

# DAÑOS PUNITIVOS, ESPECIALMENTE PARA PROTEGER EL INTERÉS COLECTIVO O DIFUSO DE LOS CONSUMIDORES

## PUNITIVE DAMAGES, ESPECIALLY TO PROTECT THE COLLECTIVE OR DIFFUSE INTEREST OF CONSUMERS

Gabriel Hernández Paulsen\*  
Matías Ponce Márquez\*\*

### RESUMEN

En este trabajo se estudian de manera crítica los daños punitivos regulados por la ley n.º 19496, con el objetivo de detectar y evaluar tanto los aspectos positivos como los cuestionables de su reglamentación en el marco de la protección de los consumidores. Ello, empleando una metodología dogmática fundada en la normativa, bibliografía y jurisprudencia nacional y extranjera, que permite analizar de modo cualitativo tales fuentes en orden a presentar y elaborar la hipótesis, las reflexiones y las conclusiones. En los apartados I y II se formula un marco teórico representado por una aproximación a los daños punitivos sobre la base de antecedentes nacionales y foráneos, a través del estudio específico de su naturaleza y función, y de su procedencia en Chile, en virtud de la revisión de las discusiones al respecto, en particular, en cuanto a los supuestos problemas de constitucionalidad a que darían lugar y el carácter reparatorio de la responsabilidad civil. La hipótesis central es que la regulación de los daños punitivos en la indicada ley es positiva al contribuir a sancionar, disuadir y

63

---

\* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho privado, Universidad Autónoma de Barcelona. Coordinador académico del programa de Doctorado en Derecho y exdirector del departamento de Derecho privado, Universidad de Chile. Dirección postal: Pío Nono 1, Providencia, Santiago de Chile. Correo electrónico: ghernan@derecho.uchile.cl

\*\* Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Ayudante del departamento de Derecho privado, Universidad de Chile. Correo electrónico: matias.ponce@ug.uchile.cl

Recepción: 2021-05-12; aceptación: 2021-09-14.

prevenir conductas graves de los proveedores, pero cuestionable respecto de la reglamentación de su cuantificación; aspectos que se desarrollan en el acápite III.

PALABRAS CLAVE: daños punitivos; interés colectivo o difuso; consumidores

#### ABSTRACT

This paper studies critically the punitive damages regulated by law n.º 19496, with the objective of detect and evaluate the positive and questionable aspects of its regulation in the framework of consumer protection, through a dogmatic methodology based on regulations, bibliography and national and foreign jurisprudence, which allows a qualitative analysis of such sources in order to present and elaborate the hypothesis, theoretical framework, reflections and conclusions. In sections I and II, a theoretical framework is formulated, represented by an approach to punitive damages on the basis of national and comparative backgrounds, through the specific study of their nature and function, and its application in Chile by reviewing the discussions that have taken place in this regard, particularly regarding the alleged problems of constitutionality and the reparatory nature of civil liability. The hypothesis is that the regulation of punitive damages in the aforementioned law is positive because it contributes to sanctioning, deterring and preventing serious supplier misconduct, but questionable with respect to the regulation of its quantification; aspects that are developed in section III.

KEYWORDS: punitive damages; collective or diffuse interest; consumers

#### INTRODUCCIÓN

En el presente estudio examinamos de manera crítica los daños punitivos regulados por la LPDC, con el objetivo de detectar y evaluar los aspectos de su reglamentación que resultan positivos y aquellos que merecen cuestionamientos en el marco de la protección de los consumidores.

Al efecto, nos valemos de una metodología dogmática fundada en la normativa, bibliografía y jurisprudencia nacional y extranjera, que nos permitirá analizar de manera cualitativa tales fuentes en orden a presentar y elaborar la hipótesis, el marco teórico, las reflexiones y las conclusiones de este artículo.

La hipótesis es que la inclusión de los daños punitivos en la LPDC es beneficiosa para los consumidores al contribuir a sancionar, disuadir y prevenir conductas graves, pero cuestionable respecto de la reglamentación de su cuantificación.

La responsabilidad civil constituye un ámbito del Derecho que destaca por su notable evolución y dinamismo, habiéndose transformado hasta el punto de que, en relación con aspectos relevantes, dista de manera significativa de la regulación contenida en las codificaciones decimonónicas<sup>1</sup>, *v. gr.*, en la esfera del Derecho del consumo. Un ejemplo sobresaliente en este sentido es el de las acciones colectivas, a través de las cuales, en cuanto importa, un conjunto de consumidores afectados por un proveedor en sus derechos comunes demanda la indemnización para obtener un resarcimiento por los daños que hubieran padecido.

Las acciones colectivas son una herramienta que mejora las chances para el consumidor de obtener una reparación de parte del proveedor infractor<sup>2</sup>, en la medida que posibilitan la defensa de afectados que no podrían o no estarían dispuestos a proceder de manera individual<sup>3</sup>. Esto es así sobre todo cuando los daños demandados son menores que los costos que involucra para el perjudicado el procedimiento y, en particular, la obtención o producción de la prueba<sup>4</sup>. A la vez, las acciones colectivas resarcitorias son un mecanismo de disuasión de comportamientos ilícitos representativo de la aplicación privada del Derecho, por ejemplo, del relativo a la competencia en los mercados (*private enforcement*)<sup>5</sup>.

En un comienzo, la LPDC no contemplaba la posibilidad de iniciar procesos colectivos para salvaguardar los intereses de los consumidores. Esta situación cambió con la ley n.º 19955, que reformó el título IV de la LPDC, incorporando, a contar de ahí, el procedimiento para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores<sup>6</sup>. Pese a este gran avance, el rendimiento de las acciones colectivas se vio al principio mermado producto de la existencia de una etapa de admisibilidad muy estricta, que fue simplificada por la ley n.º 20543 y, luego, por la ley n.º 21081<sup>7</sup>.

La ley n.º 21081 introdujo otros importantes cambios en la LPDC. Así, mediante ella, se precisaron las reglas sobre prescripción, aumentaron las

<sup>1</sup> DOMÍNGUEZ (1998a), p. 237 y DOMÍNGUEZ (1998b), pp. 28-29.

<sup>2</sup> CARTWRIGHT (2004), p. 60.

<sup>3</sup> HENSLER *et. al.* (2000), pp. 58-59.

<sup>4</sup> BARRIENTOS y FUENTES (2019), p. 327 y HERNÁNDEZ y TAPIA (2019), p. 91.

<sup>5</sup> MACNEIL (2015), p. 293 y SHERMAN (2004), p. 233.

<sup>6</sup> Una revisión del proceso de incorporación de la protección del interés colectivo en la LPDC en AGUIRREZABAL (2019), pp. 27-35.

<sup>7</sup> Para un análisis de la etapa de admisibilidad y de sus modificaciones en la LPDC, AGUIRREZABAL (2019), pp. 88-102.

multas, se normó la mediación a través del procedimiento voluntario de protección del interés colectivo o difuso y se incorporaron flexibilidades probatorias. Además y en cuanto interesa para este trabajo, se reguló la importante figura de los daños punitivos, lo que ratifica el carácter evolutivo y dinámico del Derecho de la responsabilidad civil, sobre todo en áreas como el Derecho del consumo.

Los daños punitivos son por lo general entendidos como una sanción civil consistente en la fijación judicial de un monto indemnizatorio que supera la entidad del detrimento padecido por las víctimas, y que se aplica a favor del actor cuando el demandado le ha causado un menoscabo proveniente de conductas ilícitas de especial gravedad o reprochabilidad<sup>8</sup>. Considerando su índole extracompensatoria, se entiende que los daños punitivos desempeñan una función preventiva y sancionatoria<sup>9</sup>.

En virtud de la reforma introducida a la LPDC por la ley n.º 21081, los daños punitivos se consagran en la letra c) del artículo 53 C<sup>10</sup>, ubicado en el título dedicado al procedimiento para la protección del interés colectivo o difuso. La señalada letra faculta al juez para incrementar en un 25% la indemnización de perjuicios otorgada a los afectados, cuando se verifique alguna de las circunstancias agravantes de la responsabilidad administrativa del inciso quinto del artículo 24 de la LPDC.

66

Atendida la aludida reforma y que la regulación de aquellos daños implica dar cabida en nuestro ordenamiento a una institución novedosa y de la más alta importancia, reiteramos que el objetivo de este trabajo es examinar de manera crítica dicha figura y, sobre todo, la forma en que la LPDC la ha disciplinado, mediante la detección y evaluación de los aspectos de su reglamentación que, en el contexto de la protección de los consumidores, resultan positivos y de aquellos que merecen cuestionamientos.

Al anterior efecto, procederemos a examinar las distintas formas de comprensión de los daños punitivos que, según se verá, constituyen una sanción civil y, por lo mismo, cumplen una función de castigo, disuasoria y preventiva (I); analizarlos a la luz de nuestro ordenamiento jurídico, bajo la consideración de que, conforme diremos, no presentan problemas desde el punto de vista de su constitucionalidad y de que el carácter reparatorio que se asocia a la responsabilidad civil no impide indemnizaciones extracompensatorias (II); y, sobre la base del anterior marco teórico, revisar de manera crítica su regulación en la LPDC, en relación con la cual en-

<sup>8</sup> KEETON *et al.* (2004), p. 44 y CANE (1996), p. 300.

<sup>9</sup> IRIGOYEN (2011), pp. 5-6.

<sup>10</sup> La reforma de la ley n.º 21081 a la LPDC incorporó además el artículo 25A, que contempla también una hipótesis de indemnización extracompensatoria (directa y automática) en materia de servicios básicos, cuando el proveedor los suspenda, paralice o no los preste. Esta hipótesis no es revisada en este trabajo.

frentaremos la hipótesis de este trabajo, consistente –vale la pena reiterarlo– en que dicha regulación es positiva al contribuir a sancionar, disuadir y prevenir conductas graves de los proveedores, pero cuestionable respecto de la reglamentación de su cuantificación (III). El artículo finaliza con las conclusiones de rigor.

## I. EXAMEN DE LAS DISTINTAS FORMAS DE COMPRENSIÓN DE LOS DAÑOS PUNITIVOS

### 1. Preliminar

Los daños punitivos surgieron en Inglaterra en 1763<sup>11</sup>, en un juicio en que se otorgó *exemplary damages* al demandante, quien fue detenido de manera ilegal por agentes del Rey y víctima de una violación de su propiedad. En la oportunidad, los jueces decidieron la aplicación de una indemnización no solo compensatoria, sino también sancionatoria, considerando el comportamiento reprochable de los funcionarios<sup>12</sup>. En Estados Unidos, la figura apareció en 1784, en un pleito por el envenenamiento inducido por un médico, quien fue condenado por la Suprema Corte de Carolina del Sur a pagar *vindictive damages*<sup>13</sup>. Desde entonces, han tenido una importante evolución, siendo la experiencia estadounidense muy ilustrativa.

En un primer momento, los referidos daños eran aplicados en respuesta a actos en virtud de los cuales el infractor hacía uso de una posición de privilegio (por ejemplo, la titularidad de un poder público o político, o la riqueza o el dominio de un arte u oficio), generando una situación especialmente insultante o humillante para la víctima<sup>14</sup>. Al vincularse con una sensación de vejación, la figura se confundía con los menoscabos extrapatrimoniales al esconder estos un componente sancionatorio, lo que llevó a algunos autores a sostener que ambos tipos de daño eran lo mismo<sup>15</sup>.

A comienzos del siglo XX se inició una segunda etapa. Producto de la masificación de la economía y el surgimiento de los movimientos de trabajadores, los tribunales estuvieron cada vez más dispuestos a examinar con dedicación las operaciones comerciales entre privados. En un contexto en que el mercado y el terreno de las relaciones laborales se habían convertido en ámbitos de abuso del poder económico, los jueces

<sup>11</sup> *Huckley vs. Money* (1763). En los hechos, el gobierno trataba de suprimir la impresión de un periódico asociado a John Wilkes (un conocido político), que criticaba al Rey Jorge III.

<sup>12</sup> BROOKE (2009), p. 2.

<sup>13</sup> OWEN (1976), pp. 1262-1264.

<sup>14</sup> SEBOK (2009), pp. 159-161.

<sup>15</sup> SEDGWICK (1972), p. 39.

encontraron en la figura una herramienta útil para sancionar los casos en que la conducta del infractor merecía una censura especial<sup>16</sup>. En aquel entonces era usual que la parte dominante de un acuerdo se aprovechara de circunstancias iniciales desconocidas para quien ostentaba la posición más débil, con el propósito de obtener un provecho superior al estipulado en un origen. Así, para la aplicación de una indemnización que superara el monto de los daños producidos, no era suficiente la existencia de una conducta codiciosa, requiriéndose que la parte fuerte de la relación hubiera ejercido sobre la víctima *oppression*, es decir, un acto deliberado de abuso de poder<sup>17</sup>.

El tercer período relativo a los daños punitivos comenzó luego del término de la Segunda Guerra Mundial y se extiende hasta la actualidad. Esta fase se caracteriza por la expansión de dichos daños al ámbito de productos comercializados de forma masiva, *v. gr.*, los de carácter defectuoso, teniendo su aplicación una finalidad disuasoria. Tratándose de tales productos, dicha expansión se explica atendido que en una cantidad significativa de juicios relativos a bienes de circulación masiva que presentan defectos, estos se relacionan con fallas de fabricación, de diseño o de advertencias de uso. En múltiples ocasiones, tales imperfecciones surgen no por una imposibilidad o incapacidad de corregirlas, sino que a consecuencia de una priorización consciente en virtud de la que se desplaza a un segundo plano la consideración de la integridad o seguridad de los consumidores, con el objeto de obtener una mayor rentabilidad en las ventas<sup>18</sup>. En este sentido, un proceso paradigmático en Estados Unidos es *Grimshaw vs. Ford Motor Co.*<sup>19</sup>, en que se otorgaron indemnizaciones extracompensatorias por los daños producidos por la deficiente fabricación del tanque de gasolina de uno de los modelos de automóvil comercializado por la demandada, que provocaba su rotura con facilidad ante impactos ocurridos incluso a bajas velocidades, siendo frecuente que el vehículo se incendiara. En el juicio se arribó a la conclusión de que Ford había estimado más rentable pagar las eventuales indemnizaciones por los daños causados a consecuencia del desperfecto que implementar las medidas de seguridad necesarias para su corrección o para advertir a los consumidores del riesgo por el uso del bien. La indemnización

<sup>16</sup> SEBOK (2009), p. 164.

<sup>17</sup> SEBOK (2009), p. 164. El autor ejemplifica con *C.C. Williams vs. Detroit Oil & Cotton Company* (1909), en que un empleador demandado tomó dinero del empleado demandante bajo la promesa de contratar un seguro contra accidentes, quedándose con el dinero sin cumplir el compromiso. Respecto del otorgamiento de daños punitivos, los jueces sostuvieron: “*we are inclined to the opinion that this should not be done except in those cases where the misrepresentation has been attended by malicious or oppressive conduct*”.

