

INFORME DE LA COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, LEGISLACIÓN Y JUSTICIA RECAÍDO EN EL PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA LEY N° 19.496, CON EL OBJETO DE PERMITIR LA SOLICITUD DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑO MORAL EN LAS DEMANDAS COLECTIVAS.

BOLETIN N° 6904-03

HONORABLE CÁMARA:

La Comisión de Constitución, Legislación y Justicia viene en informar, en primer trámite constitucional, el proyecto de la referencia, originado en una moción de los Diputados señora Carolina Goic Boroevic y señores Fuad Chahin Valenzuela, Sergio Ojeda Uribe, Matías Walker Prieto, René Saffirio Espinoza y Víctor Torres Jeldes.

La Comisión conoce de esta iniciativa en virtud del acuerdo adoptado por la Corporación con fecha 3 de agosto de 2010, por el cual se le concedió un plazo de dos semanas para informarla luego de evacuado el segundo informe reglamentario por la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo. Posteriormente, con fecha 12 de julio recién pasado, se acordó un nuevo plazo de dos semanas a la Comisión para emitir su informe.

Para el despacho de esta iniciativa, la Comisión contó con la colaboración de doña Ximena Castillo Faura, Jefa de la División Jurídica del Servicio Nacional del Consumidor; don Alejandro Arriagada Ríos, abogado asesor del Ministerio de Economía; don Jorge Vial Álamos, profesor de Derecho Procesal en la Universidad Católica de Chile; doña Carmen Domínguez Hidalgo, profesora de Derecho Civil en la misma Universidad; don Juan Pablo Lorenzini Paci, abogado, y don Héctor Mery Romero, Director de la Fundación Jaime Guzmán.

I.- IDEAS MATRICES O FUNDAMENTALES.

La idea central del proyecto tiene por objeto modificar la ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, a fin de permitir solicitar la indemnización del daño moral sufrido por el consumidor en las acciones colectivas por indemnización de perjuicios patrimoniales.

Con tal finalidad introduce modificaciones en la ley N° 19.496 para:

a.- permitir que las indemnizaciones de perjuicios que se determinen en las demandas colectivas, se extiendan también al daño moral sufrido por el actor.

b.- facultar al juez para que en estos juicios indemnizatorios forme grupos y subgrupos atendiendo a las características comunes de los consumidores, a fin de determinar el daño moral.

c.- permitir al juez abrir en estos litigios un término probatorio, no superior a veinte días, para los efectos de que se alleguen al proceso antecedentes de hecho necesarios para la determinación del daño, tanto patrimonial como moral.

d.- facultar al juez para que cuando señale en su sentencia que determinados consumidores o categorías de consumidores, tienen derecho a recibir indemnización por daño moral, pueda siempre conceder esta indemnización en un monto equivalente a la del daño patrimonial, salvo que estimare haber fundamento para conceder un monto superior.

e.- disponer que sólo por razones fundadas, de las que dejará constancia en la sentencia, podrá el juez declarar que no obstante ser procedente la indemnización por daño patrimonial, no lo es por el daño moral.

f.- establecer que para la determinación de la procedencia o la cuantía de la indemnización por el daño moral, el juez deberá aplicar las reglas de la sana crítica.

II.- CONSTANCIAS REGLAMENTARIAS.

Para los efectos de lo establecido en los números 2º, 4º y 7º del artículo 287 del Reglamento de la Corporación, la Comisión dejó constancia de lo siguiente:

1.- Que ninguna de las modificaciones que introduce el artículo único requiere de un quórum especial de aprobación.

2.- Que las disposiciones del proyecto no son de la competencia de la Comisión de Hacienda.

3.- Que se rechazó el artículo único en su totalidad.

III.- DIPUTADO INFORMANTE.

Se designó Diputado Informante al señor Matías Walker Prieto.

IV.- ANTECEDENTES.

Los patrocinantes de la moción exaltan la necesidad de fortalecer el funcionamiento de la economía, para lo cual estiman indispensable la protección de los consumidores como condición para que el mercado funcione bien. No obstante, señalan que esta circunstancia no siempre es comprendida, como lo demuestra el hecho de que empresas que se encuentran en una posición dominante en la relación de consumo, no se esfuerzan lo necesario para la entrega de un servicio o producto de la calidad esperada y pactada. Citan al efecto los deterioros producidos en las viviendas con ocasión del terremoto de febrero de 2010, la

lenta reparación y provisión de algunos servicios como el eléctrico y la telefonía celular, todo lo cual haría indispensable contemplar la posibilidad de los usuarios de accionar por sus derechos conculcados.

Agregan que en tal sentido, la Ley de Protección de los Derechos del Consumidor no solamente brinda apoyo a éstos desde el punto de vista del daño material que sufren, sino también de los eventuales daños morales que pueden afectarlos, como expresamente lo consagra su artículo 3°, sin perjuicio, además, de la garantía constitucional establecida en el N° 1 del artículo 19 de la Carta Política, el que asegura el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

A continuación definen el daño moral como todo menoscabo o detrimento de un bien no patrimonial en cuanto afecta la integridad psíquica del individuo, señalando como ejemplos de este tipo de daño la alteración en la tranquilidad de espíritu, las molestias personales, la inversión de tiempo en la solución de un problema, etc.

