

BOLETÍN ESPECIAL



**LEY DE FORTALECIMIENTO AL SERNAC: CAMBIOS,  
PREGUNTAS Y DESAFÍOS  
A TRES MESES DE SU ENTRADA EN VIGENCIA**

DIRECTORES

Juan Ignacio Contardo González y Claudio Fuentes Maureira

COORDINADORA

Fernanda Domínguez Riffo

AUTORES

Maite Aguirrezabal Grünstein | Andrés Celedón Baeza | Juan Ignacio Contardo González

Jaime Carrasco Poblete | Carolina Durán Nicomán | Felipe Fernández Ortega

María José Martabit Sagredo | Aldo Molinari Valdés | Stella Muñoz Schiattino

ACADEMIA DE DERECHO Y CONSUMO | FUNDACIÓN FERNANDO FUEYO LANERI

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

Por María José Martabit Sagredo<sup>2</sup> y Aldo Molinari Valdés<sup>3</sup>

## I. Introducción

El 13 de septiembre de 2018 se publicó la Ley N° 21.081 en el Diario Oficial, la que incorpora importantes modificaciones a la actual Ley N° 19.496<sup>4</sup>. Una de las modificaciones más “novedosas” de esta reforma, no sólo en el marco normativo del derecho del consumo, sino que para nuestro ordenamiento jurídico en general, es la posibilidad de demandar indemnización del daño moral en el procedimiento para la protección del interés colectivo de los consumidores.

Se trata de un tema no exento de polémicas y cuyo único antecedente en nuestro país, se encontraba limitado a demandas colectivas en juicios por daños en la calidad de la construcción, con la clara diferencia de que bajo tal normativa, el daño moral debe ser determinado individualmente, en un juicio diverso, por cada uno de los demandantes<sup>5</sup>. Así, el modelo que adopta la reforma no sólo sienta un precedente desconocido hasta ahora en nuestra legislación, generando, por lo mismo, severos cuestionamientos sobre su procedencia, naturaleza, determinación y evaluación, en los términos que se pretende.

En efecto, el problema más grave que provoca el modelo adoptado por la Ley N° 21.081, en cuanto a la posibilidad de establecer una condena por daño moral en demandas colectivas, es que dicha determinación contraría la esencia personalísima y subjetiva que los tribunales y la doctrina le han reconocido al daño moral, conceptualizándolo como “la lesión de un interés extrapatrimonial, personalísimo, que forma parte de la integridad espiritual de una persona, y que se produce por efecto de la infracción o desconocimiento de un derecho, cuando el acto infraccional se expande a la esfera interna de la víctima o de las personas ligadas a ella”<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Agradecemos especialmente a Kureusa Hara y Eduardo Reveco, por su colaboración en este trabajo.

<sup>2</sup> Asociada senior de Carey. Profesora de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

<sup>3</sup> Socio de Carey. Profesor de la Universidad de Chile.

<sup>4</sup> Ley N° 19.496, de 1997, sobre protección de los derechos de los consumidores. En adelante “LPDC”.

<sup>5</sup> Ley N° 20.443 que aplica procedimiento de demandas colectivas a juicios por daños o perjuicios en la calidad de las construcciones, D.O. de fecha 23 de noviembre de 2010.

<sup>6</sup> Rodríguez Grez, Pablo. “*Responsabilidad Extracontractual*”, p. 308.

## II. La incorporación del daño moral colectivo en la nueva ley: críticas y desafíos

La actual legislación de consumo sólo hace procedente la reparación del daño moral de forma individual, excluyendo expresamente su procedencia en las acciones colectivas, atendiendo al carácter *intuitio personae* del daño moral sufrido. Tal como consta en la historia fidedigna de la reforma, el legislador estimó que las herramientas de la normativa actual no eran suficientes para reparar íntegramente los daños causados a los consumidores, resultando necesario eliminar la restricción del artículo 51, número 2 LPDC.<sup>7</sup> Así lo comentó el Ministro de Economía Luis Céspedes: “la 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”<sup>8</sup>.

