

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**La aplicabilidad de reparación por daños extrapatrimoniales
a compañías en el ordenamiento jurídico ecuatoriano**

Carolina Elizabeth Borja Ortega

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado cómo requisito para la
obtención de título de:

Abogada

Quito, 23 de noviembre de 2023

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación Superior del Ecuador.

Nombres y apellidos: Carolina Elizabeth Borja Ortega

Código: 00212667

Cédula de identidad: 1753401957

Lugar y Fecha: Quito, 23 de noviembre, 2023.

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on

**LA APLICABILIDAD DE REPARACIÓN POR DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES A COMPAÑÍAS
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO¹**

**THE APPLICABILITY OF REPARATION FOR NON-PECUNIARY DAMAGES TO COMPANIES
IN THE ECUADORIAN LEGAL SYSTEM**

Carolina Elizabeth Borja Ortega²
caroborjadtf@gmail.com

RESUMEN

Dentro del derecho civil, la clasificación de daños extrapatrimoniales ha sido crucial para abordar cuestiones reparatorias. Sin embargo, en Ecuador, existe una significativa ambigüedad en torno a la aplicación de esta figura. A pesar de los esfuerzos jurisprudenciales por esclarecer su aplicación y uso, subsisten problemas fundamentales. Es así como nace la pregunta de este trabajo ¿Son las Compañías sujetos de reparación por daños extrapatrimoniales reputacionales? Este texto busca demostrar que no, mediante un profundo análisis de: el requisito de prueba de la gravedad del perjuicio, la razón de existencia jurídica de las compañías y la reputación empresarial. Concluyendo finalmente que, si bien las compañías pueden sufrir perjuicios reputacionales, estos solo se reflejan en una esfera patrimonial. Además, el uso de la figura patrimonial para la reparación garantiza una mayor seguridad jurídica, pues estos daños son cuantificables y completamente proporcionales al perjuicio sufrido.

PALABRAS CLAVE

Daños extrapatrimoniales; Daños patrimoniales; Responsabilidad extracontractual; Personas jurídicas; Compañías; Derecho al honor; Daños reputacionales; Sana Crítica.

ABSTRACT

Within civil law, the classification of non-pecuniary damages has been crucial to address reparation issues. However, in Ecuador, there is significant ambiguity regarding the application of this figure. Despite jurisprudential efforts to clarify its application and use, fundamental problems remain. This is how the question of this paper arises: Are companies subject to reparation for non-pecuniary reputational damages? This text seeks to demonstrate that they are not, by means of a profound analysis: The requirement of proof of the seriousness of the damage, the reason for the legal existence of companies and corporate reputation. Finally, it concludes that, although companies may suffer reputational damages, these are only reflected in a patrimonial sphere. In addition, the use of the patrimonial figure for reparation guarantees greater legal certainty, since these damages are quantifiable and completely proportional to the damage suffered.

KEY WORDS

Non-patrimonial damages; Patrimonial damages; Non-contractual liability; Legal persons; Companies; Right to honor; Reputational damages; Sane Criticism

Fecha de lectura: 23 de noviembre de 2023

Fecha de publicación: 23 de noviembre de 2023

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Patricio Quevedo.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Sumario:

1. INTRODUCCIÓN. - 2. IMPORTANCIA DE LA DISCUSIÓN PARA EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO.- 3. DAÑOS EXTRA CONTRACTUALES.- 3.1. DAÑOS PATRIMONIALES Y EXTRAPATRIMONIALES.- 4. ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL.- 4.1. ELEMENTO DAÑO EXTRAPATRIMONIAL. - 5. DERECHO AL HONOR. - 5.1. LAS COMPAÑÍAS Y EL DERECHO AL HONOR.- 5.2. VALOR REPUTACIONAL DE LAS COMPAÑÍAS.- 6. RIESGO DE ABUSO DEL DERECHO.- 6.1. CUANTÍA INDEMNIZATORIA DE LOS DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES. - 7. RECOMENDACIÓN. - 8. CONCLUSIÓN.