Explican que este concepto se fundamentaría en el sufrimiento, en el trastorno psicológico, en la afectación espiritual de la persona, agregando que parte de la doctrina no asigna consecuencia pecuniaria alguna a este tipo de daño al que considera agotado en el ámbito de la personalidad, pero otra parte de ella distingue entre daño moral puro y daño moral con consecuencias patrimoniales, el que da lugar a la indemnización en la medida que se acredite.

Señalan que el daño moral, que viene a ser el detrimento que experimenta una persona en su honor, su reputación, su integridad física o psicológica, sus afectos, su estabilidad y unidad familiar, y, en general sus atributos o cualidades morales, está contemplado como causante de indemnización en la ley N° 19.496, pero el artículo 51 N° 2 de esa misma ley, impide que las indemnizaciones que se determinen en el procedimiento iniciado por demandas colectivas, se extiendan al daño moral sufrido por el actor.

Agregan que las demandas colectivas que, de acuerdo a esta ley, pueden iniciarse por el Servicio Nacional del Consumidor, las asociaciones de consumidores establecidas o por cincuenta o más consumidores afectados, persiguen que materias de interés difuso o colectivo que afectan a un conjunto de consumidores, sean discutidas en un solo procedimiento ante un juez civil, siendo una de sus particularidades que la sentencia opera bajo el principio de “ erga omnes”, es decir, afecta a todos a quienes se encuentren en la misma situación, aun cuando no hayan sido parte en el juicio.

Recuerdan que este tipo de acción ya era conocida en el Derecho Romano mediante el ejercicio de acciones que cautelaban intereses supraindividuales y, en el derecho comparado, existen en la legislación norteamericana, las llamadas “acciones de clase” que

agrupan o representan judicialmente a un conjunto de personas unidas por situaciones de hecho o de derecho similares, que persiguen una reparación económica por un daño sufrido o, en menor medida, una determinada declaración de un tribunal.

Consideran indispensable que se pueda obtener la indemnización del daño moral por la vía de las acciones colectivas, por cuanto los productos y servicios defectuosos ocasionan perjuicios no sólo de naturaleza material sino también moral, por lo que restringir la obtención de indemnización por estos últimos tratándose de acciones colectivas, truncaría los derechos de los consumidores organizados.

Añaden que al estudiarse las modificaciones a la ley N° 19.496 o Ley del Consumidor, que dio origen a la ley N° 19.955, no se hizo distinción alguna en el correspondiente Mensaje acerca de la forma de perseguir la indemnización del daño moral, es decir, por medio de acciones individuales o colectivas, modificación que se hizo posteriormente en el segundo trámite constitucional, en virtud de una indicación senatorial y de la cual no hay constancia de sus fundamentos en la historia de esta ley.

Creen, finalmente, que la premura en despachar la iniciativa, llevó a evitar el trámite de la comisión mixta, en la que podría haberse superado este problema.

V.- INTERVENCIONES RECIBIDAS POR LA COMISIÓN.

1.- Doña Ximena Castillo Faura, Jefa de la División Jurídica del Servicio Nacional del Consumidor, señaló que el proyecto trataba un punto respecto del que existía un vacío en lo que se refiere a la protección del consumidor, relacionado precisamente con la protección de los intereses colectivos. Agregó que actualmente no existe la posibilidad de solicitar indemnización del daño moral ni menos de rendir prueba sobre la materia en un juicio colectivo, por lo que a los consumidores no les queda otra posibilidad que obtener una sentencia firme que declare la existencia del daño patrimonial para luego intentar las acciones para el resarcimiento del daño moral.

Hizo presente que para el Servicio la iniciativa parecía positiva, toda vez que tendía a mejorar la protección de los consumidores, pero, en todo caso, pensaba que debía efectuarse un análisis más profundo de sus disposiciones por cuanto el daño moral es un perjuicio muy personal y al demandar su resarcimiento en forma colectiva, puede significar que las víctimas reciban una reparación menor a la que correspondería, o bien, mayor.

Señaló que la facultad que se entrega al juez para la formación de grupos y subgrupos atendiendo a las características comunes de los consumidores demandantes, permite establecer parámetros para resolver la controversia, pero como el proyecto propone modificaciones

para la producción de la prueba, creía conveniente tener a la vista el proyecto de ley que modifica las normas sobre juicios colectivos.

2.- Don Jorge Vial Álamos, profesor de Derecho Procesal en la Universidad Católica de Chile, dijo ser partidario del establecimiento de las acciones de clase, las que deberían tener aplicación no sólo en lo que se refiere a la protección de los derechos del consumidor sino también en materias bursátiles o laborales, entre otras. No obstante, ello no significaba que no debiera preceder a tal aplicación un estudio más profundo sobre tal materia.

Explicando el contenido de este tipo de acciones, señaló que se las concebía como una herramienta procesal que permitía la adjudicación de derechos difusos y colectivos en un solo proceso y sin la comparecencia de los titulares de estos derechos. Añadió que su finalidad no era únicamente ser un mecanismo de economía procesal, para lo cual bastaría la acumulación de autos que contempla la normativa, sino que facilitar el acceso a la justicia de personas que, de otra forma, no podrían costear un proceso por la baja cuantía de sus acciones, como también proteger la consistencia de las causas, evitando la dictación de sentencias dispares en situaciones análogas.

Señaló que el origen de este tipo de acciones se encontraría en la legislación norteamericana, en las Reglas Federales sobre Procedimiento Civil, del año 1938 y que su evaluación histórica había sido muy positiva, no obstante haberse constatado en el tiempo que podían prestarse a abusos, utilizándolas en beneficio propio y en desmedro de personas individuales y de empresas.