Con la modificación del artículo 51 número 2 esta limitante desaparece, señalándose expresamente que “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” (para cuya determinación), “el juez podrá establecer un monto mínimo común”, a través de un peritaje. Dejando a salvo las acciones de “aquellos consumidores que consideren que su afectación supera dicho monto mínimo (pudiendo perseguir la diferencia en un juicio posterior (...))”.

En nuestra opinión, la aplicación del artículo en comento implicará grandes desafíos en materia de daño moral colectivo para los tribunales de justicia y todos los actores del mercado del consumo, los que se analizan a continuación:

En primer lugar, cabe señalar que las complicaciones propias de indemnizar este tipo de daño, nacen de la contradicción que se produce al pretender hacer colectivo un daño subjetivo y personalísimo. Tal contradicción quedó reflejada durante la tramitación de la ley en el Congreso, donde el Senador Allamand señaló que “todos los tratadistas, sin excepción, señalan que el daño moral es *intuitio personae*. Dos individuos pueden haber sufrido el mismo

---

<sup>7</sup> Historia de la Ley N° 21.081, Mensaje del 2 de junio de 2014, “5. Reparación íntegra de los daños causados a los consumidores”.

<sup>8</sup> Historia de la Ley N° 21.081, Mensaje del 2 de junio de 2014, “Primer Trámite Constitucional, Informe Comisión De Economía”.

hecho, pero eso no significa que el daño moral sea simétrico o idéntico en ambos casos”, siendo ésta, además, la razón por la que se habría decidido no incluir la posibilidad de indemnizar este tipo de daño en el proyecto original<sup>9</sup>. De esta forma, y a la luz de la incompatibilidad propia de la naturaleza jurídica de ambas instituciones –daño moral y acciones colectivas–, es que la incorporación de este daño al procedimiento para la protección del interés colectivo, resulta criticable pues la extensión de la reparación del daño moral a una colectividad se opone completamente a su esencia subjetiva y personalísima<sup>10</sup> y no colectiva.

Adicionalmente, si profundizamos en la verdadera naturaleza jurídica del daño moral colectivo, vemos que tal como ha señalado la doctrina, la norma en comento tiene más bien una naturaleza punitiva. En efecto, entender el daño moral colectivo como un daño punitivo sería “la solución más sincera con la finalidad perseguida, (ya que) permite corregir la dificultad que en estos casos trae consigo el esfuerzo aplicativo del daño moral y evita además la doble punición, en los hechos que la aceptación de ambas categorías podría producir”<sup>11</sup>. En este sentido, la finalidad del daño punitivo es sancionar, mientras que la finalidad del daño moral colectivo debería ser reparar el daño causado. Así, diferenciando ambas categorías se evitaría una doble sanción por un mismo hecho, lo que se prohíbe expresamente en nuestra legislación en virtud del principio constitucional del *non bis in idem*.

A idéntica conclusión arribó el Senador Moreira durante la tramitación de la ley al señalar que: “si se aprueba la indicación planteada, se estaría más bien aplicando dos veces una indemnización punitiva por el mismo hecho. El perjuicio por daño moral es distinto en

---

<sup>9</sup> Historia de la Ley N° 21.081. Segundo trámite constitucional: Senado. Discusión en Sala.

<sup>10</sup> Historia de la Ley N° 21.081. Primer Trámite Constitucional. Discusión en Sala.

Diputada Hernando: “Asimismo, en materia de demandas colectivas, la ley prohíbe la indemnización por daño moral, impidiendo con ello la total indemnidad de las víctimas. El proyecto de ley en discusión propone un fortalecimiento institucional a fin de brindar una protección eficaz, eficiente y oportuna de los derechos de los consumidores.”

<sup>11</sup> Molinari Valdés, Aldo, “Improcedencia del daño moral como categoría compensatoria de la afectación al interés colectivo frente al reconocimiento del daño punitivo”, en Estudios de Derecho Civil XIII, C. Bahamondes, L. Etcheberry y C. Pizarro (editores), Thomson Reuters, Santiago, 2018, página 525.

cada individuo y no se puede crear una norma general, porque la indemnización pasaría a ser una multa adicional. El daño moral es subjetivo”<sup>12</sup>.