<sup>18</sup> SEBOK (2009), pp. 165-166.

<sup>19</sup> *Grimshaw vs. Ford Motor Co.* (1981).

compensatoria otorgada fue de USD\$4,5 millones y la concedida por daños punitivos de USD\$125 millones<sup>20</sup>. El pleito muestra que, en este último periodo, dichos daños han adoptado con claridad una doble función: de sanción de conductas en extremo reprochables y de desincentivo de estas<sup>21</sup>.

A partir de la década del noventa del siglo pasado, los referidos daños se han convertido en una figura criticada en los países en los que se le ha dado recepción. La principal razón es que a través de ellos se concederían abultadas y discrecionales indemnizaciones, lo que –en opinión de cierta doctrina– justificaría abolirlos. No obstante, la posición mayoritaria –que compartimos– se inclina por su mantenimiento al considerarlos una herramienta apropiada para sancionar conductas graves en relación con las que la persecución penal no es procedente<sup>22</sup>. Junto con ello, diversos estudios muestran que las indemnizaciones por tales daños rara vez son impuestas de manera arbitraria y por montos en exceso distantes de la indemnización compensatoria<sup>23</sup>.

En lo que sigue, examinaremos la naturaleza y función de los daños punitivos, en relación con los que, en síntesis, puede decirse que constituyen una sanción civil que satisface una finalidad de castigo, disuasoria y preventiva de conductas graves. Este examen será efectuado mediante la presentación de un panorama de la forma en que se le da recepción a la figura en el Derecho extranjero y de las discusiones que se han provocado en relación con sus objetivos y cumplimiento.

69

## 2. *Naturaleza y función*

Según se sabe, el objetivo principal del sistema de responsabilidad civil es la compensación de los perjuicios sufridos por los damnificados, en orden a ponerlos, en sentido jurídico, en la situación en que estaban antes de la producción del daño. No obstante, en casos calificados, la ley puede contemplar elementos que la agraven. Así, por ejemplo, en supuestos en que la aplicación de la finalidad reparatoria no permita conseguir una eficacia disuasiva suficiente; como cuando los perjudicados no demandan porque la indemnización esperada es inferior a los gastos de litigación, lo que desincentiva la actuación diligente de los proveedores, en tanto que no asumen todos los costos de su accionar<sup>24</sup>. Asimismo, la función compensatoria se muestra insuficiente cuando la conducta del autor del daño es repro-

---

<sup>20</sup> SCHWARTZ (1991), pp. 1013-1068.

<sup>21</sup> SEBOK (2009), pp. 167-169.

<sup>22</sup> BROOKE (2009), p. 3.

<sup>23</sup> SEBOK (2009), pp. 155-156.

<sup>24</sup> BARROS (2020), tomo I, p. 318 y PRIEST (2005), p. 302.



chable en un grado que hace necesaria –aparte de la reparación– la aplicación de un castigo<sup>25</sup>.

Las insuficiencias de la función compensatoria pueden corregirse mediante el establecimiento de indemnizaciones superiores al menoscabo provocado con la conducta de que se trata, a través de la aplicación de los daños punitivos. Estos suelen adoptar diferentes denominaciones, como *punitive damages*, *exemplary damages* o *vindictive damages*, por ejemplo; existiendo en la actualidad intentos por tipificar distintas modalidades específicas atendiendo al ámbito en que se presentan, *v. gr.*, *deterrence damages* y *aggravated damages*<sup>26</sup>.

En síntesis y de acuerdo con lo indicado, consideramos que los referidos daños tienen la naturaleza de pena o sanción civil, ya que su aplicación, cuando la gravedad de la respectiva conducta lo amerita, implica que el demandado debe soportar el pago de un resarcimiento en beneficio del demandante que va más allá de la reparación del detrimento causado<sup>27</sup>.

La aludida naturaleza de los daños punitivos da cuenta de que la responsabilidad civil que se instrumenta a través de ellos cumple no solo una función sancionatoria, sino también disuasoria<sup>28</sup>.

Así, por una parte, mediante la aplicación de una indemnización extracompensatoria se busca castigar al infractor cuando su comportamiento es grave, malicioso, opresivo, intencional o fraudulento<sup>29</sup>. En este sentido, la responsabilidad civil ostenta una función retributiva, que supone dirigir la atención hacia el autor del daño en orden a formularle un juicio de reproche personal por su conducta, lo que se traduce, en definitiva, en que el monto del resarcimiento dependa de la intensidad de su culpabilidad<sup>30</sup>. Se trata, en suma, de castigar al demandado por la seriedad de su ofensa

<sup>25</sup> BROOKE (2009), p. 2.

<sup>26</sup> MARKEL (2009a), pp.1383-1484.

<sup>27</sup> BARROS (2020), tomo I, pp. 42-43 y 317; PÉREZ (2019), pp. 225-226; y, COOTER (1997), pp. 74-75.

<sup>28</sup> OWEN (1976), pp. 1265 y 1277. La expuesta es la posición mayoritaria. Con todo, cierta doctrina, basada en el análisis económico del Derecho, tiende a resaltar la función disuasoria, cuestionando la utilidad de la sancionatoria, *v. gr.*, POLINSKY y SHAVELL (1998), *passim*. En un sentido similar, se ha planteado que la disuasión sería el objetivo de los daños punitivos, a través de la sanción. COOTER (1989), p. 1146. Asimismo, existen autores que sostienen que, además de las funciones sancionatoria y disuasoria, los daños punitivos sirven como mecanismo para eliminar los beneficios ilícitamente obtenidos, *v. gr.*, CASAS (2005), pp. 5-30. Cabe precisar que se ha criticado que la atribución de tales finalidades a los daños punitivos es generalmente muy abstracta. MARTÍNEZ (2020). En cuanto interesa, nos haremos cargo de esta crítica al precisar la forma en que dichas finalidades se desarrollan en nuestro ordenamiento, especialmente en la LPDC.

<sup>29</sup> COOTER (1997), p. 75.

<sup>30</sup> BARROS (2020), tomo I, pp. 41-42.



mediante el pago de un monto mayor al que debería solventar si el daño lo hubiese provocado por mera negligencia<sup>31</sup>.

Por otro lado, la aplicación de una indemnización extracompensatoria en los casos de ilícitos graves cumple la finalidad de disuadir su comisión<sup>32</sup>. En un sistema “perfecto”, en el que los infractores compensaran la totalidad de los daños que provocan con sus actos, se supone que existirían incentivos suficientes para que observen un nivel eficiente de precaución en el desarrollo de su actividad<sup>33</sup>. Sin embargo, en la práctica, sobre todo tratándose de casos complejos, el sistema de responsabilidad civil suele presentar problemas para las víctimas –que impiden un desincentivo efectivo y significativo de conductas muy reprochables–, como complicaciones para determinar quiénes han provocado el daño o, en general, elevadas dificultades probatorias<sup>34</sup>. En nuestra opinión, esta constatación justifica –entre otras medidas– la utilización de mecanismos que permitan una adecuada disuasión de comportamientos especialmente graves y perjudiciales, como el incremento de las indemnizaciones, que transmite el mensaje a quienes evalúan desplegar acciones u omisiones semejantes de que también tendrán que pagar resarcimientos agravados<sup>35</sup>.

Con base en la perspectiva expuesta, la responsabilidad civil debe asumirse de forma instrumental como un conjunto de incentivos y desincentivos que sirven para orientar el comportamiento de los agentes del mercado hacia fines que son deseables para la sociedad. Esto representa una comprensión de aquella que va más allá de considerarla como una consecuencia beneficiosa para el perjudicado y desfavorable para el autor del daño producida por los hechos que se juzgan. Así, mientras bajo una

---

<sup>31</sup> MARKEL (2009a), pp. 1388-1401. Los objetivos del castigo pueden ser diversos. Así, la recuperación del equilibrio emocional de la víctima; el restablecimiento del Derecho; la recompensa indirecta al que cumple la ley; y, la educación del ofensor. OWEN (1976), pp. 1279-1282.

<sup>32</sup> BARROS (2020), tomo I, p. 43 y OWEN (1976), p. 1277.

<sup>33</sup> COOTER (1997), p. 78.

<sup>34</sup> BARROS (2020), tomo I, p. 318.

<sup>35</sup> POLINSKY y SHAVELL (1998), p. 877. Según los autores, la apuntada comprensión de la función de disuasión es la general y tradicional, que mira hacia el futuro. En contraste, para la posición del análisis económico del Derecho –que desarrollan los autores citados–, dicha función busca la internalización de los costos sociales que tiene la falta de adopción de la prevención adecuada. En ese sentido, no persigue un objetivo hacia el porvenir, sino que corrige la totalidad de los efectos negativos provocados por la acción del demandado. Bajo esta perspectiva, los daños punitivos solo deben aplicarse cuando existe la posibilidad de que el demandado escape de su responsabilidad. En todo caso, en virtud de esta idea también se lograría orientar hacia el futuro el comportamiento de los posibles infractores. Volveremos sobre este punto en el acápite dedicado a la cuantificación de la indemnización punitiva en la LPDC.

perspectiva correctiva de compensación al dañado dicha responsabilidad cumple una función de protección de la persona individual afectada por una acción u omisión ilícita, desde un punto de vista disuasivo satisface una finalidad instrumental de protección general, en tanto que busca prevenir la ocurrencia de comportamientos indeseados para la colectividad<sup>36</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, en la misma perspectiva anotada, nos parece que, a través de los daños punitivos, también se otorga relevancia a la posición del perjudicado y al efecto que para él tiene el atropello de sus intereses. Así, la responsabilidad civil instrumentada mediante dicha clase de daños desempeñaría una función expresiva –la indemnización, además de contener un recargo a título de sanción, conlleva el mensaje de que la conducta de que se trata es reprochable en alta medida–<sup>37</sup> o simbólica –atendido que la retórica compensatoria no logra capturar todo el sentido que la indemnización tiene para el afectado, quien busca una respuesta que satisfaga el sentimiento de abuso que le ha generado la respectiva acción–<sup>38</sup>. En esta línea, como se ha enfatizado, pese a las diferencias existentes en la sociedad, *v. gr.*, la asimetría entre consumidor y proveedor, nadie tiene derecho a dañar a otros<sup>39</sup>.

De acuerdo con lo apuntado, la comprensión de la figura en análisis como sanción privada no es la única alternativa existente. Esto es así porque, llegado el caso, ella también puede explicarse como sanción social y de disuasión óptima<sup>40</sup>. De suerte que, si bien sostenemos que, ante todo, constituye una sanción privada, ello no implica descartar que tenga las funciones adicionales mencionadas, considerando que no se advierten incompatibilidades manifiestas entre ellas. Así, una misma situación que haga procedente su aplicación puede presentar rasgos abordables bajo las ideas de sanción privada y social, como acontece, *v. gr.*, cuando una persona es discriminada y además se comprueba que el infractor mantiene una práctica discriminatoria general<sup>41</sup>. De acuerdo con lo señalado, cabe anticipar que estimamos que la aludida variedad de funciones de los daños punitivos se encuentra presente en la regulación incorporada en la LPDC, ya que, según veremos, recoge una regulación que, en esencia, es representativa de una sanción privada, pero, a la vez, social, sobre todo por el hecho de contemplarlos para casos en que esté comprometido el interés difuso.

<sup>36</sup> BARROS (2020), tomo I, p. 44 y pp. 49-51. Como destaca el autor, bajo esta perspectiva de la responsabilidad civil naturalmente no se busca prevenir o evitar todos los daños, sino impedir aquellos que producen costos que exceden los asociados a su prevención.

<sup>37</sup> MARTÍNEZ (2020), pp. 122-126 y PINO (2017), pp. 171-176.

<sup>38</sup> MARTÍNEZ (2020), pp. 120-121.

<sup>39</sup> GOLDBERG y ZIPURSKY (2010), p. 982.

<sup>40</sup> Un desarrollo detenido de los tres modelos en MARTÍNEZ (2012), pp. 64-92.

<sup>41</sup> MARTÍNEZ (2012), pp. 94-95.

### 3. *Antecedentes comparados*

En los diversos ordenamientos la atención prestada a los daños punitivos es más o menos intensa. Así, si bien a lo largo de la historia en los países de la órbita del Derecho continental la figura ha encontrado fuertes resistencias, en las últimas décadas se ha ido abriendo camino; mientras que en los países del *common law* se observa que cuenta con una sólida tradición, manifestada en una mayor aceptación y desarrollo teórico y práctico<sup>42</sup>.

En particular, el Derecho de la Unión Europea ha sido reticente a recoger un reconocimiento expreso de los daños punitivos. En este sentido, si bien existió un intento por incorporar en el Reglamento Roma II una regla general contraria a la consagración amplia de indemnizaciones excesivas<sup>43</sup>, que habría implicado un gran obstáculo para su procedencia, razones en apariencia políticas llevaron a descartar la propuesta, considerándose que podría traer como consecuencia que algunos países que reconocían los daños punitivos no acogieran el Reglamento<sup>44</sup>. Por su parte, la jurisprudencia supranacional europea, ante la aludida situación de desregulación, y siguiendo el principio de equivalencia, ha resuelto que la indemnización extracompensatoria debe reconocerse solo si está presente dentro de los remedios contemplados en el ordenamiento interno del país en que se verifique el ilícito de que se trata<sup>45</sup>. En todo caso, se ha dicho que la idea de que el Derecho comunitario europeo admitiría los daños punitivos en grado significativo se basa en una comprensión errada del lenguaje de ciertas normas que prescriben que las sanciones deben ser efectivas, proporcionales y disuasivas, ya que estas características no estarían referidas a los remedios del Derecho privado<sup>46</sup>.

Enseguida, en materia de ilícitos contra la libre competencia, si bien en su momento se realizaron sugerencias en línea con la aceptación de los daños punitivos por parte de la Comisión de las Comunidades Europeas –que insertó en el Libro Verde las recomendaciones de procurar la desarticulación de beneficios obtenidos de forma ilícita y de duplicar la

<sup>42</sup> DE ÁNGEL (2012), pp. 41-42 y BARROS (2020), tomo I, p. 318.

<sup>43</sup> PARLAMENTO EUROPEO (2007). Finalmente, el asunto quedó relegado a una mención breve en la consideración previa n.º 32, que dispone: “Consideraciones de interés público justifican, en circunstancias excepcionales, el recurso por los tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en leyes de policía. En particular, la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento que condujera a la asignación de daños e intereses ejemplares o punitivos de naturaleza excesiva puede, según las circunstancias del caso y el ordenamiento jurídico del Estado miembro del órgano jurisdiccional competente, considerarse contraria al orden público del foro”.

<sup>44</sup> KOCH (2009), pp. 197-200.

<sup>45</sup> CARPAGNANO (2007), p. 17.