Explicó que en las Reglas Federales citadas se distinguían en su artículo 23 tres tipos de acciones de clase: la primera tenía por objeto evitar fallos inconsistentes a causa de una multiplicidad de juicios originados en un hecho o acto común; la segunda se refería a casos en que se solicita protección o cautela para un grupo indeterminado de individuos y la tercera se refiere a la indemnización de perjuicios ocasionados a un grupo de personas.

De estos tres tipos de acciones, solamente la primera y la tercera decían relación con la indemnización de perjuicios a un grupo de personas, por lo que en ellas se exige determinar quienes son los miembros de la clase y el emplazamiento para permitir al interesado salirse de la clase e intentar su acción en un juicio individual aparte, si ello le fuere más conveniente. Insistió en la necesidad de determinación de la clase y la notificación y emplazamiento, porque, en caso, contrario, se estaría sujetando a un conjunto de personas a una sentencia, sin que hubieran tenido la posibilidad de conocer la existencia del juicio y de reclamar su derecho de ser excluidos del mismo si estimaren tener mejores expectativas en un juicio individual.

Precisó que la ley N° 19.496 establecía solamente una acción de la tercera clase, para indemnizar perjuicios, agregando que la esencia del sistema de acciones de clase, radicaba en que todos los miembros de ésta estén unidos o presenten las mismas cuestiones de hecho y de derecho al juez, algo fundamental porque si tales situaciones fueran distintas, el fallo podría ser inconsistente e injusto para las partes.

De aquí que sostuviera la utilidad de este tipo de acciones, pero advirtiera, a la vez, que su mal uso podría dar lugar a una verdadera industria de litigios sin mayor fundamento, traducirse en una amenaza a la actividad económica y en un abuso para los afectados. Por ello, se permitía la formación de grupos para unir en ellos a personas que, dentro de lo común, presentaran ciertas diferencias, de tal manera que dentro de la misma acción de clase, puedan litigar por cuerda separada. No obstante, este mecanismo presentaba ciertas desventajas por cuanto la formación de muchos grupos atentaba contra los fines de este tipo de acciones, como eran la economía procesal y la consistencia de los fallos.

Hizo hincapié en que lo que se trataba con este tipo de acciones era conciliar la economía procesal, el acceso a la justicia y evitar la inconsistencia de los fallos con el derecho de cada afectado a obtener una sentencia justa y adecuada a su situación particular. De aquí entonces, que fuera esencial para el ejercicio de este tipo de acciones, que las circunstancias de hecho y de derecho relevantes para el caso sean las mismas para todos los miembros de la clase o, en otras palabras, que las cuestiones de hecho y de derecho comunes a todos los miembros de la clase, predominen por sobre las diferencias entre esos mismos miembros.

Refiriéndose al proyecto mismo, señaló que buscaba permitir que se demandara por daño moral en acciones colectivas, pero siendo este tipo de daño esencialmente individual, debería determinarse si puede constituirse en un elemento diferenciador entre los distintos actores del proceso.

Reconoció que el daño moral era un daño como cualquier otro y por lo mismo, perfectamente cuantificable. No se presumía y debía probarse y podía desprenderse tanto de la responsabilidad extracontractual como contractual. No obstante, creía que era incompatible con las acciones de clase por cuanto siempre suponía una situación de hecho distinta para cada miembro de la clase, lo que podría dar lugar a fallos injustos para dichos miembros. Citó al efecto el caso norteamericano, en que se permiten este tipo de acciones en materia extracontractual, en los casos de la generación de perjuicios físicos, es decir, detrimento de la salud física o psíquica del consumidor como sucede con el consumo de tabaco y el uso de asbestos, pero en el caso de las infracciones a las obligaciones contractuales, los grados de frustración o sufrimiento de las víctimas pueden ser muy variables, dependiendo de las condiciones personales del consumidor. Así, la compra de una prenda defectuosa provocará un sentido de frustración muy distinta en una persona con medios económicos

abundantes que el que experimente otra que en tal adquisición haya invertido parte importante de sus ingresos.

Señaló que el carácter individual del daño moral se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 53 A en cuanto permite el establecimiento de grupos, agregando que la legislación vigente no establece un sistema de representación para los subgrupos, lo que significa que éstos no tendrán una representación adecuada que cautele debidamente que no se les perjudique en la indemnización por el daño moral sufrido. Insistió, al respecto, en que si se forman muchos grupos, conviene más a los demandantes actuar individualmente, acumulando sus acciones de acuerdo a la normativa general, de manera tal de representar mejor sus intereses toda vez que la legislación vigente admite un representante de la clase y no por grupo.

Agregó que la ampliación del plazo del probatorio a veinte días que establece el artículo 53 B bis no implica una solución, por cuanto la mera ampliación no mejora la oportunidad de acreditar el daño moral, especialmente si hay un solo representante para todos los miembros de la clase, el que nunca podrá representar adecuadamente los intereses de los integrantes de la misma. Estimaba que la única forma de atender debidamente la predominancia de los aspectos individuales en el daño moral, sería por la vía de establecer un representante por grupo y un emplazamiento de cada miembro de la clase, lo que sería muy costoso.

En cuanto a lo que el mismo artículo citado en el párrafo anterior, disponía en su inciso segundo acerca de indemnizar el daño moral cada vez que exista un daño patrimonial, señaló que la jurisprudencia había negado la posibilidad de tal vinculación, la que, por lo demás, era restrictiva, porque normalmente las indemnizaciones por daño moral son bastante mayores que las de naturaleza patrimonial y, en consecuencia, perjudicaría a los consumidores.