1. Introducción:

Dentro del derecho civil, la teoría daños ha sido una vertiente esencial y de gran utilidad para resolver problemas jurídicos que nacen dentro o fuera del marco contractual³. Esta teoría envuelve a dos notables grupos de daños resarcibles: Los patrimoniales y extrapatrimoniales, los cuales son objeto de discusiones teóricas que han formado varias doctrinas interesantes⁴. Sin embargo, en Ecuador existe una gran ambigüedad respecto a los daños extrapatrimoniales, ya que nuestras normas contienen notables vacíos y contradicciones⁵. A pesar de que la jurisprudencia ha intentado subsanar algunos de esto vacíos con conceptos y requisitos, persiste la falta de claridad en cuanto a aspectos fundamentales para el total entendimiento de la materia.

Ahora bien, estos daños se constituyen en base a dos posibilidades: afectaciones del ámbito social, por ejemplo, al honor. Y afectaciones a la parte afectiva, que involucra creencias, sentimientos y convicciones⁶. En este texto se abordarán esencialmente las primeras, específicamente el *daño reputacional*. Entendiéndose además, que el derecho de daños, por concepto, pretende compensar a la víctima de un daño y regresarlo al estado previo al hecho ocurrido. Aunque, para los daños extrapatrimoniales existe una imposibilidad de restitución⁷ *per se*, el derecho civil permite (y pretende), en su lugar, una reparación integral⁸. Se entiende que las personas naturales son los sujetos a los que se busca proteger y reparar a través de esta figura. Pero no existe claridad respecto a la aplicabilidad frente a otros sujetos del derecho, por ejemplo, las compañías.

³ Fernando Hinestrosa, "Devenio del Derecho de Danos," *Revista de Derecho Privado* 32 (2017), 5-28.

⁴ Grez, Pablo Rodríguez, "Daño moral: un laberinto jurídico." *Revista Actualidad Jurídica* 25 (2012), 83-93.

⁵ Leonardo S. Coronel, "La cuantificación de daños morales: el correcto significado de la prudencia prescrita en el artículo 2232 del código civil ecuatoriano", *USFQ Law Review* 9, no. 2 (2022), 97.

⁶ Marcelo López Mesa y Félix Trigo Represas, *Tratado de la responsabilidad civil*, Tomo V (Argentina: Ed. La Ley, 2004/2006), 74.

⁷ Aguirre Castro, Pamela, and Pablo Alarcón Peña. "El estándar de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Constitucional." *FORO: Revista de Derecho* 30 (2018), 121-130.

⁸ Diego Alejandro Sandoval Garrido, "Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas.", *Revista de Derecho Privado* 25 (2013), 237.

En la actualidad, existe una línea de pensamiento que alega que las compañías y demás personas jurídicas son sujetos de reparación por daños extrapatrimoniales⁹. No obstante, este pensamiento sí está sujeto a escrutinio. No parece plausible un simple automatismo de equiparación de personas físicas y personas jurídicas en este asunto, como sí en muchas otras áreas del derecho. Este trabajo de titulación mantiene una sólida oposición a la corriente de pensamiento antes mencionada, presentando una hipótesis que ofrece posiciones más apropiadas para todos los involucrados. A continuación, se presentarán de manera detallada tres puntos clave desarrollados en esta hipótesis.

Cómo primer punto, se analiza cómo y en qué momento se configura el elemento “daño extrapatrimonial”. Para resolver esta ambigüedad, se realiza un estudio de la legislación y jurisprudencia ecuatoriana, de donde se desprende la relevancia del principio *in re ipsa*. Además de abordar el único requisito probatorio establecido en el código civil: la gravedad de la falta y del perjuicio.

Cómo segundo punto, se analiza la aplicabilidad del derecho al honor en compañías, y cómo la afectación de este se materializa en personas naturales y jurídicas. Abordando también las razones jurídicas y económicas que explican su función en la sociedad. En el mismo sentido, se indaga en el objetivo de la reputación corporativa, tomando en cuenta su importancia en un mundo de contenido, imagen, *posts*, *tweets* y opiniones¹⁰. Buscando descifrar si esta, es únicamente utilizada para el desarrollo de estrategias económicas. Es decir, si la reputación corporativa es un medio para el desarrollo de la función económica de las compañías o si tiene un valor autónomo.