<sup>46</sup> KOCH (2009), pp. 200-202 y 208-209.

indemnización de perjuicios<sup>47</sup>; con posterioridad se rechazó de forma expresa su procedencia. En ese sentido, el artículo 3.3 de la Directiva 2014/104/UE prescribe:

“Artículo 3. Derecho al pleno resarcimiento. // 3. El pleno resarcimiento con arreglo a la presente Directiva no conllevará una sobrecompensación, bien mediante indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo”.

En los ordenamientos internos de los países europeos la situación es disímil. Por ejemplo, en el Derecho inglés se acepta la procedencia de los señalados daños pero solo en determinadas hipótesis. Así, cuando:

- a) hay disposición legal que los autoriza;
- b) se trata de sancionar una conducta vejatoria, opresiva, arbitraria o inconstitucional, realizada por un funcionario público que vulnera un derecho fundamental de algún ciudadano; y,
- c) el autor del ilícito actúa evaluando que la utilidad de la conducta dañosa será mayor que la indemnización que por su actuar tendría que pagar a la víctima<sup>48</sup>.

En contraste, en España no se recoge la figura, considerándose en general ajena a su tradición<sup>49</sup>. No obstante, los tribunales de este país, para determinar la cuantía de la indemnización por daño moral, suelen basarse en el grado de culpabilidad del ofensor y los beneficios obtenidos a través de la correspondiente conducta<sup>50</sup>, lo que implicaría que en sus decisiones sopesan consideraciones punitivas.

Por su parte, Estados Unidos exhibe una importante tradición en materia de daños punitivos. Si bien algunos Estados los han prohibido, desde

<sup>47</sup> COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2005), pp. 7-8.

<sup>48</sup> BURROWS (1994), p. 272.

<sup>49</sup> DIEZ-PICAZO (1999), p. 46 y DE OLMO (2009), pp. 138 y pp. 141-147. Según este último autor, lo señalado es sin perjuicio de que en las últimas décadas se ha desarrollado en España una importante discusión en torno a la función de la responsabilidad civil y el lugar de los daños punitivos dentro del ordenamiento, propiciada a partir de la influencia del *common law* y del análisis económico del Derecho. Adicionalmente, cierta doctrina sostiene que existen reglas dentro del ordenamiento español que reconocen la función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil, como el artículo 9.3 de la ley orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; el artículo 66 de la ley 11/1986, de patentes; el artículo 38 de la ley 32/1988, de marcas, y el artículo 140 de la ley 19/2006, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios.

<sup>50</sup> SÖCHTING (2006), p. 83.

hace tiempo existe consenso en que se aplican para sancionar al demandado cuando su conducta resulta en extremo reprochable y lograr un nivel óptimo de disuasión<sup>51</sup>.

En el país del norte, los aludidos daños fueron definidos en la sección 908 del *Restatement of Law (Second) of Torts* en los siguientes términos:

*“Punitive damage is damage, other than compensatory or nominal damages, awarded against a person to punish him for his outrageous conduct and to deter him and others like him from similar conduct in the future. // Punitive damages may be awarded for conduct that is outrageous, because of the defendant’s evil motive or his reckless indifference to the right of others. In assessing punitive damages, the trier of fact can properly consider the character of the defendant’s act, the nature and extent of the harm to the plaintiff that the defendant caused or intended to cause, and the wealth of the defendant”*<sup>52</sup>.

Es probable que el supuesto más notable de daños punitivos en Estados Unidos sea el previsto para las hipótesis de infracción a la libre competencia, conocidos como *treble damages*<sup>53</sup>, que están establecidos en la sección 4 de la *Clayton Act* en los siguientes términos:

*“[a]ny person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney’s fee”*<sup>54</sup>.

Aparte de este último caso, en cada Estado se le da un tratamiento disímil a la figura en análisis, que varía en cuanto a las circunstancias de su aplicación y, sobre todo, en lo concerniente a la proporción entre la indemnización compensatoria y la otorgada por concepto de daños punitivos. En este último sentido, mientras en algunos no se limita dicha proporción, en otros se establece que la segunda no puede superar la primera o que puede hacerlo pero con un determinado tope<sup>55</sup>. En este contexto, se han esgrimido diversos cuestionamientos a los daños punitivos, a saber: que

<sup>51</sup> SEBOK (2009), pp. 169-180 y COOTER (1989), p. 1146.

<sup>52</sup> AMERICAN LAW INSTITUTE (1979).

<sup>53</sup> COOTER (1997), p. 75

<sup>54</sup> Antitrust Improvements Act of 1976, tit. III, 15 U.S.C. §§ 15(c)-(h) (amending Clayton Antitrust Act § 4, 15 U.S.C. § 15 [1970]).

<sup>55</sup> SEBOK (2009), pp. 189-194.

se producirían abusos con el ejercicio de las acciones de responsabilidad dada la posibilidad de obtener a través de ellas montos cuantiosos; que estos se traspasarían a los precios cobrados a los consumidores<sup>56</sup>; y, que se afectaría a los accionistas de la firma más que a los dependientes que en realidad causaron el daño<sup>57</sup>.

Los apuntados cuestionamientos asumen que las indemnizaciones por daños punitivos son por lo común desproporcionadas si se las compara con las compensatorias, concluyéndose que si aquellas superan a estas en más de una vez se atentaría contra el principio del debido proceso<sup>58</sup>.

No obstante, estudios empíricos muestran que la realidad es que solo un número reducido excede la indicada proporción<sup>59</sup>. En ese sentido, se ha sostenido que el verdadero problema de los daños punitivos no se relaciona con la fijación de indemnizaciones desproporcionadas, sino más bien con que los montos que se pueden imponer en virtud de ellos son impredecibles e inciertos, lo que pone en cuestión la función disuasoria que tendrían<sup>60</sup>.

En todo caso, con base en el análisis económico, se ha criticado la pretensión de fijar como límite a las indemnizaciones por daños punitivos el que no superen a las compensatorias en más de una vez<sup>61</sup>. Este cuestionamiento prioriza la función disuasiva por sobre la sancionatoria, considerando que, ante todo, dichos daños deberían tender a disminuir la posibilidad de que el infractor escape a su responsabilidad<sup>62</sup>, de modo que el aumento del resarcimiento permita que internalice todos los costos derivados de la falta de la debida prevención<sup>63</sup>. Así, con el objeto de que se cumpla su finalidad disuasoria, no debería establecerse una relación fija

<sup>56</sup> PRIEST (2005), pp. 301-311.

<sup>57</sup> POLINSKY y SHAVELL (1998), pp. 949-952.

<sup>58</sup> SHAVELL (2007), pp. 1225-1226.

<sup>59</sup> HERSCH y VISCUSI (2004), *passim* y SEBOK (2009), pp. 155-156. Se ha precisado también que los cuestionamientos a los daños punitivos desde la óptica del debido proceso no tienen relación con la cuantía de aquellos, sino más bien con la posibilidad de que se otorguen indemnizaciones a los demandantes por daños que han sufrido terceros. Esto, con base en una perspectiva disuasiva de internalización de costos, a partir de la cual se otorgan daños punitivos, aumentando la indemnización otorgada a los demandantes, con el objeto de que el agente también responda de los detrimentos causados a afectados que no acuden al juicio por distintos motivos y respecto de quienes aquel no tiene oportunidad de defenderse. Se ha apuntado que este problema podría resolverse con mecanismos efectivos de litigación colectiva. MARKEL (2009a), pp. 1407-1409.

<sup>60</sup> COOTER (1989), p. 1146 y RHEE (2012), p. 35.

<sup>61</sup> SHAVELL (2007), p. 1225.

<sup>62</sup> POLINSKY y SHAVELL (1998), p. 874.

<sup>63</sup> Sin perjuicio de que algunos autores estimen compatibles los daños disuasivos con los retributivos o sancionatorios. MARKEL (2009a), p. 1412.

entre ellos y los daños compensatorios, lo que hace del todo plausible que la relación entre ambas partidas indemnizatorias sea superior a un dígito<sup>64</sup>.

Los daños punitivos, pese a las objeciones que se le han formulado, siguen teniendo una aceptación transversal en Estados Unidos. Por eso, la Corte Suprema ha desarrollado criterios para su admisión y cálculo, elaborados bajo la consideración de tres aspectos: el grado de reprochabilidad de la conducta; la relación entre los daños compensatorios y los extra-compensatorios; y, la entidad de las sanciones no indemnizatorias aplicables a conductas comparables<sup>65</sup>.

Por lo que respecta a nuestra región, destaca el Derecho argentino al ser un ordenamiento de tradición continental que contempla de manera expresa los daños punitivos. En efecto, la ley n.º 24240 de defensa del consumidor –a partir de la modificación introducida por la ley n.º 26361–, dispone en su artículo 52 bis:

“Daño Punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley”.

77

La norma citada ha suscitado comentarios a favor y en contra<sup>66</sup>. Entre los segundos, aparte de las críticas generales que se suelen formular por el hecho de que los daños punitivos atentarían contra la tradición jurídica continental, se ha sostenido que daría lugar a que la indemnización extra-compensatoria proceda por la sola circunstancia de que el proveedor incumpla sus obligaciones con el consumidor, sin que se tenga en cuenta la gravedad de la conducta, que solo se considera para graduar la multa civil<sup>67</sup>. En este sentido, atendido el silencio de la regla, se ha discutido en

---

<sup>64</sup> SHAVELL (2007), pp. 1225-1226. El cumplimiento del objetivo disuasivo de los daños punitivos ha llevado a la elaboración de algunas fórmulas de cálculo, que serán revisadas brevemente en el apartado III.

<sup>65</sup> DE ÁNGEL (2012), p. 36.

<sup>66</sup> WAJNTRAUB (2005), p. 229.

<sup>67</sup> PICASSO (2008), p. 133.



torno a la necesidad de exigir, para la aplicación de los referidos daños, que la conducta del proveedor sea especialmente reprochable. Dicho debate también se ha instalado en la jurisprudencia argentina. Un interesante fallo lo resume:

“Haciendo un esfuerzo de sistematización, bien puede afirmarse que existen –aunque con diferentes matices– dos criterios hermenéuticos antagónicos, a saber: a) Uno minoritario que podemos denominar ‘amplio’, sólo exige cualquier incumplimiento por parte del proveedor para mandarlo a pagar daños punitivos, postura que coincide con una interpretación estrictamente literal de la norma contenida en el art. 52 bis, L.D.C. [...]. b) Otro, opuesto al anterior, que cuenta con el aval de la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, critica la redacción del art. 52 bis, LDC, y postula recurrir a la prudencia de nuestros magistrados para suplir y corregir las serias omisiones y defectos que el art. en cuestión presenta. Esta doctrina sostiene que no basta con el mero incumplimiento de las obligaciones (legales o contractuales) a cargo del proveedor, sino que hace falta algo más: el elemento subjetivo que consistiría en un menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva y que se traduce en dolo o culpa grave (...)”<sup>68</sup>.

78

La desprolijidad en que habría incurrido el legislador transandino al consagrar los daños punitivos, apuntada desde un inicio por la doctrina, ha debido ser enfrentada –como es lógico– por los tribunales<sup>69</sup>; cuyo trabajo ha contribuido a precisar los contornos de la figura y los presupuestos necesarios para su procedencia. Así, se ha fallado que:

“Desde esta perspectiva, la aplicación del artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor debe ser de carácter excepcional y, por lo tanto, más allá de la obvia exigencia de que medie el ‘incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales para el consumidor’, se requiere algo más, lo que tiene ver [sic] con la necesidad de que exista un grave reproche sobre la conducta del deudor, aun cuando la norma no lo mencione [...]// De ello se sigue que su procedencia no puede ser determinada mecánicamente: ante el incumplimiento, la sanción; sino que requiere de un análisis exhaustivo de la conducta del responsable, a efectos de desentrañar si ha

<sup>68</sup> T., L. M. con *Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A.* (2014).

<sup>69</sup> BRU y STIGLITZ (2009), p. 426.

mediado un desinterés manifiesto por los derechos de terceros o un abuso de posición dominante, o un lucro indebido”<sup>70</sup>.

En resumen, aun cuando en Argentina la mayoría de la doctrina considera positiva la introducción de los daños punitivos, se hace la prevención de que su aplicación resulta procedente en caso de conductas graves de un proveedor, a modo de mecanismo apropiado de prevención y disuasión<sup>71</sup>.

## II. ANÁLISIS DE LOS DAÑOS PUNITIVOS A LA LUZ DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO

En lo que sigue, revisaremos el debate que se ha suscitado en torno a los daños punitivos en Chile y en cada caso formularemos nuestra opinión. En este sentido, corresponde precisar que los principales obstáculos planteados respecto de la incorporación de dichos daños, desde el punto de vista de la tradición jurídica continental<sup>72</sup>, son desarrollados en atención a los supuestos problemas de constitucionalidad a que daría lugar la figura y a la naturaleza reparatoria de la responsabilidad civil. Según explicaremos, tales problemas no constituyen auténticos obstáculos para regulación de aquellos daños en la legislación nacional.

79

### 1. Supuestos problemas de constitucionalidad

Parte de los razonamientos que se esgrimen en contra de los daños punitivos se sustentan en argumentos de naturaleza constitucional, basados en que, al recibir aplicación en el ámbito del Derecho privado, operan como una sanción que se impone sin atender a las garantías sustantivas y procesales de rigor, aduciéndose que son una pena que no está sujeta a los elevados estándares de la responsabilidad penal, ni a las garantías del debido proceso<sup>73</sup>. En este orden de ideas, se esgrime como primer obstáculo el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, en virtud del cual, para sancionar

<sup>70</sup> *D., N. con Sapac S.A. y otro* (2013). En el mismo sentido, aludiendo algunas sentencias a la necesidad de dolo o negligencia grave: *L., R. V. con Constructora del Interior S.R.L.* (2014); *M. C. P. con Telefónica de Argentina S.A.* (2014); *L. A. A. con AMX Argentina S.A.* (2014); *P., J. A. con Moto 10 y otros* (2013); y, *G., G. E. con Eurofrancia S.A.* (2012).

<sup>71</sup> ALTERINI (2008), p. 21; PIZARRO y STIGLITZ (2008), p. 939 y ss.; y, BRODSKY (2012), pp. 277-298.

<sup>72</sup> LARRAÍN (2009), p. 711.

<sup>73</sup> BARROS (2020), tomo I, p. 319.

una conducta, se requiere que esté tipificada de manera previa (reserva legal), lo que impediría aplicar daños punitivos sin que una norma los hubiera contemplado. Asimismo, se denuncia la posible infracción del principio *non bis in idem*, que proscribe que una persona sea sancionada dos veces por la misma conducta, lo que ocurriría si un mismo hecho es castigado en sede penal o administrativa y la vez en la civil<sup>74</sup>.