Resumiendo, señaló que para acoger o admitir una acción de clase se requería: 1° que existiera uniformidad de situaciones de hecho y de derecho respecto de todos los miembros de la clase, circunstancia que sólo se producía en los casos de responsabilidad extracontractual con perjuicio o daño a la integridad física o de la salud; 2° que los subgrupos estuvieran debidamente representados, y 3° que los integrantes de la clase deben tener conocimiento de la existencia del litigio, para lo cual se requiere que hayan sido debidamente notificados.

Por último, ante una consulta, reconoció que la demora en la prestación de un servicio genera daño moral y, según se ha señalado, el retraso en obtener una sentencia favorable sería lo que se pretendía reparar con la indemnización, afirmación con la que no estaba de acuerdo, porque si bien el transcurso del tiempo podía incrementar el daño, la evaluación de éste se fija al momento de presentar la demanda, no pudiendo variar de valor durante el transcurso del juicio, porque ello

equivaldría a dejar en la indefensión al demandado. La forma de apreciar la espera del resultado del juicio sería por medio de intereses y reajustes y no por el daño moral.

3.- Don Juan Pablo Lorenzini Paci, abogado

Definió el daño moral como todo menoscabo o detrimento de un bien no patrimonial, es decir, tal daño no tendría que ver con el patrimonio de la persona, pero le significaría un menoscabo, un sentimiento de pérdida.

Señaló que este tipo de daño está reconocido en nuestro derecho, en particular respecto de las relaciones de consumo y, así puede demandarse de daño moral conforme al artículo 3°, letra e) de la ley N° 19.496, pero esa misma ley lo limita a que se lo reclame solamente por la vía de las acciones individuales, prohibiendo hacerlo por medio de acciones colectivas.

Explicó que el proyecto original que dio origen a la citada ley N° 19.496, contemplaba el empleo de las acciones colectivas, las que fueron eliminadas durante la tramitación legislativa y repuestas más tarde al modificarse dicha ley, señalando que ello podía atribuirse a la timidez con que se ha avanzado en el reconocimiento de los derechos de los consumidores.

Indicó que el procedimiento a que dan lugar las acciones colectivas es distinto al que corresponde cuando se ejercen las acciones individuales, caracterizándose, además, porque sus efectos se extienden a todos cuantos se encuentran en igual situación, hayan sido o no partes en el proceso, apartándose así del efecto relativo de las sentencias. Con todo, en el fondo no son distintas a las acciones individuales porque unas y otras se refieren a unos mismos derechos y tienen por objeto resguardar derechos garantizados por la ley.

Agregó que la justificación de las acciones colectivas se encontraba en los llamados “costos de transacción”, por cuanto muchas veces el ejercicio individual de este tipo de acciones tiene un costo superior al beneficio que se espera, pero, en cambio, el ejercicio colectivo de la acción permite el prorrateo de los costos entre los demandantes, resultando, en consecuencia, superiores los beneficios esperados. Citó al efecto varios ejemplos en que el costo del ejercicio de la acción individual para reclamar el daño moral, inhibía el ejercicio de dicha acción como sería el caso de clientes equivocadamente enviados a DICOM como morosos en virtud de un error de facturación, o el de las personas afectadas por malformaciones congénitas a consecuencias del consumo del fármaco Talidomida por sus madres durante el proceso de gestación, situación invalidante que les impide incluso valerse por sí mismos frente a necesidades obvias.

Explicó, en seguida, que los reparos más frecuentes que se hacían a la aceptación de intentar el resarcimiento de los daños morales por la vía del ejercicio de acciones colectivas, eran los siguientes:

1° Que la componente psicológica de cada consumidor dañado es distinta a la de los demás, observación que también podría hacerse en el caso del ejercicio de acciones colectivas para el resarcimiento de daños patrimoniales, porque el daño cuantitativo difícilmente sería igual entre los distintos consumidores. Por ello, no veía razón para que si en materia patrimonial podía el juez dividir a los demandantes en clases o categorías, no pudiera hacerlo también en materia de daño moral.

2° Que el daño moral no es susceptible de cuantificación o cálculo. Al respecto, señaló que si así fuera, tampoco debiera admitirse la solicitud de resarcimiento por la vía de acciones individuales, por cuanto la imposibilidad sería absoluta, careciendo de toda relevancia la forma o el procedimiento en que se pretendiera hacer efectiva la reparación del daño. Por lo demás, según una reiterada jurisprudencia, el daño moral no sería susceptible de cálculo, quedando su apreciación al criterio del juez.

3° Que la reclamación de este tipo de daños por medio de acciones colectivas, se prestaría para abusos. Al respecto, recordó que la tasación de estos daños lo hacía el juez, por lo que desconfiar de sus resoluciones en este aspecto, debería significar la necesidad de derogar todas aquellas disposiciones que facultan a los jueces para determinar el monto de la indemnización por concepto de daño moral.

Agregó que esta misma argumentación se había esgrimido para rechazar la incorporación de las acciones colectivas en la ley N° 19.496, pero la realidad había demostrado que no se produjo tal abuso por cuanto el número de demandas colectivas desde julio de 2004 hasta la fecha, no había excedido de cincuenta, lo que arrojaría un promedio de poco más de siete juicios colectivos por año.