Por otra parte, el artículo 53 C LPDC refuerza la naturaleza punitiva del daño moral al señalar que “en aquellos casos en que concurran las circunstancias a que se refiere el inciso quinto del artículo 24, el tribunal podrá aumentar en el 25% el monto de la indemnización correspondiente”. Atendiendo al hecho de que una de las agravantes es haber dañado la integridad física o psíquica de los consumidores, o su dignidad de forma grave, y a que la indemnización del daño moral procede efectivamente cuando alguno de los mencionados aspectos haya sido afectado, se deriva que su consagración está dotada de un innegable contenido punitivo, interpretación del daño moral que pone en tela de juicio todo el sistema de reparación integral de los daños.

En base a este principio de reparación integral del daño, fundamento esgrimido en la historia de la ley para extender la reparación del daño moral a las acciones colectivas, cabe preguntarse si en la práctica es posible dar un efectivo cumplimiento a este principio con la redacción actual de la norma, que regirá a partir del 14 de marzo del año 2019. Debido a que la indemnización de este daño se hará efectiva mediante la determinación judicial de un monto mínimo común por el juez, que corresponda a la afectación mínima sufrida por todos los consumidores, pareciera discutible que este mecanismo permita una reparación completa al daño sufrido por cada uno de los consumidores afectados. Al contrario, la fijación de “estándares” y “mínimos comunes” de reparación que agrupan consumidores para nivelar sus perjuicios, son completamente opuestos a la subjetividad moral del daño, más aun cuando no hay certeza respecto de los baremos y límites para determinar dicho estándar. En concreto, el problema fundamental que representa la reparación por medio de montos mínimos comunes, es que en la práctica se “infravalorará” o “sobrevalorará” el perjuicio sufrido por los consumidores, desatendiendo los intereses subjetivos y particulares de cada afectado.

---

<sup>12</sup> Historia de la Ley N° 21.081. Segundo trámite constitucional: Senado. Primer Informe de la Comisión de Economía.

A simple vista, parece ser que el legislador, en un intento desesperado por colectivizar el daño moral, permite que el juez fije o que el proveedor proponga un monto mínimo común de indemnización para todos los consumidores afectados, desconociendo en absoluto que el daño moral sufrido por un grupo de consumidores no es el mismo, socavando con ello los fundamentos básicos de la reparación integral.

En consecuencia, aun cuando se intente superar la determinación de este daño moral colectivo, mediante la formación de grupos y/o sub-grupos o categorías dentro de la colectividad afectada, las deficiencias legislativas que conlleva incorporación del daño moral colectivo podrían transgredir abiertamente los principios rectores de nuestro derecho y las garantías constitucionales. De esta forma, se podría entorpecer aún más la litigación de los juicios colectivos, fomentándose una “industria del litigio” con la proliferación de acciones ante el Tribunal Constitucional.

### III. Conclusiones

Del análisis realizado, es posible concluir que a través de la indemnización del daño moral colectivo se pretende estandarizar u objetivar la lesión a un interés de carácter fundamentalmente subjetivo, propio de la personalidad del individuo que lo sufre, desconociéndose la esencia del daño moral y otorgándole una naturaleza más bien punitiva que no se es compatible con el sistema de multas de la normativa de consumo<sup>13</sup>.

*Ad portas* de la entrada en vigencia de la Ley N° 21.081, desde ya cabe preguntarse cómo el juez resolverá y fijará la indemnización del daño moral para un amplio grupo de consumidores, a través de herramientas como la fijación de estándares de indemnización y montos mínimos comunes que son insuficientes para cumplir con el principio y derecho de reparación integral del daño que la ley otorga a los consumidores.

---

<sup>13</sup> Barros Bourie, Enrique, “*Tratado de responsabilidad extracontractual*”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, pp. 240-241. El Profesor señala que “la reparación civil no es una sanción que tienda a un fin represivo o disuasivo, sino a reparar el daño sufrido por el demandante”.