Cómo tercer punto, se ilustra el funcionamiento de la cuantificación de daños extrapatrimoniales en el Ecuador, mediante la comparación entre los estándares probatorios y de cálculo indemnizatorio entre las figuras de daño patrimonial y extrapatrimonial. A su vez, los niveles de subjetividad y certeza que se admiten en cada uno, de donde se desprende el riesgo de abuso del derecho que este trabajo busca demostrar y a su vez, mitigar mediante una opción viable en nuestro ordenamiento.

2. Importancia de la discusión para el ordenamiento jurídico ecuatoriano

⁹ Enrique José Méndez de Andrés, "Daño moral en las personas jurídicas y su tratamiento en Colombia." (Colombia, Cuadernos de la Maestría en Derecho 5, 2016), 125-170.

¹⁰ Pedro Gómez, "Opinión pública y medios de comunicación, Teoría de la agenda setting." *Gazeta de antopología*, 15, (2009).

Cómo se demostrará a lo largo de este trabajo, las compañías no deben ser sujetos de reparación por daños extrapatrimoniales. Y en caso de buscar una reparación reputacional, la figura jurídica adecuada es la de daños patrimoniales. Esta discusión es relevante para el ordenamiento jurídico ecuatoriano por dos motivos principales: *Primero*, porque no existen normas dentro del Código Civil¹¹ u otros cuerpos normativos¹² que permitan esclarecer si existe esta posibilidad¹³. Incluso, existe una confusión conceptual, siendo que el mismo Código, contrario a varios ordenamientos y doctrinas, no realiza una distinción entre daños extrapatrimoniales y daños morales. Presentando ambos términos como sinónimos. *Segundo*, porque este vacío normativo puede degenerar en un abuso del derecho, en el sentido de que, por la misma naturaleza de los daños extrapatrimoniales, el cálculo para la cuantificación de la reparación integral es compleja y deja una puerta abierta a una gran subjetividad por parte del juez¹⁴. Por esta misma razón, existen casos en los que los montos que solicitan las partes demandantes son excesivos e irracionales en comparación al hecho dañoso, convirtiéndose estos en enriquecimiento ilícito¹⁵.

El propósito de este texto es contribuir a la claridad en la interpretación de las normas y, en términos generales, de la teoría del derecho de daños en el Ecuador. A través de este enfoque, se busca prevenir el uso abusivo tanto de la imprecisión legal como de las confusiones que generan las normas vigentes y garantizar que se respete la esencia y la naturaleza de esta institución jurídica. Misma que se basa en la reparación de individuos afectados por perjuicios que no pueden valorarse monetariamente, pero que tienen una significativa relevancia en su personalidad.

3. Daños extracontractuales

La teoría de la responsabilidad extracontractual es de gran importancia para la mayoría de las doctrinas y ordenamientos alrededor del mundo. Este pensamiento nace con el propósito de reparar a aquellas víctimas que sufren de perjuicios, los cuales se

¹¹ Artículo 2232, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 506, de noviembre de 1970, Reformado por última vez R.O 15 de Marzo de 2022.

¹² Artículo 66, inciso 18, Constitución de la Republica del Ecuador, Registro Oficial. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 377 de 25 de enero de 2021.

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

[...]18. El derecho al honor y al buen nombre. La ley protegerá la imagen y la voz de la persona.

¹³ Artículo 2232, Código Civil C.C Registro Oficial Suplemento, 2005-06-24.

¹⁴ Leonardo S. Coronel. "La cuantificación de daños morales: el correcto significado de la prudencia prescrita en el artículo 2232 del código civil ecuatoriano". 98-99.

¹⁵ Diego Alejandro Sandoval Garrido, "Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas.", 241.

producen fuera de un ámbito contractual. La principal distinción que tiene frente a la responsabilidad contractual radica en la fuente por las que se origina el daño, siendo estas los cuasicontratos, los delitos y cuasidelitos.