4.- Don Héctor Mery Romero, Director de la Fundación Jaime Guzmán.

Expuso que la moción se fundamenta en la idea de que la Ley de Protección al Consumidor, no solamente protege a éstos en cuanto a los daños materiales que puedan haber experimentado por la compra de un bien o servicio, sino también de los eventuales daños morales que los afecten. En ese sentido, la letra e) del artículo 3° de dicha ley, consagra el derecho de los consumidores a la indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales que hubieren experimentado, en caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte del

proveedor, derecho ya consagrado en el N° 1 del artículo 19 de la Constitución Política, al asegurar el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

Definió al daño moral como todo menoscabo o detrimento de un bien no patrimonial en cuanto afecta la integridad psíquica de la persona, por lo que caerían dentro de este concepto las molestias personales, la alteración de la tranquilidad de espíritu, la inversión de tiempo en la solución de un problema, etc. Sus fundamentos se encontrarían en el sufrimiento experimentado, en el trastorno psicológico, en la afectación espiritual.

Agregó que una parte de la doctrina estimaba que el daño moral se agotaba en el ámbito de la personalidad, limitándose al deterioro de los sentimientos, sin ninguna consecuencia pecuniaria, pero que actualmente la tendencia era distinguir entre daño moral puro y daño moral con consecuencias patrimoniales, el que obligaba a indemnizar en la medida que tales daños se acreditaran.

Señaló que no obstante la obligación de indemnizar que imponía la Ley del Consumidor al proveedor que causa un daño o menoscabo al consumidor, el N° 2 del artículo 51 de dicha ley, disponía que las indemnizaciones que se determinaran en las demandas colectivas, no podrían extenderse al daño moral.

Explicó que en el proyecto que dio lugar a la ley N° 19.955, modificatoria de la Ley del Consumidor, se establecía la posibilidad de accionar por intereses difusos y colectivos de los consumidores, como una forma de solucionar problemas que afectaban intereses supraindividuales, agregando que ello permitiría evitar el recargo de los tribunales y de las partes, de manera innecesaria, con centenares y hasta miles de casos iguales.

No obstante, a pesar de no hacerse distingo alguno en el mensaje de dicho proyecto, acerca de la posibilidad de que la indemnización del daño moral se intentara en forma individual o colectiva, una indicación senatorial posterior la excluyó de las demandas colectivas, sin que haya quedado constancia de las razones para tal diferenciación.

En lo que se refería a la moción misma, señaló que se acudía en ella a argumentos de difícil disputa en el ámbito sustantivo, para desprender de eso la necesidad de introducir innovaciones procesales, que parecían no tener en consideración algunos aspectos rituales contemplados en la misma ley N° 19.496, como tampoco que los criterios para fijar la procedencia y extensión del daño moral, no son necesariamente los mismos para todos los que integran un grupo o subgrupo.

Agregó que, a su parecer, para pronunciarse sobre esta materia, había que tener en cuenta diversos factores, como que las relaciones jurídicas regidas por la Ley del Consumidor pertenecen al

orden contractual y no al que deriva de la responsabilidad extracontractual; que la doctrina chilena reconoce únicamente la procedencia del daño moral en la responsabilidad contractual; que la jurisprudencia se inclina por estimar que el daño moral, generado a consecuencias del incumplimiento contractual, constituiría un principio general del sistema de responsabilidad civil chileno; que con la fórmula procesal de tutela de intereses colectivos y difusos, se pretende lograr una solución jurisdiccional acorde con el principio constitucional de igualdad ante la ley, procurando que quienes sufren el incumplimiento de sus obligaciones por parte del proveedor, sean indemnizados del mismo modo, evitando decisiones asimétricas o injustas.

Agregó que la regulación especial que se quiere establecer para los consumidores, distinta a la que contempla el Código Civil, tendría una explicación de carácter económico, debido a la desigual situación que presentan las partes en una relación de este tipo, pero tal regulación no apuntaría a las características particulares de una persona, ya que es posible situar en la condición de consumidor a individuos de muy diferente condición económica.

Con la norma de carácter procesal que se pretende modificar, se trataría de reconocer un carácter general al daño moral, sin considerar que una modificación de tal naturaleza podría acarrear consecuencias no deseadas e, incluso, perjudiciales para los mismos consumidores. Si bien para la determinación de las indemnizaciones existen pautas ciertas y concretas sobre daño emergente y lucro cesante, que permitirían al juez la formación de grupos y subgrupos de consumidores, no ocurre lo mismo en el caso del daño moral, el que, en su esencia, depende del criterio de los jueces. En otras palabras, el incumplimiento contractual del proveedor, permite, con relativa facilidad, determinar los perjuicios materiales en un procedimiento colectivo, pero no así los perjuicios de naturaleza moral, los cuales pueden ser muy diferentes entre los que forman un grupo o subgrupo de consumidores.

Por todo lo anterior, concluyó que la reforma no sólo parecía innecesaria, toda vez que los consumidores siempre podrían reclamar del daño moral mediante un procedimiento diverso, conforme a las normas generales, sino que podría llevar a situaciones injustas, forzando a los consumidores a una igual determinación para todos del monto del daño moral.

5.- Doña Carmen Domínguez Hidalgo, profesora de Derecho Civil en la Universidad Católica de Chile.