Atendido el establecimiento de los daños punitivos a partir de la reforma introducida a la LPDC mediante la ley n.º 21081, concluimos –como es lógico– que nuestro ordenamiento de consumo no resulta criticable con base en el principio de reserva legal<sup>75</sup>. Asimismo, al ser los daños punitivos una sanción civil, nos parece que es suficiente con que, en general, estén supeditados a reglas de Derecho privado. Así, consideramos que la sujeción a las garantías constitucionales, que limitan de forma estricta el ejercicio del poder público en los ámbitos penal y administrativo sancionador, no es necesaria tratándose de disputas entre privados relativas a los perjuicios causados por uno al otro, como acontece en el caso de los daños punitivos<sup>76</sup>. No obstante, y como es evidente, resulta razonable que se apliquen respecto de las sanciones civiles ciertos principios constitucionales, como el de legalidad (que la conducta sancionada sea descrita en la ley de manera previa) y el de inocencia<sup>77</sup>, que, en todo caso, nuestra legislación (*v. gr.*, la LPDC) sí observa en materia de daños punitivos.

En relación con lo anterior, el TC se ha pronunciado respecto de ciertas reglas que establecen indemnizaciones extracompensatorias. Conociendo de un recurso de inaplicabilidad del artículo 27 inciso 2.º de la ley n.º 18168, general de telecomunicaciones –que establece una indemnización equivalente al triple de la tarifa diaria en caso de suspensión, interrupción o alteración del servicio por más de tres días en un mismo mes–, reconoció su carácter sancionatorio, a la vez que su sentido y utilidad, sentenciando lo siguiente:

“[e]ste tipo de consecuencias civiles del incumplimiento es de frecuente utilización en el derecho comparado, dando lugar a lo que la doctrina anglosajona ha denominado ‘daños punitivos’, verdaderas multas en beneficio privado que el ordenamiento contempla para sancionar incumplimientos de contratos que se celebran en masa y a cuyo respecto no cabe concebir una multiplicidad de demandas individuales, que harán imposible asumir los costos de

<sup>74</sup> YZQUIERDO (2001), pp. 52-53 y LARRAÍN (2009), p. 711.

<sup>75</sup> LARRAÍN (2009), p. 712.

<sup>76</sup> LARRAÍN (2009), p. 712.

<sup>77</sup> FERNÁNDEZ (2008), p. 119.

transacción adversos que la reclamación tendría para los consumidores<sup>78</sup>.

A lo señalado se debe agregar que la ley n.º 21081 (que introdujo los daños punitivos en la LPDC) fue objeto de un intenso control preventivo de constitucionalidad que no se tradujo en la extirpación de las reglas relativas a los daños punitivos, a diferencia de lo que aconteció con las atinentes a determinadas facultades del Servicio Nacional del Consumidor<sup>79</sup>. En consecuencia, en la comprensión del TC, los mencionados daños punitivos de la LPDC no presentan vicios de constitucionalidad.

En resumen, atendidos los argumentos que hemos expresado, el establecimiento de los referidos daños en la LPDC no resulta contrario a la Constitución.

## *2. La naturaleza reparatoria de la responsabilidad civil*

Cuando se contempla la posibilidad de que la indemnización de perjuicios exceda la reparación del daño causado, la responsabilidad civil cobra un carácter punitivo. La indemnización es otorgada entonces al demandante a modo de una sanción civil que afecta al demandado. Opera así tanto bajo una lógica retributiva, para enfrentar un comportamiento en especial reprochable, como disuasiva, en la medida de que busca desincentivar al autor del ilícito y a los demás agentes del mercado de incurrir en conductas similares a la castigada<sup>80</sup>. Considerando lo señalado, el estudio de los daños punitivos reabre la recurrente discusión acerca de las funciones de la responsabilidad civil.

En los sistemas de Derecho continental la tradición ha sido entender que la función de aquella se limita a resarcir o restituir al damnificado a la situación previa a la ocurrencia del hecho ilícito<sup>81</sup>, de manera que, por consecuencia, no desempeñaría ni una función sancionatoria ni una disuasoria. En términos simples, la indemnización de perjuicios buscaría la reparación integral del daño causado de forma efectiva, siendo su magnitud lo determinante para fijar la compensación: se indemniza el perjuicio y nada más que el perjuicio<sup>82</sup>. Se agrega que las penas son propias del De-

<sup>78</sup> *Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones* (2007), considerando 11.º.

<sup>79</sup> *Sentencia sobre el proyecto de ley que modifica la ley n.º 19496, sobre protección de los derechos de los consumidores, correspondiente al Boletín n.º 9369-03* (2018).

<sup>80</sup> BARROS (2020), tomo I, p. 317.

<sup>81</sup> ALESSANDRI (2005), p. 25 y BARROS (2020), tomo I, pp. 41-42.

<sup>82</sup> DOMÍNGUEZ (2019), p. 189 y p. 199 y CLERC-RENAUD (2019), p. 66.

recho penal y ajenas al Derecho civil; y que, dada la naturaleza en esencia compensatoria de aquella, el otorgamiento de una suma de dinero como forma de sanción supondría un enriquecimiento injustificado<sup>83</sup>.

No obstante, consideramos que la afirmación de que la pena es una figura ajena al Derecho privado resulta difícil de sostener en Chile si se toma en cuenta que en nuestro ordenamiento civil existen normas que, respecto de conductas censurables en alta medida, contienen sanciones constitutivas de consecuencias que van más allá del restablecimiento de la situación previa. De esto dan cuenta, por ejemplo, los artículos 1768 y 1792-18 del *Código Civil*, relativos a la sociedad conyugal y el régimen de participación en los gananciales, respectivamente, y en virtud de los cuales el cónyuge que distraiga bienes del matrimonio debe restituirlos doblados<sup>84</sup>. Existe una regla similar para el heredero o legatario que sustrae efectos de la sucesión en el artículo 1231 del mismo cuerpo normativo. Un caso semejante es el de la cláusula penal (regulada en los artículos 1535 y siguientes del Código de Bello), mediante la que se avalúan de forma anticipada los perjuicios, pudiendo su monto superar al del eventual daño<sup>85</sup>. Respecto de estas figuras, la doctrina, de manera temprana, dio cuenta de que constituyen penas privadas, dado que su objeto no es reparar el daño causado sino sancionar al autor, y que se imponen en interés de la víctima y no de la sociedad<sup>86</sup>. Se trata de una conclusión que suscribimos, atendido lo que hemos venido sosteniendo. Lo indicado se ve reforzado si se tiene en cuenta que el artículo 1558 del *Código Civil* impone al deudor que incumple el contrato mediando dolo la indemnización de los perjuicios imprevistos a la época de celebración de aquel, lo que implica, en atención al reproche de la conducta enjuiciada, ampliar la responsabilidad más allá de los detrimentos considerados por las partes al manifestar su voluntad<sup>87</sup>.

Aparte del *Código Civil*, otras leyes nacionales facultan al juez para conceder una indemnización con tintes punitivos al permitir que considere la gravedad de la conducta del infractor, como la ley n.º 19628, sobre protección de la vida privada, cuyo artículo 23 inciso 3.º dispone:

“El monto de la indemnización será establecido prudencialmente por el juez, considerando las circunstancias del caso y la gravedad de los hechos”.

<sup>83</sup> DÍEZ-PICAZO (1999), pp. 44-45 y BANFI (2013), pp. 228-229.

<sup>84</sup> SEGURA (2005), pp. 641-646.

<sup>85</sup> CAPRILE (2019), p. 348 y DOMÍNGUEZ (2019), pp. 197-199. En relación con otras normas del ordenamiento civil que establecen sanciones, SEGURA (2005), pp. 641-646.

<sup>86</sup> ALESSANDRI (2005), pp. 401-402.

<sup>87</sup> CORRAL (2003), p. 69; BANFI (2017), p. 101 y p. 117; BANFI (2013), pp. 229-230; y, PEREIRA (2015), p. 70. La regla ha sido estimada también como limitación al principio de reparación integral del daño. DOMÍNGUEZ (2019), pp. 189-193 y BANFI (2012), pp. 3-32.

Otro tanto ocurre con el artículo 85E inciso 3.º de la ley n.º 17336, sobre propiedad intelectual, que establece:

“Con independencia de la existencia de un perjuicio patrimonial, para efectos de la determinación del daño moral, el tribunal considerará las circunstancias de la infracción, la gravedad de la lesión, el menoscabo producido a la reputación del autor y el grado objetivo de difusión ilícita de la obra”.

Enseguida, respecto del principio de la reparación integral del daño, que –según algunos– no se respetaría en caso de otorgarse una indemnización que supere el menoscabo causado de forma efectiva, opinamos que no es un principio absoluto y que, por tanto, admite excepciones<sup>88</sup>. En este sentido, cabe advertir que, en nuestro sistema –conforme a los ejemplos legales que hemos expuesto–, la función sancionatoria no está excluida de los fines de la indemnización<sup>89</sup>. Además, la función correctiva de esta se encuentra integrada con la retributiva si se entiende que, por su intermedio, se aplica un castigo al autor del daño que tiene como efecto que la víctima sea compensada<sup>90</sup>.

Luego, en nuestro concepto, resulta bastante ilustrativo de que la función de la responsabilidad civil no sería solo reparatoria el hecho de que, en materia de daño moral, los tribunales chilenos, de manera más o menos explícita, toman en cuenta la gravedad del acto para incrementar la indemnización, con lo que, en la práctica, desempeñaría un rol sancionatorio y preventivo de conductas intencionales o temerarias<sup>91</sup>. Así, pese a que nuestra jurisprudencia subraya la naturaleza compensatoria de la responsabilidad civil, con regularidad esgrime, en cuanto a la evaluación del daño moral, consideraciones de índole retributiva y preventiva, como la indicada gravedad del comportamiento y la posición económica del demandado<sup>92</sup>. De tal suerte, nos parece que ciertas decisiones de nuestros tribunales tensionan la comprensión tradicional de la responsabilidad civil al asumir que también persigue finalidades coherentes con las que busca la institución de los daños punitivos, como las de sancionar y desincentivar determinadas conductas.

---

<sup>88</sup> Una revisión de las excepciones, con fundamento sistémico, económico, legal, jurisprudencial y convencional, en DOMÍNGUEZ (2019), pp. 181-199.

<sup>89</sup> CORRAL (2003), p. 68.

<sup>90</sup> PINO (2013), p. 95.

<sup>91</sup> BANFI (2017), p. 103.

<sup>92</sup> SEGURA (2005), pp. 635-656; BARROS (2020), tomo I, pp. 321-322; BANFI (2017), pp. 117-118; CORRAL (2003), pp. 68-69; PEREIRA (2015), pp. 66-69; y, DOMÍNGUEZ (1998), p. 49. Una exposición de casos en BARROS (2020), tomo I, pp. 321-322.

Ahora bien, es innegable que las argumentaciones retributivas y disuasivas tomadas en cuenta por los tribunales en sus decisiones sobre la indemnización por daño moral, dan lugar a incerteza y opacidad respecto de los fundamentos del monto concedido por tal concepto. No obstante, la regulación legal de los daños punitivos (por ejemplo, en virtud de la LPDC) otorga seguridad jurídica en la materia, permitiendo que los tribunales transparenten los casos en que incorporan consideraciones de naturaleza retributiva en sus fallos y las circunstancias que, en conformidad a la ley, los hacen precedentes<sup>93</sup>.

En fin, en lo concerniente al argumento de que el otorgamiento de un monto indemnizatorio superior al perjuicio causado de forma efectiva constituiría un enriquecimiento injustificado, parte de la doctrina –que apoyamos– considera adecuado que la sanción civil sea pagada al perjudicado como retribución por el servicio prestado a la comunidad al reclamar contra quien comete actos antisociales<sup>94</sup>, o que constituye un incentivo para la persecución de comportamientos reprochables cuya denuncia no resulta atractiva para los damnificados dada la cuantía del daño y los costos de seguir una acción judicial<sup>95</sup>. Siguiendo estas ideas, nos parece que las indemnizaciones extracomparatorias refuerzan el aspecto disuasivo de la responsabilidad civil al hacer partícipe al afectado del control de conductas que atentan de modo grave contra la ley, lo que posibilita un cumplimiento más eficiente del objetivo social de prevención y sanción de aquellas conductas<sup>96</sup>. A su vez, consideramos que favorecen una comprensión de la responsabilidad civil en la que –según apuntamos– cobra relevancia la posición del damnificado, el alcance que para esta tiene la vulneración de sus derechos y el efecto expresivo o simbólico que cumple la indemnización.

Conforme a lo señalado, el hecho de que ante comportamientos graves se aplique la indemnización de perjuicios como castigo o mecanismo de disuasión no resulta incompatible con el entendimiento general de que tiene ante todo un carácter reparatorio.

### III. REVISIÓN CRÍTICA DE LOS DAÑOS PUNITIVOS EN LOS JUICIOS DE PROTECCIÓN DEL INTERÉS COLECTIVO O DIFUSO DE LOS CONSUMIDORES

A diferencia de otros países en que se reconocen los daños punitivos con carácter general respecto de variadas materias<sup>97</sup>, nuestra legislación acepta

<sup>93</sup> PEREIRA (2015), p. 66 y PINO (2013), pp. 123-125.

<sup>94</sup> Al respecto, BANFI (2017), p. 113.

<sup>95</sup> FERNÁNDEZ (2008), p. 113.

<sup>96</sup> PIZARRO (2004), p. 479.

<sup>97</sup> DE ÁNGEL (2012), p. 17.



su procedencia en supuestos acotados. En cuanto importa para este trabajo y según señalamos, la figura fue consagrada en la LPDC, a través de la reforma introducida por la ley n.º 21081, en el artículo 53 C letra c) –ubicado en el título IV, párrafo 3.º, del procedimiento especial para protección del interés colectivo o difuso de los consumidores–<sup>98</sup>, que dispone:

“En la sentencia que acoja la demanda, el juez, además de lo dispuesto en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, deberá:  
// c) Declarar la procedencia de las correspondientes indemnizaciones o reparaciones y el monto de la indemnización o la reparación a favor del grupo o de cada uno de los subgrupos, cuando corresponda. 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”.

En particular, nos parece que la manera en que ha sido consagrada la figura en la LPDC es coherente con la conclusión general de que debe reservarse para casos que merecen un especial reproche, y que ha sido recogida en dicha ley bajo la exigencia de que procede ante la concurrencia de las circunstancias agravantes de la responsabilidad infraccional.

