indemnizaciones, reparaciones, devoluciones y compensaciones por afectaciones a los intereses colectivos y difusos, contenida en la Resolución Exenta N° 758, dictada el 6 de noviembre de 2020 por este Servicio.
 6. Ordenar que las restituciones e indemnizaciones a las que dé lugar, sean enteradas con la aplicación de los respectivos reajustes en la forma contemplada en el artículo 27 de la LPDC, más intereses corrientes desde la notificación de la demanda, según las disposiciones legales generales.
 7. Ordenar las publicaciones indicadas en la letra e) del artículo 53 C de la Ley N° 19.496.
 8. Condenar a la demandada al pago de las costas de la causa.

PRIMER OTROSÍ: A SS. pedimos tener por acompañados, con citación, los siguientes documentos:



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

1. Resolución Exenta N° 875, de fecha 7 de noviembre de 2019, que da inicio al Procedimiento Voluntario Colectivo con Cencosud S.A. y otras.
2. Resolución Exenta N° 99, de fecha 7 de febrero de 2020, que establece la prórroga del Procedimiento Voluntario Colectivo con Cencosud S.A. y otras.
3. Resolución Exenta N° 401, de fecha 12 de mayo de 2020, que establece medida provisional en Procedimiento Voluntario Colectivo con Cencosud S.A. y otras.
4. Resolución Exenta N° 831, de fecha 16 de diciembre de 2020, que pone término al Procedimiento Voluntario Colectivo con Cencosud S.A. y otras compañías.
5. Correo electrónico de fecha 16 de diciembre de 2020, asunto "*Notifica resolución que indica*", a través del cual se notifica la resolución exenta señalada en el numeral anterior, conforme lo previsto en el artículo 54 R de la Ley 19.496.
6. Resolución Exenta N° 758, de fecha 6 de noviembre de 2020, que aprueba Circular Interpretativa sobre mecanismos alternativos de distribución de indemnizaciones, reparaciones, devoluciones y compensaciones por afectaciones a los intereses colectivos y difusos.

SEGUNDO OTROSÍ: Sírvase S.S. tener presente que, en la oportunidad procesal correspondiente, esta parte se valdrá de todos los medios de prueba que contempla la ley, según las normas legales vigentes.

TERCER OTROSÍ: Se solicita a US. tener presente que, en virtud del artículo 51 inciso final de la LPDC, el proveedor demandado está obligado a entregar al tribunal todos los instrumentos que ordene, de oficio o a petición de parte, siempre que tales instrumentos obren o deban obrar en su poder y que tengan relación directa con la cuestión debatida. En caso de que el proveedor se negare a entregar tales instrumentos y el tribunal estimare infundada la negativa por haberse aportado pruebas acerca de su existencia o por ser injustificadas las razones dadas, el juez podrá tener por probado lo alegado por la parte contraria respecto del contenido de tales instrumentos.

CUARTO OTROSÍ: De conformidad con lo prescrito en los incisos tercero y cuarto del Acuerdo Undécimo del Auto Acordado N° 19/2019 sobre Tramitación Electrónica de los Procesos, en concordancia con lo señalado en la letra c) del artículo 2 de la Ley N° 20.886, solicitamos al H. Tribunal tenga a bien disponer la reserva de esta presentación y la resolución que la provea, con el fin de resguardar su eficacia, restringiendo su acceso únicamente a este Servicio mientras no haya sido notificada la demandada.

El fundamento de esta solicitud radica en evitar que la demandada pueda realizar alguna conducta tendiente a eludir o evitar la notificación de la demanda interpuesta en su contra. Lo anterior adquiere mayor sentido si consideramos que a nivel nacional se ha prorrogado el Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe, de conformidad al Decreto N° 646, de 9 de diciembre de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, el cual permite adoptar medidas que



Servicio Nacional del Consumidor

Ministerio de Economía,
Fomento y Turismo

limiten el tránsito o locomoción de personas, lo que puede dificultar el trabajo de los receptores en la notificación del presente libelo.

QUINTO OTROSÍ: Hacemos presente a SS. que, en virtud del artículo 59 de la Ley 19.496, la calidad de Director Nacional de don Lucas Del Villar Montt para representar legalmente al Servicio Nacional del Consumidor, consta en decreto de nombramiento N° 90 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, del 23 de abril de 2018, cuya copia se acompaña, con citación. Asimismo, las facultades para representar convencionalmente al Servicio Nacional del Consumidor, de los abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, don Alfredo Calvo Carvajal, y doña Daniela Molina Zapata, constan en escritura pública de mandato judicial otorgada con fecha 14 de octubre de 2019 por don Lucas Del Villar Montt, en su calidad de Director Nacional del Servicio Nacional del Consumidor, cuya copia se acompaña, con citación.

SEXTO OTROSÍ: Que, en nuestra calidad de abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, asumimos personalmente el patrocinio y poder de la presente gestión, pudiendo actuar conjunta, separadamente e indistintamente en la tramitación de esta causa, firmando todos el presente escrito en señal de aceptación.

Lucas
Ignacio Del
Villar Montt

Firmado
digitalmente por
Lucas Ignacio Del
Villar Montt
Fecha: 2020.12.18
14:21:07 -03'00'

Alfredo
Patricio
Calvo
Carvajal

Firmado
digitalmente por
Alfredo Patricio
Calvo Carvajal
Fecha: 2020.12.18
14:23:36 -03'00'