Hizo notar al comienzo de su exposición, que el daño moral era la expresión más clara de que la jurisprudencia constituía una fuente del derecho en Chile, toda vez que dicho daño era una creación jurisprudencial. Creía, por lo anterior, que pese a que se trataba de un proyecto que modificaba una ley especial, podría aprovecharse esta

oportunidad para introducir rectificaciones y principios que podrían servir para ordenar los problemas que plantea el daño moral.

Sostuvo que en el plano de los derechos del consumidor, el daño moral pertenecía al ámbito de la responsabilidad contractual, y que no obstante haber utilizado Chile como modelo el Código Civil francés, sólo en 1994 se habría dictado la primera sentencia que lo acepta para todos los contratos y en el año 2001 se lo acoge como principio en dicho ámbito. En contraste con este retraso, el país ya en 1907, conoce su primera sentencia acogiendo el daño moral en materia extracontractual.

Por todo lo anterior, que demostraba que el reconocimiento del daño moral en nuestra jurisprudencia había sido una conquista de difícil obtención, creía que no debería hacerse un uso abusivo de él, evitando su desprestigio, como también de las acciones colectivas y de la misma ley de protección al consumidor.

Señaló tres condiciones para que se entienda que hay daño moral por responsabilidad contractual en el ámbito de la protección al consumidor:

1° Debe tratarse de un daño moral efectivo, por lo que no concordaba con la idea que parecía inspirar al proyecto, en cuanto a que toda molestia o desagrado que el incumplimiento ocasionara al consumidor, significaría daño moral, porque en tal caso, puesto que siempre el acreedor persigue un interés al contratar, el incumplimiento necesariamente generará molestias y, en consecuencia, siempre habría daño moral. Resaltó que la evolución jurisprudencial extranjera, exigía que la frustración, molestia o desagrado tuviera un carácter relevante para que se entendiera haber daño moral.

Tampoco concordaba con la pretensión de que el tiempo empleado en la resolución de un problema, constituiría tal daño. A su juicio, se trataría de un equívoco que, a lo más, podría incluirse en la noción del lucro cesante. Asimismo, centrar la existencia de este tipo de daño en el sufrimiento o menoscabo psíquico, significaba reducir dicho concepto, por cuanto lo normal era que en materia contractual dicho daño afectara un interés extrapatrimonial, no un sentimiento o un bien.

Explicó que el daño moral sería un tipo de perjuicio extrapatrimonial en el que cabrían muchos otros como el dolor físico, psíquico, la afectación de los derechos de la personalidad como el honor, la imagen y otros. Un ejemplo de este tipo de daño podría encontrarse en la persona que entrega a un joyero para su reparación, una alhaja que se mantiene en su familia por generaciones, pero que éste la extravía.

2° El daño moral debe ser contractual, es decir, debe derivarse directamente del incumplimiento contractual y no con ocasión del vínculo contractual entre proveedor y consumidor.

3° El daño moral es excepcional en materia contractual por cuanto lo normal es que un incumplimiento no produzca tal tipo de daño, dado que las prestaciones consignadas en un contrato, normalmente sólo tienen un contenido económico. En consecuencia, no procedería en todo tipo de contrato, sino sólo en aquellos que por su contenido o su vinculación con intereses extrapatrimoniales o con bienes de la personalidad, como sería el caso de la contratación de servicios médicos, el contrato de transporte de personas o el de trabajo. En otras palabras, debe tratarse de un contrato en que se haya incorporado el daño moral o las circunstancias que rodearon su celebración lo entiendan incorporado, de tal modo que el deudor, al aceptar contratar, consienta también en la protección o en la afectación de esos intereses extrapatrimoniales.

Añadió que otra de las complejidades que significaba incorporar el daño moral en las acciones colectivas, lo representaba su carácter individual, explicando que aún cuando fuera posible encontrar a un conjunto de consumidores que hayan sufrido la misma afectación, el daño moral de cada uno puede ser distinto, como sucede respecto de consumidores que son enviados por una empresa a DICOM, en que la afectación al honor de cada uno será diferente.

Destacó que la Ley del Consumidor razona sobre la base de la existencia de un interés común entre los afectados, exige que la sentencia fije un monto de indemnización y establece que ésta produce efectos “erga omnes”, es decir, beneficia a quienes ,incluso, no demandaron, características que serían inaplicables en materia de daño moral.

Agregó que el tratamiento diverso que se da al daño moral y al patrimonial, no obedece a discriminaciones injustificadas, sino a las particularidades que presenta el primero en lo que se refiere a su evaluación y a su prueba.

Creía que para incorporar el daño moral en las acciones colectivas, debería reformularse el proyecto, para lo cual una de las posibilidades sería fijar un tope para la indemnización, posibilidad que podría afectar el principio de la reparación integral del daño y que, por lo mismo, exigiría su justificación a fin de evitar posibles reparos de constitucionalidad.

Sostuvo que para establecer el daño moral en las acciones colectivas, debería exigirse, en atención a la jurisprudencia contradictoria existente sobre la materia, que se lo probara y que la sentencia fuera fundamentada. Asimismo, dada la gran diversidad asignada por las Cortes al monto de las indemnizaciones concedidas por este concepto, debería exigirse se fundamentaran las consideraciones que el tribunal tuvo a la vista al momento de determinar la indemnización. Finalmente, creía necesario establecer los criterios que debiera evaluar el tribunal al momento de fijar la indemnización y prohibir la utilización de criterios punitivos, de tal manera que el juez solamente considere aquellos vinculados a la determinación de la magnitud del daño.

VI.- DISCUSIÓN PARTICULAR DEL PROYECTO.