Estimamos que la incorporación de los daños punitivos en la LPDC representa un importante avance al contribuir a una más adecuada prevención y sanción de conductas graves contra los derechos de los consumidores<sup>99</sup>. En particular, nos parece que la manera en que ha sido consagrada la figura en la LPDC es coherente con la conclusión general de que debe reservarse para casos que merecen un especial reproche, dado que es recogida en dicha ley a través de la referencia a las circunstancias agravantes de la responsabilidad infraccional, como supuestos de procedencia. Se consagra, en consecuencia y ante todo, un modelo que, en esencia, es el de una sanción privada, pero, al permitirse la procedencia de daños punitivos en casos de indemnización por afectación de intereses difusos, se asume también una lógica de sanción social, en tanto que los respectivos litigantes pueden reclamar que la conducta reprochable no solo ha perjudicado a los consumidores involucrados en la acción, sino también a un conjunto de sujetos indeterminado y, por lo mismo, más amplio, lo que habría de llevar al juzgador a aplicar al infractor una condena por la práctica de que se trata considerada de manera global<sup>100</sup>.

<sup>98</sup> MENDOZA (2019), p. 74. Sin perjuicio de lo que puede decirse respecto del artículo 25 A de la LPDC, cuyo tratamiento, como anticipamos, no es parte de este trabajo. En todo caso, tal disposición también se refiere a supuestos acotados.

<sup>99</sup> MENDOZA (2019), p. 75.

<sup>100</sup> MARTÍNEZ (2012), pp. 71-72.

Sin perjuicio de lo que hemos dicho, nos parece necesario dar cuenta de algunos aspectos de la regulación de los daños punitivos en la LPDC que resultarían perjudiciales para los consumidores.

En primer lugar, los daños punitivos han sido contemplados por el artículo 53 C letra c) de la LPDC solo para el caso de las acciones colectivas. No obstante, es indudable que, en términos individuales, un consumidor puede sufrir daños producto de una actitud especialmente reprochable del proveedor en la que se presente una de las agravantes descritas por la LPDC, que también se aplican para calcular la sanción administrativa en juicios de interés individual. A modo de ejemplo, un caso de aquel tipo tendría lugar cuando a una persona con síndrome de Down se le obliga a abandonar por tal situación, junto a su madre, la sala de juegos de un casino<sup>101</sup>, o cuando el equipo de seguridad de un establecimiento comercial trata de manera ofensiva a alguien<sup>102</sup>.

Si asumimos que la finalidad de los daños punitivos en la LPDC no solo es de prevención y sanción, sino también –conforme a lo que hemos postulado– expresiva o simbólica para el damnificado, debemos concluir que, si bien en aquella ley las hipótesis de procedencia de tales daños responden a las consecuencias que las acciones del proveedor tienen para los afectados, al ser reguladas solo respecto de las acciones colectivas, la aludida finalidad tiende a diluirse tratándose de los perjudicados considerados de manera individual. Esto, porque, no obstante que la condena

<sup>101</sup> *F. S. con Casino Enjoy Antofagasta* (2010). Mediante esta sentencia se condenó al Casino Enjoy Antofagasta a pagar una multa de 5 UTM y a una indemnización de \$5 000 000 para la demandante, madre de la mujer con síndrome de Down a quien se expulsó del recinto. Cabe destacar que la Corte de Apelaciones de Antofagasta, para la determinación del monto de la indemnización por daño moral, tuvo en consideración “la capacidad económica del hechor” (considerando 15), lo que permite identificar una orientación punitiva en la decisión. ISLER (2019a), p. 100.

<sup>102</sup> *V. V. con Salcobrand* (2015). Acogiendo un recurso de queja interpuesto contra los Ministros de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, la Corte Suprema confirmó la sentencia inicialmente revocada por el tribunal de segunda instancia. No obstante, redujo la indemnización por daño moral de \$10 000 000 a \$5 000 000, respecto de una consumidora que, habiendo concurrido a una farmacia a comprar un medicamento, horas más tarde fue visitada en su domicilio particular por dos funcionarios del recinto comercial que la acusaron, en presencia de su familia y vecinos, de haber sustraído el producto. En los dos ejemplos citados se atentó en forma grave contra la dignidad de los afectados, lo que configura una de las hipótesis de procedencia de los daños punitivos, según se verá. Sin perjuicio de que los daños punitivos pudieran regularse tratándose de acciones individuales, no cabe duda de que es un gran avance reglamentarlos a propósito de las acciones colectivas. Esto es así, entre otras razones, porque el mecanismo de las acciones colectivas elimina o reduce la crítica planteada desde la garantía del debido proceso a los daños punitivos, en el sentido de que estos serían una herramienta disuasoria que internaliza los costos de prevención dando lugar a una indemnización respecto de afectados que no han concurrido al juicio y frente a los cuales el demandado no podría defenderse. MARKEL (2009a), pp. 1407-1409.

a pagar los referidos daños constituye una señal expresiva de la especial reprochabilidad de la conducta del proveedor, una reparación simbólica exige, ante todo, que sea la propia víctima la que ejerza la acción, y no el Estado o una agencia<sup>103</sup>, como de ordinario ocurre en nuestro medio con las acciones colectivas. En síntesis, una plena realización de la función expresiva de la responsabilidad civil requiere que los aludidos daños también sean procedentes tratándose de acciones para proteger el interés individual de los consumidores.

En segundo lugar, pese al avance que representa la inclusión de los daños punitivos en la LPDC, resulta criticable el hecho de que fije como indemnización extracompensatoria el 25% de la reparatoria, al ser un monto bajo si se lo compara con los otorgados en otras legislaciones, en las que es usual que aquellos puedan llegar a una relación de equivalencia con la indemnización compensatoria o superarla<sup>104</sup>. Según precisaremos, resulta cuestionable que la finalidad disuasoria de la responsabilidad civil pueda alcanzarse mediante una sanción tan baja. De *lege ferenda*, debería otorgarse al juez la facultad de imponer un monto por concepto de daño punitivo mayor al establecido hoy por la LPDC; fijarse un rango en términos de monto para su cuantificación (y no un porcentaje fijo); y, permitirse su establecimiento sobre la base de criterios adicionales al de la relación con la indemnización compensatoria.

Dicho lo anterior, en lo que sigue, nos referiremos de manera crítica a las hipótesis de procedencia de la indemnización de los daños punitivos a la luz de la LPDC y a su cuantificación.

### 1. Procedencia

En el ámbito jurídico suele distinguirse entre prevención general y especial. La primera se vincula con la responsabilidad civil en cuanto esta es una técnica mediante la que se asocian costos al desarrollo de actividades que originan riesgos, posibilitando que los agentes del mercado que las ejecutan integren en sus decisiones la potencialidad de tener que indemnizar a los perjudicados los daños que provoquen con aquellas, lo que constituiría un incentivo para llevarlas a cabo observando adecuados estándares de diligencia. La segunda, se traduce en la aplicación, ante determinadas actividades riesgosas, de diversas herramientas, como multas, autorizaciones, prohibiciones, revisiones administrativas, etc. Considerando lo señalado, es usual que la responsabilidad civil, como sistema de prevención general, interactúe con normas de prevención especial<sup>105</sup>.

<sup>103</sup> MARTÍNEZ (2018), p. 19.

<sup>104</sup> LARRAÍN (2009), pp. 716-717 y SEBOK (2009), pp. 159-169.

<sup>105</sup> BARROS (2020), tomo I, pp. 52-53.

La LPDC es un claro ejemplo de lo indicado, en tanto que impone deberes y obligaciones a los proveedores con el objetivo general de proteger a los consumidores<sup>106</sup>, y cuya infracción acarrea responsabilidad administrativa (en esencia, multas)<sup>107</sup>, sirviendo tal infracción con frecuencia como fundamento de la responsabilidad civil<sup>108</sup>. Así, existe una estrecha vinculación entre la búsqueda de la prevención general y la prevención especial.

En el sentido expuesto, el artículo 53 C letra c) de la LPDC, al efecto de determinar las condiciones a partir de las cuales procede la indemnización por los daños punitivos, realiza una remisión a las circunstancias agravantes de la responsabilidad infraccional que, según el artículo 24 inciso 5.º de la misma ley, son las siguientes:

“a) Haber sido sancionado con anterioridad por la misma infracción durante los últimos veinticuatro meses, contados desde que esté ejecutoriada la resolución o sentencia sancionatoria. En caso de tratarse de una micro o pequeña empresa en los términos del inciso segundo del artículo segundo de la ley N° 20.416, si ha sido sancionada por la misma infracción durante los últimos doce meses contados de la misma manera. // b) Haber causado un daño patrimonial grave a los consumidores. // c) Haber dañado la integridad física o psíquica de los consumidores o, en forma grave, su dignidad. // d) Haber puesto en riesgo la seguridad de los consumidores o de la comunidad, aun no habiéndose causado daño<sup>109</sup>”.

88

<sup>106</sup> ISLER (2019b), p. 199 y SOTO y DURÁN (2019), pp. 243-247 (refiriéndose también al fundamento de las normas desde el libre funcionamiento de los mercados).

<sup>107</sup> GUERRERO (2008), pp. 439-442. Para el autor, no cualquier contravención a la LPDC daría lugar a responsabilidad infraccional. Aun cuando no es el propósito de este trabajo abordar esta discusión, nos parece más acertada la posición contraria, que sostiene que cualquier contravención a la LPDC da lugar a responsabilidad infraccional. ISLER (2015), pp. 82-85.

<sup>108</sup> BARAONA (2014), p. 397. Naturalmente, esto no significa aceptar que la acción civil está subordinada a la administrativa-infraccional, sin perjuicio de que los Juzgados de Policía Local hayan tendido a asumir esta errada comprensión. PINOCHET (2012), pp. 427-440. Hoy existiría consenso en la doctrina en torno a la independencia de ambas acciones. MENDOZA (2019), p. 72.

<sup>109</sup> Podría cuestionarse o rechazarse la procedencia de daños punitivos en casos de riesgos no acompañados de perjuicios, por no existir un menoscabo cierto indemnizable. Sin embargo, estimamos apropiada la indemnización de daños punitivos en caso de riesgos que hayan afectado la seguridad de los consumidores, ya que esta afectación puede considerarse en sí misma un detrimento. Por lo demás y según se ha señalado, entendidos los daños punitivos como sanción civil, debe tenerse en cuenta que en otros ordenamientos no resulta extraño que se castiguen determinadas conductas pese a no producir un daño concreto o no haber víctimas, *v. gr.*, en casos de conducción en estado de ebriedad. MARKEL

Considerando las señaladas circunstancias agravantes, en primer lugar, se puede apreciar que, sin perjuicio de que la regulación de los daños punitivos en la LPDC es acotada, las hipótesis de las citadas letras admiten un importante grado de flexibilidad, en tanto que abundantes conductas contrarias a dicha ley podrían traer como consecuencia alguna de las circunstancias mencionadas<sup>110</sup>.

Enseguida, cabe tener presente que, desde la perspectiva administrativa, las agravantes y atenuantes constituyen elementos que permiten determinar el castigo atendiendo a la entidad de la contravención, lo que implica que no todas las infracciones deben sancionarse de igual manera<sup>111</sup>. En particular, el papel de las circunstancias agravantes es intensificar la condena. En este sentido, nos parece que la remisión realizada por la LPDC a ellas como requisito de procedencia de los daños punitivos, resulta coherente con su carácter de sanción civil aplicable a casos merecedores de un especial reproche, y otorga un razonable grado de certeza respecto de sus condiciones de aplicación.

A su turno, corresponde tener en cuenta que, en virtud del artículo 53 C letra c) de la LPDC, atendido que se vale de la expresión “podrá”, resulta que el juez gozaría de la prerrogativa de otorgar daños punitivos en caso de verificarse alguna de las circunstancias agravantes mencionadas, lo cual nos parece cuestionable. En nuestra opinión, pese al tenor de la norma, es deseable el establecimiento de criterios y reglas por completo precisos que, en aras de un mayor nivel de certeza, permitan configurar los supuestos en que la tendencia jurisprudencial sea la imposición de daños punitivos, en orden a disminuir de manera significativa la discrecionalidad judicial.

En tal sentido y según adelantamos, a partir de la revisión de relevante normativa extranjera, cabe concluir que el elemento determinante para la procedencia de aquellos daños es una conducta grave del infractor, que exceda la simple negligencia y llegue a configurar culpa lata o dolo. Por ejemplo, en el Derecho estadounidense se otorgan cuando se comprueba una negligencia grosera o un comportamiento intencional<sup>112</sup>. Lo mismo ocurre en el Derecho argentino<sup>113</sup>.

---

(2009b), pp. 279-280. La idea de sancionar riesgos es coherente también con el fin de disuasión y prevención general de conductas que representen un peligro para la seguridad de los consumidores.

<sup>110</sup> Esto se aplica especialmente tratándose de la afectación de la dignidad, que es una de las agravantes que hace procedentes los daños punitivos como criterio calificado. Respecto del mismo concepto como criterio de procedencia del daño moral colectivo, TAPIA (2020), pp. 1024-1028.

<sup>111</sup> BERMÚDEZ (2014), pp. 291-292.

<sup>112</sup> COOTER (1989), p. 1147.

<sup>113</sup> OTOLOLA (2014), p. 140.

Por lo que concierne a los daños punitivos regulados por la LPDC, según apuntamos, proceden cuando concurre alguna de las causales agravantes descritas en la ley. Pues bien, considerando la configuración de estas, podemos concluir que su verificación implica que el proveedor ha actuado con un grado de culpabilidad superior a la simple negligencia, puesto que dichos supuestos son de especial gravedad, siendo expresión de una desviación extrema de la conducta lícita<sup>114</sup>. Esta conclusión es coherente con la determinación de criterios que hacen procedentes los daños punitivos en otras legislaciones, que –reiteramos– consideran al efecto conductas como las agravantes establecidas por la LPDC, *v. gr.*, la reincidencia en la conducta, la afectación grave del patrimonio y el atropello de la integridad o dignidad de las víctimas<sup>115</sup>. En suma, estimamos que, comprobándose alguna de las graves circunstancias señaladas, el tribunal debería aplicar los daños punitivos para favorecer a los afectados y castigar al infractor, sin exigir la verificación de otras cuestiones o un estándar de imputación agravado. Se trata de la única interpretación coherente con el principio pro-consumidor que informa la LPDC, y en cuya virtud los tribunales deben preferir aplicar la ley de la manera que mejor tutele los intereses de aquel<sup>116</sup>.

90

Enseguida, sobre la relación entre la responsabilidad administrativa y la civil establecidas en la LPDC, corresponde que aludamos al supuesto problema que generarían los daños punitivos enfrente de la apuntada garantía o principio del *non bis in idem*. En este sentido, cabe tener en cuenta que la prohibición de doble sanción en que consiste tal garantía opera cuando concurre identidad de sujetos, hechos y fundamentos jurídicos<sup>117</sup>. En nuestra opinión, en el caso de los daños punitivos no concurre esta triple identidad al no presentarse en relación con los fundamentos jurídicos y los hechos.

En primer lugar, consideramos que, tratándose de los daños punitivos, no concurre la identidad de fundamentos jurídicos que avalan la sanción. Esto es así porque no se atenta contra el principio citado cuando a un mismo hecho se aplican dos sanciones que, ante todo, se apoyan en fundamentos diferentes por cautelar bienes jurídicos distintos<sup>118</sup>. Una sanción infraccional y una consecuencia civil (como los mencionados daños) apuntan a resguardar bienes jurídicos diferentes, teniendo, así, diversas naturalezas y funciones<sup>119</sup>. En efecto, la primera salvaguarda en lo inmediato el orden público y el interés general<sup>120</sup>, mientras que la segunda tiene el

<sup>114</sup> OWEN (1989), p. 730.

<sup>115</sup> MARKEL (2009b), pp. 277-278.

<sup>116</sup> ISLER (2019c), p. 47 y HERNÁNDEZ (2014), p. 336.

<sup>117</sup> BERMÚDEZ (2014), p. 345 y CORDERO (2014), p. 265.

<sup>118</sup> SOTO y DURÁN (2019), p. 260.

<sup>119</sup> ISLER (2014), pp. 232-233.

<sup>120</sup> GUERRERO (2008), p. 443 e ISLER (2019b), p. 199.

propósito de proteger de forma directa a la persona de que se trata<sup>121</sup>, respondiendo, de este modo, a un marcado interés privado.

En segundo lugar, nos parece que, tratándose de los daños punitivos, no concurre la identidad de hechos que justifican la sanción. Según se ha dicho, en el caso de la responsabilidad administrativa, las agravantes constituyen un elemento para ponderar la sanción pecuniaria aplicable ante una infracción (artículo 24 inciso 5.º de la LPDC). Así, ante todo, el hecho inicial que motiva el surgimiento del castigo del proveedor es la vulneración de deberes u obligaciones contemplados en la LPDC, y no el hecho de que haya incurrido en tales circunstancias, cuyo papel es aumentar la consecuencia nacida del mencionado hecho inicial. En cambio, en el caso de los daños punitivos –que son una sanción civil–, el motivo inmediato de su procedencia es la concurrencia de una de las indicadas circunstancias, y no la sola infracción de la LPDC, ya que, a pesar de producirse, si no se materializa alguna de aquellas, no se deberían aplicar daños de dicha índole<sup>122</sup>.

Por otra parte, creemos que, sin perjuicio de que los daños punitivos se han regulado por la LPDC en relación con las hipótesis agravantes de la responsabilidad contravencional, esto no significa que, para la procedencia de aquellos, resulte necesario que el proveedor haya sido sujeto de una sanción administrativa. Esto es así porque en la LPDC la responsabilidad civil es independiente de la infraccional<sup>123</sup>, teniendo incluso plazos diferentes de prescripción (en virtud de la reforma realizada por la ley n.º 21081). De este modo, sin perjuicio de que, con frecuencia, el establecimiento de la indemnización punitiva pueda estar precedido por la verificación de una infracción administrativa, concluimos que esta no constituye una exigencia de aquella. En nuestra opinión, este aserto es reforzado por el propio tenor del artículo 53 C letra c) de la LPDC, que solo exige, para la aplicación de los daños punitivos, que se materialice alguna de las circunstancias del inciso 5.º del artículo 24 de la misma ley, sin que requiera la previa configuración de una responsabilidad infraccional del proveedor.

<sup>121</sup> DOMÍNGUEZ (1999), p. 32.

<sup>122</sup> A modo de ejemplo, si un proveedor vulnera la garantía legal del consumidor y, llevado a juicio, es hallado culpable de infringir las normas que la regulan, comprobándose que ya había sido sancionado en los últimos veinticuatro meses en otro caso por la misma contravención, el tribunal deberá considerar esta circunstancia agravante para aplicar la correspondiente multa (artículo 24). Luego, en lo tocante a la acción indemnizatoria, el tribunal podrá otorgar daños punitivos por constatar que la conducta del proveedor ha sido reiterada en los términos expuestos, siendo la reincidencia, por tanto, el hecho que habilita al juzgador para aumentar la responsabilidad civil. Así, la sanción administrativa y la civil se aplican por hechos distintos: por la infracción a la normativa sobre la garantía legal, en el primer caso, y por haber incurrido el proveedor en la agravante de reincidencia, en el otro.

<sup>123</sup> MENDOZA (2019), p. 72.



Junto con lo anterior, cabe apuntar que en algunos casos relevantes no se dispondrá de una sanción infraccional basada en la LPDC. Así, *v. gr.*, tratándose de supuestos en que la acción infraccional esté prescrita y vigente el plazo de la indemnizatoria; y, asimismo, de las hipótesis de ilícitos contra la competencia, en relación con los cuales, si bien podría contarse con una sentencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en aplicación del inciso 2.º del artículo 51 de la LPDC), no se dispondrá de modo necesario de una condena administrativa por vulneración de la LPDC. Impedir en estos casos la procedencia de los daños punitivos por la circunstancia de que no se haya materializado una sanción infraccional por incumplimiento de la LPDC, implicaría privar a las víctimas de la indemnización por tales daños, pese a que en los hechos se haya verificado una conducta constitutiva de una agravante de responsabilidad administrativa, como son, por ejemplo, las que suelen configurar los ilícitos *antitrust*. En este sentido, cabe considerar que la conocida sentencia de la Corte Suprema recaída en el requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra tres cadenas de farmacias señaló, aludiendo a la conducta de las empresas coludidas, que, en la especie, “el interés económico se sobrepuso a la dignidad humana, a la vida y la salud de las personas” (considerando nonagésimo)<sup>124</sup>; de lo que queda claro que dicha conducta configura la agravante de la letra c) del inciso 5.º del artículo 24 de la LPDC.

En suma, estimamos que la indemnización de los daños punitivos es procedente, reuniéndose sus presupuestos, pese a que en los hechos no haya tenido lugar una sanción administrativa por infracción de la LPDC.

## 2. Cuantificación

La LPDC regula los daños punitivos solo respecto de los procedimientos de protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, señalando el artículo 53 C letra c) que el tribunal, en la sentencia que acoja la demanda, podrá aumentar en un 25% el monto de la indemnización correspondiente.

Según puede apreciarse, los daños punitivos en el ámbito del consumo han sido consagrados en Chile como una sanción tasada. Así, la facultad que otorga la LPDC al juez está determinada de forma cuantitativa, por lo que, en caso de conceder una indemnización por daños punitivos, deberá ajustarse a la prescripción legal, que supone tener por base el importe de la indemnización reparatoria. Esta constatación implicaría superar la crítica formulada en otros sistemas consistente en que los criterios para deter-

<sup>124</sup> FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros (2012).

minar el monto a otorgar como indemnización extracompensatoria son vagos<sup>125</sup>.

La técnica representada por la fijación de un aumento de la indemnización que corresponde por los daños que han sido conocidos en el respectivo proceso, es defendida sobre todo por la escuela del análisis económico del Derecho. Ello, a través de la tesis de la disuasión óptima, en cuanto dicho aumento permitiría cubrir aquellos detrimentos provocados por un proveedor en casos que, por distintas razones, no llegan a juicio y que, por esto, constituyen situaciones en que aquel logra evitar que se le aplique la responsabilidad civil por los menoscabos producidos. En esta perspectiva, la aplicación de un aumento indemnizatorio conseguiría que los proveedores internalicen todas las consecuencias de haber observado un nivel de prevención menor al óptimo.

Se trataría, entonces, de un planteamiento que pone en tela de juicio la función sancionatoria o retributiva de los daños punitivos. Esto sería así porque postula que, en último término, el demandado debe pagar todos los daños que provoque, es decir, tanto los que han sido asentados en el marco de un juicio como aquellos que, habiéndose probablemente producido, no fueron conocidos en un proceso jurisdiccional, y que serían reveladores de situaciones en que el proveedor escapó de la aplicación de la responsabilidad civil. Este aserto justificaría el aumento de la indemnización mediante una fórmula basada en la probabilidad que haya tenido el proveedor de sortear la aplicación de la responsabilidad en determinados casos<sup>126</sup>.

93

<sup>125</sup> El ejemplo paradigmático, como se indicó, es el caso estadounidense. Al respecto, entre otros, OWEN (1976), pp. 1314-1315 y COOTER (1997), pp. 75-76.

<sup>126</sup> Según diremos, nuestro ordenamiento no sigue esta orientación, ya que los daños punitivos se determinan con base en un porcentaje fijo de la indemnización compensatoria. Por tanto, no corresponde en este trabajo revisar en detalle la posición comentada. Con todo, en virtud de ella –tal como indicamos–, los daños punitivos a fijar deberían resultar de multiplicar el perjuicio causado por la probabilidad de que el proveedor sea hallado culpable. Así, si el daño causado asciende a 100 000 y hay un 25% de probabilidades de que el infractor sea declarado responsable, aquel debe multiplicarse por 1/0.25 o 4, siendo entonces los daños punitivos de 300 000 y, en consecuencia, la indemnización total de 400 000. Los autores que desarrollan esta posición proponen asimismo una tabla de multiplicadores según la probabilidad del infractor de escapar de la responsabilidad. POLINSKY y SHAVELL (1998), pp. 874-875 y p. 962. La fórmula que expresa la relación entre daños punitivos e indemnización compensatoria es la siguiente:

$$PD = \left( \frac{1-s}{s} \right) CD$$

*PD* son los daños punitivos, *CD* la indemnización compensatoria y *s* la probabilidad de ser hallado responsable. HERSH y VISCUSI (2004), p. 3. Por su parte, existe otra formulación desarrollada sobre la base de la regla de atribución de responsabilidad bajo la perspectiva del análisis económico del Derecho, según la cual el agente es responsable cuando el grado de prevención (*b*) que adopta es menor que el producto de la probabilidad de accidente (*p*)

Como consecuencia, se ha postulado, en virtud de tal comprensión, que, en rigor, los daños de que hemos venido hablando no serían punitivos, al perseguir que el agente responda por la totalidad de los menoscabos que habría provocado, a través del aumento de la indemnización sobre la base de un factor multiplicador que considere los casos en que aquel pudiera haber escapado de su responsabilidad; lo que supone, en definitiva, que no hace más que responder por todo el daño causado<sup>127</sup>.

No obstante, consideramos que, en Chile, el tenor del artículo 53 C letra c) de la LPDC lleva a desechar que se haya seguido el planteamiento antes expuesto (tesis de la disuasión óptima). Esto sería así, en primer lugar, porque los daños punitivos en la LPDC están establecidos como un porcentaje fijo de la indemnización compensatoria respectiva, sin que su monto, por ende, resulte de la aplicación de un factor variable que se base en la probabilidad de que el proveedor pudiera tener responsabilidad o escapar de esta, al efecto de que se consiga un nivel adecuado de prevención. En segundo lugar, la regla de daños punitivos de la LPDC tiene, ante todo, un cariz sancionatorio, en tanto para su otorgamiento la ley exige la concurrencia de alguna circunstancia agravante de la responsabilidad administrativa, es decir, de una consecuencia especialmente reprochable que afecte a los consumidores, como la reincidencia en la infracción, la causación de un menoscabo patrimonial grave, la materialización de un daño a la integridad física o psíquica o la lesión grave de la dignidad de aquellos<sup>128</sup>.

Dicho lo anterior, corresponde ahora formular algunas apreciaciones críticas a la manera de determinar la cuantía de los daños punitivos establecida por la LPDC.

En primer lugar, cabe reiterar que el aumento indemnizatorio establecido por la LPDC en materia de daños punitivos es bajo si se lo compara con el contemplado por legislaciones extranjeras. Por ejemplo, en el Derecho argentino, en aplicación del artículo 52 bis de la ley n.º 24240, de defensa del consumidor –que se remite al artículo 47 inciso b)–, el límite de la multa civil es de cinco millones de pesos (cerca de cuarenta millones

---

y la pérdida resultante por la ocurrencia de este ( $L$ ). La regla bajo la cual se atribuye responsabilidad se expresa entonces de la siguiente manera:  $b < pL$ . A esta regla corresponde agregar los errores de aplicación del Derecho (*enforcement error*), expresados en una fracción consistente en la expectativa de ser hallado responsable ( $q$ ). Mientras menor es esta fracción  $q$ , más incentivos habrá para el agente de desplegar un nivel de prevención menor al eficiente. Para corregir esta situación se aplica a la fórmula un multiplicador punitivo ( $m$ ), que busca eliminar la influencia del factor  $q$ . COOTER (1989), pp. 1151-1152.

<sup>127</sup> RHEE (2012), p. 37 y MARKEL (2009a), p. 1406.

<sup>128</sup> La causal de la letra d) del inciso 5.º del artículo 24 debe considerarse aparte en tanto que consiste en “haber puesto en riesgo la seguridad de los consumidores o de la comunidad, aun no habiéndose causado daño”. Al respecto, MUNITA (2020).

de pesos chilenos), lo que implicaría, atendido que la disposición ha sido aplicada en casos de protección del interés individual, que los daños punitivos sean superiores al 25% de la indemnización compensatoria<sup>129</sup>. A su turno, en Estados Unidos, sobre la base del derecho al debido proceso, se ha estimado que una relación no superior a un dígito entre la indemnización compensatoria y el monto de dichos daños sería adecuada, y que cuatro veces la cantidad de aquella podría ser contraria a la Constitución<sup>130</sup>. Según puede apreciarse, se trata de cuantías bastante mayores que la consagrada en la LPDC.

En todo caso, considerando que los daños punitivos regulados por la LPDC proceden en el contexto de juicios para proteger el interés supra-individual de los consumidores, podría pensarse que el aumento del 25% que impone dicha ley en caso de concurrir circunstancias agravantes sería razonable. Ello, si se tiene en cuenta el abultado número de demandantes que suele accionar en dichos juicios, en el sentido de que si a las indemnizaciones reparatorias que reciban se suma aquel porcentaje, se podría llegar a un monto elevado. Esto, más aún teniendo en cuenta que la función de desincentivar conductas especialmente censurables perseguida por los daños punitivos se cumple también mediante el establecimiento mismo de las acciones colectivas, ya que suponen un número significativo de demandantes que, a través de ellas, pueden obtener montos resarcitorios que consigan la finalidad disuasoria pretendida<sup>131</sup>. Se trata de un aserto que se vería corroborado en juicios masivos en que se producen daños colectivos de gran envergadura, como el caso Sernac con Cencosud<sup>132</sup>, que involucró a alrededor de 600 000 consumidores, ascendiendo la cuantía de las reparaciones a USD\$70 millones. No obstante, indemnizaciones como las concedidas en la citada causa no son usuales, por lo que –teniendo en cuenta además los argumentos que hemos detallado– cabe insistir en que el monto de los daños punitivos establecido por la LPDC es bajo.