Durante el debate pormenorizado de la iniciativa, la Comisión acordó tratar separadamente cada uno de los números que componen el artículo único del proyecto.

Número 1).

Modifica el artículo 51 de la ley N° 19.496, disposición que dispone que el procedimiento que se establece en el Párrafo 2°, de que forma parte, se aplicará cuando se vea afectado el interés colectivo o difuso de los consumidores, agregando que se sujetará a las normas del procedimiento sumario, con las excepciones que indica y las particularidades que se señalan a continuación, añadiendo que la prueba que deba rendirse, se apreciará conforme a las reglas de la sana crítica.

Su número 1.- indica quienes podrán iniciar el procedimiento, señalando que podrá ser por demanda del Servicio Nacional del Consumidor; o de una Asociación de Consumidores en los términos que indica o de un grupo de consumidores afectados en un mismo interés, en un número no inferior a cincuenta personas.

Su número 2 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. Con este fin el juez procederá de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 53 A (formación de grupos y subgrupos atendiendo a la similitud de intereses de los demandantes). **Las indemnizaciones que se determinen en este procedimiento, no podrán extenderse al daño moral sufrido por el actor.** No habrá lugar a la reserva prevista en el inciso segundo del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil.

La modificación suprime la palabra “no” que figura en la oración destacada.

La propuesta, norma básica de este proyecto, busca, simplemente, permitir la indemnización del daño moral solicitada en acciones colectivas.

A este respecto, el Diputado señor Calderón, justificó la propuesta señalando que la base de la teoría del daño moral en nuestra legislación, se encuentra en el artículo 2329 del Código Civil, el que establece que todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado. Agregó que la actual Constitución reconocía explícitamente la existencia del daño moral, transformando en derecho

positivo lo que hasta entonces no era más que una práctica jurisprudencial. Añadió que actualmente la teoría del derecho de daños procuraba reparar todo tipo de perjuicios, sea patrimonial o extrapatrimonial y se produzca como consecuencia de responsabilidad contractual o extracontractual.

Resaltó que toda persona puede sufrir daños extrapatrimoniales como consecuencia de la conducta del oferente y que la razón de ser de las llamadas acciones de clase se encontraba no sólo en motivos de economía procesal sino para facilitar el acceso a la justicia de personas que dada la escasa cuantía de su acción, no les resulta beneficioso demandar.

Agregó que, contrariamente a quienes se oponían a esta legislación por considerarla de efectos nocivos para la estabilidad económica o causante directa de una desbordante cantidad de litigios, creía que tales consideraciones carecían de base, toda vez que ninguna de tales prevenciones había ocurrido.

El Diputado señor Chahín sostuvo que el ordenamiento jurídico permite demandar la indemnización de perjuicios por todo tipo de daños, sean éstos patrimoniales o extrapatrimoniales, como por lo demás lo consagra expresamente el artículo 3° de la ley N° 19.496.

Refutando algunas opiniones contrarias a esta iniciativa, señaló que tanto los derechos patrimoniales como los extrapatrimoniales, tienen un carácter individual y que al igual que el perjuicio patrimonial, el extrapatrimonial tampoco es de naturaleza colectiva. Preciso que el proyecto lo que buscaba era permitir que un conjunto de perjuicios morales individuales pudiera ser demandado colectivamente, para lo cual se facultaba al juez para clasificar a los consumidores en grupos o subgrupos, fijando para cada uno de ellos indemnizaciones determinadas.

Recordó, al efecto, que al discutirse el proyecto que introdujo modificaciones en la ley N° 19.496, la indicación que excluyó al daño moral de las acciones colectivas, fue producto de una decisión senatorial ante el temor de que su acogida diera lugar a una verdadera industria de reclamos, cuestión que los hechos mismos han desmentido por cuanto en los siete años de vigencia de la disposición que permite la presentación de acciones colectivas, no se han presentado más de treinta demandas.

Sostuvo que la ley N° 20.443 permitía la aplicación de las acciones colectivas a las personas afectadas por infracciones a la Ley General de Urbanismo y Construcciones, habilitándolas para reclamar con tal procedimiento el daño moral, con lo que se estaría produciendo una situación discriminatoria con respecto a los demás consumidores que no pueden acceder a tal mecanismo.

Terminó señalando que la aprobación de una legislación como la propuesta, serviría de efectivo disuasivo frente a las

infracciones de los proveedores, especialmente, en atención a que las indemnizaciones por daños patrimoniales son normalmente bajas.

El Diputado señor Squella señaló que las dificultades que surgían con respecto al daño moral, no decían relación con la naturaleza de la acción sino que con la prueba del perjuicio.

Los representantes del Ejecutivo, junto con señalar que ésta era una cuestión del derecho comparado que se quería trasladar al ordenamiento jurídico nacional, expresaron preocupación acerca de la forma en que se atribuirían los daños, especialmente, la determinación del daño moral sufrido por cada persona. Igualmente, también les preocupaba la distinción entre daño moral y daño punitivo, es decir, el establecimiento de multas inhibitorias de conductas que atentaran contra los derechos de los consumidores.

Por último, en relación a lo afirmado por el Diputado señor Chahín en cuanto a la discriminación que habría en relación a los afectados por daños por infracciones a las normas de urbanismo y construcción, señalaron que esos correspondían a hechos regulados por la legislación civil respecto de las cuales se aplicaban normas procesales propias del derecho de los consumidores.