<sup>129</sup> Véanse *P., J. A. con Moto 10 y otros* (2013), en que se condenó a pagar \$6 558 a título de compensación y \$10 000 por daño punitivo; *C. P., M. D. con Bank Boston NA* (2008), en que se condenó a la restitución de \$6 000 y al mismo monto a título de daño punitivo; *S., G. con S.O.E.M.E.* (2014), en que se condenó a la restitución de \$1 045 y a \$8 000 por daños punitivos; *M. C. P. con Telefónica de Argentina S.A.* (2014), en que se condenó por daño moral a pagar \$25 000 y por daños punitivos \$50 000; y, *F. C., M. N. con Telecom Argentina S.A. y Arnet S.A.* (2014), en que se condenó a pagar \$3 500 por daño moral y \$5 000 por daño punitivo.

<sup>130</sup> SHAVELL (2007), p. 1225. Sin embargo, aunque no tan frecuentemente, se han fijado daños punitivos en un monto que supera en uno o cuatro puntos el de la indemnización compensatoria. Así, en *Mathias vs. Accor Economy Lodging, Inc.* (2003), en que la relación entre la indemnización compensatoria y los daños punitivos fue de 37,2 veces; y, en *Philip Morris USA vs. Williams* (2007), en que dicha relación fue de 97 veces.

<sup>131</sup> MACNEIL (2015), p. 293 y SHERMAN (2004), p. 233.

<sup>132</sup> *Servicio Nacional del Consumidor con Cencosud Administradora de Tarjetas S.A.* (2013).

En segundo lugar, en aras de precisar de mejor forma la función disuasiva de los daños punitivos, estimamos que, al regularse como una consecuencia de comportamientos de señalada gravedad para los consumidores, la orientación que ha seguido la LPDC es de disuasión general –desalentar el desarrollo de la actividad de que se trata, respecto del demandado y otros actores– y completa –desincentivar de modo total dicha actividad–<sup>133</sup>. En este sentido, consideramos que resulta dificultoso que tal propósito de disuasión general y completa se logre de manera plena a través de la imposición, a título de daños punitivos, del monto contemplado en la LPDC. Esto, porque –como hemos indicado– su cuantía es baja, y porque, además, algunas infracciones, pese a su gravedad, pueden conducir a la fijación de sumas indemnizatorias menores<sup>134</sup>.

En nuestra opinión, habría sido preferible que la LPDC contemplara un rango para que el tribunal determine la indemnización a título de daño punitivo, y no solo un monto fijo. Asimismo, consideramos que tal margen, en su máximo, debería superar el 25% de la indemnización compensatoria llegando, al menos, a ser equivalente a ella. Se trata de una idea que, en general, concita consenso en otras latitudes, incluso desde el punto de vista del respeto a los principios constitucionales. Como sea, nos parece que contemplar márgenes concretos para que el juez fije la indemnización punitiva resulta necesario en orden a conseguir niveles adecuados de certeza jurídica. Asimismo, estimamos que la LPDC también debería contemplar criterios de determinación de la suma de la indemnización por daños punitivos distintos de la relación con el monto otorgado como compensación, sobre todo respecto de aquellos casos en que la conducta enjuiciada, siendo grave, genere daños de baja entidad. En este sentido, se ha dicho, acerca de los daños punitivos, que, para determinar la indemnización asociada a ellos, puede servir como parámetro adecuado la entidad del patrimonio del demandado, de modo que pueda fijarse dicha indemnización como un porcentaje de él (1 a 10%), según la gravedad de la conducta de que se trata<sup>135</sup>.

En suma, con el establecimiento de un margen basado en la relación entre la indemnización compensatoria y la punitiva –y no de un mero monto

---

<sup>133</sup> Los conceptos expuestos son desarrollados por MARTÍNEZ (2020), pp. 117-118.

<sup>134</sup> Por ejemplo, en el caso de alzas unilaterales de costos de mantención de ciertos productos financieros, en los que la responsabilidad está en esencia delimitada por la devolución de lo obtenido de forma ilícita. Se trata de casos que afectan de manera importante la dignidad de los consumidores al ser instrumentalizados por el proveedor con el objeto de maximizar sus ganancias. TAPIA (2020), pp. 1025-1027.

<sup>135</sup> MARKEL (2009b), p. 287-288 y MARTÍNEZ (2012), p. 71. Sin duda, se trata de una idea que da lugar a relevantes dificultades, por ejemplo, en orden a determinar el patrimonio del demandado. Sin embargo, la extensión de este trabajo no permite abordarlas.

fijo– y con la consideración de otros criterios aplicables en casos de daños de baja envergadura derivados de comportamientos graves –como un porcentaje del patrimonio del demandado–, se lograría aplicar de mejor manera la función disuasiva de los daños punitivos y conseguir aceptables grados de certeza jurídica.

### CONCLUSIONES

Hasta la entrada en vigencia de la ley n.º 21081, que modificó la LPDC, los daños punitivos eran ajenos al ordenamiento nacional de protección del consumidor. A partir de dicha reforma, la figura se encuentra regulada en el artículo 53 C letra c) de la LPDC, a propósito del procedimiento de protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, resultando procedente en caso de concurrir alguna de las circunstancias agravantes de la responsabilidad infraccional contempladas por el artículo 24 de aquella ley, caso en el cual el juez está facultado para aumentar la indemnización en un 25% del monto fijado a título de reparación.

Los daños punitivos tienen la naturaleza de una sanción civil y, por lo mismo, desempeñan una función de castigo, de disuasión y de prevención de conductas especialmente reprochables. Con todo, esa naturaleza igual permite dar cabida a la idea de que puedan comprenderse como un castigo social y un mecanismo de disuasión óptima (por ejemplo, tratándose de casos en que esté comprometido el interés difuso de los consumidores).

Ha sido tradicional que parte de la doctrina estime que los daños punitivos presentan problemas de constitucionalidad (desde la perspectiva del principio de legalidad y del derecho al debido proceso) y que la función sancionatoria que cumplen sería ajena a la visión clásica, que asume la responsabilidad civil solo como un mecanismo reparatorio. Como es evidente, el hecho de que se hayan regulado los daños punitivos en la LPDC elimina en Chile la crítica formulada a su respecto a partir del principio de legalidad. En cuanto al derecho al debido proceso, queda claro, de acuerdo con lo expuesto, que no corresponde pretender que un castigo privado cumpla todas las garantías constitucionales exigibles a las sanciones del Derecho penal y del administrativo, al perseguir objetivos bien diferentes. Además, la jurisprudencia constitucional nacional se ha pronunciado a favor de las indemnizaciones extracompenatorias. Por su parte, en cuanto atañe a la pretendida exclusividad de la función resarcitoria de la responsabilidad civil, expresada en el principio de la reparación integral del daño, hemos constatado que nuestra legislación contiene diversos ejemplos de sanciones contra el autor de un ilícito en los que se impone

una indemnización con carácter sancionatorio o retributivo, lo que lleva a concluir que dicho principio no es absoluto. A su turno, funciones distintas a la compensatoria, como la retributiva, se encuentran ligadas de manera innegable a la responsabilidad civil, como se manifiesta tratándose de la indemnización del daño moral, a cuyo respecto los tribunales suelen tomar en consideración el grado de reprochabilidad de la conducta del autor del ilícito.

La incorporación de los daños punitivos en la LPDC constituye un avance importante por cuanto contribuye a sancionar, disuadir y prevenir conductas graves ejecutadas por proveedores contra consumidores. En particular, al establecerse como requisito de procedencia de dichos daños la materialización de alguna de las circunstancias agravantes de la responsabilidad infraccional, se les ha dado una recepción que es coherente con la comprensión aceptada de manera general de que deben reservarse para casos de especial gravedad. Como es lógico, la imposición de una sanción administrativa y de una privada (como los daños punitivos) no contraviene la garantía del *non bis in idem*, en tanto que los fundamentos jurídicos de ambas son diversos, siéndolo también los hechos que las sustentan (la vulneración de la LPDC y la concurrencia de una agravante de responsabilidad, respectivamente). Con todo, resulta criticable que la LPDC haya establecido una cuantía para la indemnización extracomplementaria mucho más baja que la regulada en otros ordenamientos; y que haya contemplado a tal título un monto fijo, ya que dificulta el cumplimiento de la función de disuasión general asignada a la figura. Habría sido preferible que la LPDC estableciera un rango variable para la determinación de la cuantía de los daños punitivos, cuyo tope debería llegar al menos al monto de la indemnización compensatoria. Además, aparte del criterio de procedencia de la concurrencia de una agravante de la responsabilidad administrativa, la LPDC debería haber considerado otros para la cuantificación de los daños punitivos, como el patrimonio del infractor.

Teniendo en cuenta lo señalado, creemos que la hipótesis planteada al inicio de este trabajo puede estimarse corroborada, en tanto que la regulación de los daños punitivos en la LPDC es positiva, al contribuir a sancionar, disuadir y prevenir conductas graves de los proveedores, pero cuestionable respecto de la reglamentación de su cuantificación.

#### BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUIRREZABAL, Maite (2019). *Defensa de los consumidores y acceso a la justicia. Un análisis del procedimiento colectivo en la legislación chilena*. Santiago: Thomson Reuters.



- ALESSANDRI, Arturo (2005). *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ALTERINI, Atilio (2008). “Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después”, en Sebastián PICASSO y Roberto VÁZQUEZ (dirs.). *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: La Ley.
- AMERICAN LAW INSTITUTE (1979). *Restatement of the Law, Second, On Torts*. Minnesota: St. Paul Minnesota.
- BANFI, Cristián (2017). “De la función punitiva de la responsabilidad aquiliana en Francia: algunas implicancias para la comprensión del Derecho de daños chileno”. *Revista de Derecho*, vol. XXX, n.º 1, Valdivia.
- BANFI, Cristián (2013). “La responsabilidad civil como forma de aplicación privada del Derecho de la competencia”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 21, Santiago.
- BANFI, Cristián (2012). “Por una reparación integral del daño extracontractual limitada a los hechos dolosos o gravemente negligentes”. *Ius et Praxis*, año 18, n.º 2, Talca.
- BARAONA, Jorge (2014). “La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del código civil y comercial sobre contratos: un marco comparativo”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n.º 2.
- BARRIENTOS, Francisca y Claudio FUENTES (2019). “La configuración del rol especial del juez de consumo en los procesos colectivos: Fundamentos y consecuencias”, en Juan Ignacio CONTARDO, Felipe FERNÁNDEZ y Claudio FUENTES (coords.). *Litigación en materia de consumidores. Dogmática y práctica en la reforma de fortalecimiento al SERNAC*. Santiago: Legal Publishing.
- BARROS, Enrique (2020). *Tratado de responsabilidad extracontractual* (2ª edición). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, tomo 1.
- BERMÚDEZ, Jorge (2014). *Derecho administrativo general*. Santiago: Thomson Reuters.
- BRODSKY, Jonathan (2012). “Daño punitivo: Prevención y justicia en el Derecho de los consumidores”. *Lecciones y Ensayos*, n.º 90, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires.
- BROOKE, Henry (2009). “A Brief Introduction: The Origins of Punitive Damages”, en Helmut KOZIOL y Vanessa WILCOX (eds.). *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. Wien: Springer.
- BRU, Jorge y Gabriel STIGLITZ (2009). “Régimen de responsabilidad civil por daños al consumidor”, en Dante RUSCONI (coord.). *Manual de Derecho del Consumidor*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- BURROWS, Andrew (1994). *Remedies for Torts and Breach of Contract*. London: Butterworths.
- CANE, Peter (1996). *Tort Law and Economic Interests*. Oxford: Clarendon Press.
- CAPRILE, Bruno (2019) “15. La reparación convencional o cláusula penal y el principio de la reparación integral del daño”, en Carmen DOMÍNGUEZ (ed.). *El principio de reparación integral en sus contornos actuales. Una revisión desde el Derecho chileno, latinoamericano y europeo*. Santiago: Thomson Reuters.

- CARPAGNANO, Michele (2007). “El private enforcement del Derecho comunitario de la competencia en acción: Análisis crítico de la decisión del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados C 295-298/04”. *Indret*, n.º 1, Barcelona.
- CARTWRIGHT, Peter (2004). *Consumer Protection and the Criminal Law. Law, Theory, and Policy in the UK*. Cambridge: Cambridge University Press.
- CASAS PLANES, María (2005). “La función de la responsabilidad civil (referencia especial a su controvertida función penal. Los *punitive damages* del Derecho anglosajón)”. *Práctica Derecho de Daños*, n.º 29.
- CLERC-RENAUD, Laurence (2019). “3. El principio de reparación integral confrontado con las fuentes de la responsabilidad civil: origen, fundamento y valor constitucional”, en Carmen DOMÍNGUEZ (ed.). *El principio de reparación integral en sus contornos actuales. Una revisión desde el Derecho chileno, latinoamericano y europeo*. Santiago: Thomson Reuters.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (2005). *Libro Verde sobre Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*. Bruselas: Comisión Europea. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0672&from=ES> [Fecha de consulta: 31 de mayo de 2022].
- COOTER, Robert (1997). “Punitive Damages, Social Norms, and Economic Analysis”. *Law and Contemporary Problems*, vol. 30, n.º 3.
- COOTER, Robert (1989). “Punitive Damages for Deterrence: when and how much”. *Alabama Law Review*, vol. 40, n.º 3.
- CORDERO, Eduardo (2014). *Derecho administrativo sancionador: bases y principios en el Derecho chileno*. Santiago: Legal Publishing.
- CORRAL, Hernán (2003). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- DE ÁNGEL, Ricardo (2012). *Daños punitivos*. Madrid: Civitas.
- DE OLMO, Pedro (2009). “Punitive Damages in Spain”, en Helmut KOZIOL y Vanessa WILCOX (eds.). *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. Wien: Springer.
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.
- DOMÍNGUEZ, Carmen (1999). “Aspectos modernos de la reparación del daño moral: contraste entre el Derecho chileno y el Derecho comparado”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, n.º 6, Coquimbo.
- DOMÍNGUEZ, Carmen (1998a). “Algunas consideraciones en torno al daño como elemento de la responsabilidad civil”. *Revista Chilena de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XIX, Valparaíso.
- DOMÍNGUEZ, Carmen (1998b). “La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el Derecho civil chileno y comparado”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 25, n.º 1, Santiago.
- DOMÍNGUEZ, Ramón (2019). “9. Los límites al principio de reparación integral”, en Carmen DOMÍNGUEZ (ed.). *El principio de reparación integral en sus contornos*