El Diputado señor Eluchans se mostró contrario a la disposición, no porque rechazara la posibilidad de presentar acciones colectivas demandando el daño moral, sino que porque no concordaba con la forma propuesta, opinión que compartió el Diputado señor Cardemil.

Cerrado el debate, se rechazó la propuesta por no alcanzarse el quórum de aprobación necesario. (4 votos a favor, 4 en contra y 1 abstención). Votaron a favor los Diputados señores Burgos, Díaz, Harboe y Walker. En contra lo hicieron los Diputados señora Turres y señores Cardemil, Eluchans y Squella. Se abstuvo el Diputado señor Ceroni.

Número 2.-

Modifica el artículo 53 A, norma que dispone que durante el juicio y hasta la dictación de la sentencia inclusive, el juez podrá ordenar, de acuerdo a las características que les sean comunes, la formación de grupos y, si se justificare, de subgrupos, para los efectos de lo señalado en las letras c) y d) del artículo 53 C. El juez podrá ordenar también la formación de tantos subgrupos como estime conveniente.

La modificación agrega un inciso segundo a este artículo para disponer que “Del mismo modo, el juez podrá establecer un ordenamiento por grupos y subgrupos, de acuerdo a las características comunes de los consumidores, para efectos de determinar el daño moral.”.

La propuesta que permite la clasificación en grupos y subgrupos de los consumidores para los efectos de determinar la

procedencia de la indemnización y su pago, y la devolución de lo pagado en exceso, respectivamente, no dio lugar a debate, rechazándose por no haber alcanzado el quórum de aprobación reglamentario. (4 votos a favor, 4 en contra y 1 abstención). Votaron a favor los Diputados señores Burgos, Díaz, Harboe y Walker. En contra lo hicieron los Diputados señora Turre y señores Cardemil, Eluchans y Squella. Se abstuvo el Diputado señor Ceroni.

Número 3.-

Agrega un nuevo artículo del siguiente tenor:

“Artículo 53 B bis.- El juez podrá abrir un término probatorio, por un plazo no superior a veinte días corridos, en todos aquellos casos en que estime que para la determinación del daño, sea patrimonial o moral, requiera de antecedentes de hecho que no se encuentren agregados al proceso.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso precedente, cuando el tribunal declare en la sentencia que determinados consumidores o categorías de consumidores tienen derecho a recibir indemnización por daño moral, podrá siempre conceder éste en un monto equivalente a la indemnización por daño patrimonial, salvo que estimare haber fundamento para conceder un monto superior. Sólo por razones muy fundadas, que explicitará en su sentencia, podrá declarar que siendo procedente el pago de indemnización por daño patrimonial no lo es el pago por daño moral.

Para la determinación de la procedencia o la cuantía de la indemnización por daño moral en los juicios de que trata este párrafo, el juez procederá conforme a las reglas de la sana crítica.”.

El Diputado señor Squella quiso conocer los alcances de las expresiones finales del inciso segundo, en cuanto obligaban al juez a fundamentar las razones por las que habiendo concedido el pago de indemnización por el daño patrimonial, no la concedía por el daño moral, a lo que se respondió que ello se debía a que no toda infracción a los derechos del consumidor, generaba daño moral.

El Diputado señor Burgos, a su vez, inquirió acerca de la naturaleza de la decisión judicial descrita en el inciso primero, que permitía al juez abrir un término probatorio si requería antecedentes de hecho que no se encontraban agregados al proceso, lo que le parecía un tanto arbitrario, como también más propio de una medida para mejor resolver. Igualmente, le llamaba la atención la ligazón que se establecía entre el monto de la indemnización por daño patrimonial, con lo que debiera pagarse por concepto de daño moral.

Al respecto se hizo presente que la apertura de ese término de prueba, obedecía al caso en que se estableciera la insuficiencia de la prueba rendida y, en realidad, podía considerársela como

una decisión a medio camino de la medida para mejor resolver. En cuanto a la relación de las indemnizaciones, sería sólo la fijación de un parámetro para el cálculo de la indemnización del daño moral.

Cerrado el debate, se rechazó el número por mayoría de votos (1 voto a favor, 6 en contra y 2 abstenciones. Votó a favor el Diputado señor Walker. En contra lo hicieron los Diputados señora Turres y señores Burgos, Cardemil, Eluchans, Harboe, y Squella. Se abstuvieron los Diputados señores Ceroni y Díaz.

Por las razones señaladas y por las que expondrá oportunamente el señor Diputado Informante, esta Comisión propone la siguiente indicación al texto propuesto por la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo:

Para rechazar el artículo único.

Sala de la Comisión, a 9 de agosto de 2011.

Acordado en sesiones de fechas 13 y 19 de julio; 1 y 9 de agosto de 2011 con la asistencia de los Diputados señor Alberto Cardemil Herrera (Presidente), señora Marisol Turres Figueroa y señores Jorge Burgos Varela, Giovanni Calderón Bassi, Guillermo Ceroni Fuentes, Marcelo Díaz Díaz, Edmundo Eluchans Urenda, Felipe Harboe Bascuñán, Cristián Monckeberg Bruner, Ricardo Rincón González y Arturo Squella Ovalle.

En reemplazo del Diputado señor Aldo Cornejo González asistió el Diputado señor Matías Walker Prieto.

Asistieron, asimismo, a sesiones los Diputados señores Fuad Chahin Valenzuela y Marcelo Schilling Rodríguez.

EUGENIO FOSTER MORENO
Abogado Secretario de la Comisión