- actuales. Una revisión desde el Derecho chileno, latinoamericano y europeo.* Santiago: Thomson Reuters.
- FERNÁNDEZ, Miguel (2008). “Constitucionalidad de la ley que impone el pago de indemnización por daños punitivos a las empresas concesionarias de servicios, a propósito de la Ley General de Telecomunicaciones”, en *Sentencias destacadas 2007. Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas.* Santiago: Libertad y Desarrollo.
- GOLDBERG, John y Benjamin ZIPURSKY (2010). “Torts as Wrongs”. *Texas Law Review*, vol. 88, n.º 5.
- GUERRERO, José (2008). “La distinción entre contravención infraccional e incumplimiento contractual”, en Alejandro GUZMÁN (ed.). *Colección de estudios de Derecho civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo.* Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- HENSLER, Deborah; PACE, Nicholas; DOMBEY-MOORE, Bonnie; GIDDENS, Elizabeth; GROSS Jennifer y Erik MOLLER (2000). *Class Action Dilemmas: Pursuing Public Goals for Private Gain.* Santa Mónica: RAND Corporation.
- HERNÁNDEZ, Gabriel y Mauricio TAPIA (2019). *Colusión y daños a los consumidores.* Santiago: Legal Publishing.
- HERNÁNDEZ, Gabriel (2014). “Protección constitucional de los derechos de los consumidores”, en Eduardo CHIA y Flavio QUEZADA (eds.). *Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia).* Santiago: Instituto Igualdad.
- HERSCH, Joni y Kip VISCUSI (2004). “Punitive Damages: how Judges and Juries perform”. *Journal of Legal Studies*, vol. 33, n.º 1.
- IRIGOYEN, Matías (2011). “La no asegurabilidad de los daños punitivos en Argentina: explicación desde un análisis económico del Derecho”. *InDret*, n.º 3.
- ISLER, Erika (2019a). *Jurisprudencia de Derecho de consumo comentada.* Santiago: Rubicón Editores.
- ISLER, Erika (2019b). “10. Una aproximación a las acciones derivadas de la Ley N° 19.496 sobre Protección a los Derecho de los Consumidores”, en María Elisa MORALES (dir.) y Pamela MENDOZA (coord.). *Derecho del consumo: Ley, doctrina y jurisprudencia.* Santiago: Der Ediciones.
- ISLER, Erika (2019c). “Del *favor debilis* al *favor consumatore*: consideraciones históricas”. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, n.º 82.
- ISLER, Erika (2015). “Las normas que dan origen a la responsabilidad civil y a la responsabilidad infraccional en la Ley 19.496”. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 6, n.º 2, Temuco.
- ISLER, Erika (2014). “Suplemento alimenticio y protección de los derechos de los consumidores: Comentarios sobre el caso ADN”. *Ars Boni Et Aequi*, año 10, n.º 1.
- KEETON, Robert; SARGENTICH, Lewis y Gregory KEATING (2004). *Tort and Accident Law. Cases and Materials* (4ª edición). Lewiston: Thomson West.
- KOCH, Bernhard (2009). “Punitive Damages in European Law”, en Helmut KOZIOL y Vanessa WILCOX (eds.). *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives.* Wien: Springer.

- LARRAÍN, Cristián (2009). “Aproximación a los Punitive Damages”, en Carlos PIZARRO (coord.). *Estudios de Derecho Civil IV. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, 2008*. Santiago: Thomson Reuters.
- MACNEIL, Ian (2015). “Enforcement and Sanctioning”, en Niamh MALONEY, Eilís FERRAN y Jennifer PAYNE (eds.). *The Oxford Handbook of Financial Regulation*. Oxford: Oxford University Press.
- MARKEL, Dan (2009a). “How should Punitive Damages work?”. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 157.
- MARKEL, Dan (2009b). “Retributive Damages: A Theory of Punitive Damages as Intermediate Sanction”. *Cornell Law Review*, vol. 94.
- MARTÍNEZ, María (2020). “La dimensión retributiva del Derecho de daños. La perspectiva de la víctima”, en Juan GARCÍA y Diego PAPAYANNIS (eds.). *Dañar, incumplir y reparar. Ensayos de filosofía del Derecho privado*. Lima: Palestra.
- MARTÍNEZ, María (2018). “Moral Outrage and Betrayal Aversion: The Psychology of Punitive Damage”. *Journal of Tort Law*, vol. 11, n.º 2.
- MARTÍNEZ, María (2012). “¿Para qué sirven los daños punitivos? Modelos de sanción privada, sanción social y disuasión óptima”. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, año XIV, n.º 5.
- MENDOZA, Pamela (2019). “4. Introducción al estatuto de la responsabilidad del proveedor”, en María Elisa MORALES (dir.) y Pamela Mendoza (coord.). *Derecho del consumo: Ley, doctrina y jurisprudencia*. Santiago: Der Ediciones.
- MUNITA, Renzo (2020). “Riesgo a la seguridad del consumidor ¿sin daño?”. Disponible en: <https://idealex.press/riesgo-desconocido-y-dano-configurable/> [Fecha de consulta: 15 de febrero de 2021].
- OTAOLA, María (2014). “La justificación de los daños punitivos en el Derecho argentino”. *Revista de la Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba*, vol. v, n.º 1, Córdoba.
- OWEN, David (1976). “Punitive Damages in Products Liability Litigation”. *Michigan Law Review*, vol. 74, n.º 7.
- PARLAMENTO EUROPEO (2007). *Reglamento (CE) N° 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»)*. Estrasburgo.
- PEREIRA, Esteban (2015). “Un alegato a favor de las consideraciones punitivas en el Derecho privado”. *Revista de Derecho, Escuela de Postgrado*, n.º 7, Santiago.
- PICASSO, Sebastián (2008). “Nuevas categorías de daños en la Ley de Defensa del Consumidor”, en Sebastián PICASSO y Roberto VÁZQUEZ (dirs.). *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: La Ley.
- PÉREZ FUENTES, Gisela (2019). “Los daños punitivos: Análisis crítico desde el Derecho comparado”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año LI, n.º 154.
- PINO, Alberto (2017). “No sólo quieren dinero: La función expresiva de la responsabilidad extracontractual”, en Rodrigo BARRÍA, Alfredo FERRANTE y Lilian

- SAN MARTÍN (eds.). *Presente y futuro de la responsabilidad civil. Actas del Congreso Internacional de 3 y 4 de noviembre de 2016. Santiago de Chile*. Santiago: Thomson Reuters.
- PINO, Alberto (2013). “Entre reparación y distribución: la responsabilidad civil extracontractual como mecanismo de distribución de infortunios”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 21, Santiago.
- PINOCHET, Ruperto (2012). “¿Es la condena infraccional requisito de la indemnización de perjuicios regulada en la ley N° 19.496 sobre Protección al Consumidor? Un error histórico”, en Fabián ELORRIAGA (coord.). *Estudios de Derecho Civil VII. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Viña del Mar, 2011*. Santiago: Thomson Reuters.
- PIZARRO, Daniel (2004). *Daño moral. Prevención, reparación, punición: el daño moral en las diversas ramas del Derecho*. Buenos Aires: Hammurabi.
- PIZARRO, Ramón y Rubén STIGLITZ (2008). “Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor”, en Sebastián PICASSO y Roberto VÁZQUEZ (dirs.). *Reforma a la Ley de Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: La Ley.
- POLINSKY, Mitchell y Steven SHAVELL (1998). “Punitive Damages: an Economic Analysis”. *Harvard Law Review*, vol. 111, n.º 4.
- PRIEST, George (2005). “La reforma del régimen de daños punitivos: el caso de Alabama”, en Carlos ROSENKRANTZ (comp.). *La responsabilidad extracontractual*. Barcelona: Gedisa.
- RHEE, Robert (2012). “A Financial Economic Theory of Punitive Damages”. *Michigan Law Review*, vol. 111, n.º 1.
- SCHWARTZ, Gary (1991). “The Myth of the Ford Pinto Case”. *Rutgers Law Review*, n.º 43.
- SEBOK, Anthony (2009). “Punitive Damage in the United States”, en Helmut KOZIOL y Vanessa WILCOX (eds.). *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*. Wien: Springer.
- SEDGWICK, Theodore (1972). *A Treatise of the Measure of Damages*. New York: Arno Press.
- SEGURA, Francisco (2005). “Algunas consideraciones sobre la pena privada y los daños punitivos en el Derecho Civil chileno”, en Juan Andrés VARAS y Susan TURNER (coords.). *Estudios de Derecho Civil. Código y dogmática en el Sesquicentenario de la Promulgación del Código Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Valdivia, 2005*. Santiago: Lexis Nexis.
- SHAVELL, Steven (1998). “On the Proper Magnitude of Punitive Damages: *Mathias V. Accor Economy Lodging, Inc.*”. *Harvard Law Review*, vol. 120, n.º 5.
- SHERMAN, Edward (2004). “Consumer Class Action: Who are the real winners?”. *Maine Law Review*, vol. 56, n.º 2.
- SÖCHTING, Andrés (2006). “Criterios para determinar el indemnizatorio en el daño moral. Un estudio de la jurisprudencia española”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 7.

SOTO, Pablo y Carolina DURÁN (2019). “El ámbito infraccional en el Derecho del consumo: práctica jurisdiccional y modificaciones introducidas por la Ley N° 21.081”, en Juan Ignacio CONTARDO, Felipe FERNÁNDEZ y Claudio FUENTES (coords.). *Litigación en materia de consumidores. Dogmática y práctica en la reforma de fortalecimiento al SERNAC*. Santiago: Legal Publishing.

WAJNTRAUB, Javier (2005). “Responsabilidad en el Derecho del consumidor argentino”, en Carlos PIZARRO (dir.). *Cuadernos de Análisis Jurídico. Colección Derecho Privado*, n.º 4. Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

YZQUIERDO, Mariano (2001). *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Madrid: Editorial Dykinson.

### Normas citadas

#### Chile

Ley n.º 21081, modifica la ley n.º 19496, sobre protección de los derechos de los consumidores. *Diario Oficial de la República de Chile*, 13 de septiembre de 2018.

Ley n.º 20543, relativa al procedimiento aplicable para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores. *Diario Oficial de la República de Chile*, 21 de octubre de 2011.

Ley n.º 19955, modifica la ley n.º 19496, sobre protección de los derechos de los consumidores. *Diario Oficial de la República de Chile*, 14 de julio de 2004.

104

Ley n.º 19628, sobre protección de la vida privada. *Diario Oficial de la República de Chile*, 28 de agosto de 1999.

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

Ley n.º 18168, general de telecomunicaciones. *Diario Oficial de la República de Chile*, 2 de octubre de 1982.

Ley n.º 17336, de propiedad intelectual. *Diario Oficial de la República de Chile*, 2 de octubre de 1970.

#### *Código Civil*

#### España

Ley 19/2006, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios. *Boletín Oficial del Estado*, 6 de junio de 2006.

Ley 32/1988, de Marcas. *Boletín Oficial del Estado*, 12 de noviembre de 1988.

Ley 11/1986, de Patentes. *Boletín Oficial del Estado*, 26 de marzo de 1986.

Ley Orgánica 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. *Boletín Oficial del Estado*, 14 de mayo de 1982.



## Estados Unidos

*Antitrust Improvements Act of 1976*. 30 de septiembre de 1976.

*Clayton Antitrust Act of 1914*. 5 de junio de 1914.

## Argentina

Ley n.º 26361, modificación de la ley n.º 24240. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 3 de abril de 2008.

Ley n.º 24240, de defensa del consumidor. *Boletín Oficial de la República Argentina*, 13 de octubre de 1993.

*Jurisprudencia citada*

## Chile

Compañía de Telecomunicaciones de Chile S.A. con Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (2007): Tribunal Constitucional, 5 de mayo de 2012, rol n.º 694-2006.

F. S. con Casino Enjoy Antofagasta (2010): Corte Suprema, 24 de abril de 2010, rol n.º 686-2010.

FNE contra Farmacias Ahumada S.A. y otros (2012): Corte Suprema, 7 de septiembre de 2012, rol n.º 2.578-2012.

Sentencia sobre el proyecto de ley que modifica la ley n.º 19.496, sobre protección de los derechos de los consumidores, correspondiente al boletín n.º 9369-03 (2018): Tribunal Constitucional, 18 de enero de 2018, rol n.º 4012-2017.

Servicio Nacional del Consumidor con Cencosud Administradora de Tarjetas S.A. (2013): Corte Suprema, 24 de abril de 2013, rol n.º 12.355-2011.

V.V. con Salcobrand (2015): Corte Suprema, 30 de septiembre de 2015, rol n.º 10.546-2015.

## Argentina

C. P., M. D. con Bank Boston NA (2008): 29 Juzgado Nacional en lo Civil, 28 de octubre de 2008, Tirant Latam online LTM5.251.992.

D. N. con Sapac S.A. y otro (2013): Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén, 26 de febrero de 2013, Tirant Latam online LTM5.160.604.

G., G. E. con Eurofrancia S.A. (2012): Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta, 17 de mayo de 2012, Tirant Latam online LTM5.188.372.

F. C., M. N. con Telecom Argentina S.A. y Arnet S.A (2014): Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, 8 de agosto de 2014, Tirant Latam online LTM1.699.215.

L. A. A. con AMX Argentina S.A. (2014). Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, 11 de junio 2014, Tirant Latam online LTM5.151.094.



- L., R. V. con Constructora del Interior S.R.L. (2014): Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén, 5 de junio de 2014, Tirant Latam online LTM1.695.231.
- M. C. P. con Telefónica de Argentina S.A. (2014): Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, 5 de agosto 2014, Tirant Latam online LTM5.151.136].
- P., J. A. con Moto 10 y otros (2013): Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba, 5 de noviembre de 2013, Tirant Latam online LTM5.163.013.
- S., G. con S.O.E.M.E. (2014): Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Juan, 7 de abril de 2014, Tirant Latam online LTM1.696.205.
- T., L. M. con Cervecería y Maltería Quilmes S.A.I.C.A. (2014): Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, 15 de abril de 2014, Tirant Latam online LTM 5.152.806.

#### Estados Unidos

- C.C. Williams vs. Detroit Oil & Cotton Company, *et al.* (1909): Supreme Court of Texas, 22 de diciembre de 1909, vLex 123 S.W. 405.
- Grimshaw vs. Ford Motor Co. (1981): California Court of Appeal, 29 de mayo de 1981, 119 Cal. App. 3d 757, 174 Cal. Rptr. 348, en Casetext.
- Mathias vs. Accor Economy Lodging, Inc. (2003): *United States Court of Appeals, Seventh Circuit*, 21 de octubre de 2003, 347 F.3d 672 (7<sup>th</sup> Cir. 2003), en Casetext.
- Philip Morris USA vs. Williams (2007): *Supreme Court of the United States*, 20 de febrero de 2007, 549 U.S 346, en Justitia US Supreme Court.

106

#### Inglaterra

- Huckley vs. Money (1763): Court of the King's Bench, 1 de enero de 1763, vLex (1799) 2 Wils KB 205.

#### SIGLAS Y ABREVIATURAS

art.	artículo
coord.	coordinador o coordinadora
coords.	coordinadores
dir.	director o directora
dirs.	directores
ed.	editor o editora
eds.	editores
<i>et al.</i>	y otros
LPDC	ley n.º 19496, sobre protección a los derechos de los consumidores
n.º	número

p. página  
pp. páginas  
ss. siguientes  
TC Tribunal Constitucional  
USD dólar estadounidense  
*v. gr.* *verbi gratia* (por ejemplo)