En palabras de Ricardo Hernández, existe responsabilidad contractual si se cumplen dos requisitos: 1) Que exista un contrato entre las partes, y 2) que el daño ocurrido se deba a un incumplimiento del mismo. Mientras que, la responsabilidad extracontractual se da con independencia de cualquier otra obligación, distinta a la contractual entre las partes¹⁶, incluyendo, faltas a deberes generales de conducta como al *alterum non laedere*¹⁷ o más conocido como el deber general de no dañar.

Dentro de los daños extracontractuales, se distinguen dos tipos por la consecuencia que estos generan: daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

3.1 Daños patrimoniales y extrapatrimoniales

Los daños patrimoniales son detrimentos o menoscabos que tiene un contenido esencialmente económico, ya que recaen sobre el patrimonio de una persona. Este daño tiene dos principales elementos: daño emergente y lucro cesante. Y un tercero, que, si bien no está mencionado en la legislación ecuatoriana, es de relevancia doctrinaria y jurisprudencial, el cual es “La pérdida de chance o de oportunidad¹⁸”.

El daño emergente se refiere a la pérdida que se produce de forma directa y de manera simultánea al hecho ilícito, en otras palabras, es el perjuicio efectivo sufrido en el patrimonio de la víctima. Mientras que, el lucro cesante, es una ganancia (*hipotética*)¹⁹ esperada, que tiene por objeto un interés futuro, es decir, un interés inherente a un bien que todavía no le pertenece a la persona en el momento en el que el daño mismo ha ocurrido²⁰.

Para estos dos elementos, la certeza es un factor importante. Mientras que, para el daño emergente esta es indispensable, en el lucro cesante no necesita ser absoluta, pero si equivalente a una sólida probabilidad, y debe acreditarse mediante elementos objetivos, para establecer un monto aproximado y razonable²¹.

¹⁶ Ricardo G. Hernández, "Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas." *Anuario jurídico y económico escurialense*, no. 46 (2013), 203-214.

¹⁷ Diego M. Papayannis, "La práctica del alterum non laedere." *Isonomía* 41 (2014), 19-23.

¹⁸ Samuel Yong y Camilo Rodríguez Yong, "Pérdida de oportunidad", *Via Inveniendi Et Iudicandi* 6, no. 2 (2011).

¹⁹ Daniel Peñailillo Arévalo, SOBRE EL LUCRO CESANTE, *Revista de Derecho* 243, (2018), 8.

²⁰ Adriano De Cupis, El Daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil, (Barcelona, Edit. Bosch, 1975), 320.

²¹ Daniel Peñailillo Arévalo, SOBRE EL LUCRO CESANTE, 11.

Los daños extrapatrimoniales se definen por exclusión de las anteriores categorías, son todos aquellos daños que no son de carácter económico o patrimonial, este tipo de daño va más allá y se manifiesta de formas imperceptibles pecuniariamente²². Por lo mismo, muchas veces no se pueden restituir perfectamente, no obstante, se busca su reparación de alguna manera, usualmente por equivalencia, mediante indemnizaciones económicas.

El Código Civil ecuatoriano, no proporciona da una definición de daños extrapatrimoniales, en realidad, la palabra “extrapatrimonial” no aparece dentro del texto. Sin embargo, la definición que el Código sí establece es la de “daños morales”, reflejado en el artículo 2232:

[...] Podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta. Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, *manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes*. La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, [...] ²³. (énfasis añadido)

Así pues, podemos entender de este artículo que existen daños sujetos a reparación fuera del ámbito económico, que están relacionados a aspectos reputacionales, psicológicos, estéticos, personales, entre otros. A su vez, la Corte Nacional de Justicia Ecuatoriana cita a Arturo Alessandri²⁴, quien define a los daños morales de la siguiente forma:

El daño moral puede no tener ningún efecto patrimonial, ser meramente moral. Es así cuando consiste única y exclusivamente en la molestia o dolor que sufre una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o efectos. El daño moral, ha dicho una sentencia, es aquel que proviene de toda acción u omisión que pueda estimarse lesiva a las facultades espirituales, a los efectos o a las condiciones sociales o morales inherentes a la personalidad humana: en último término, todo aquello que signifique un menoscabo en los atributos o facultades morales del que sufre el daño. Son daños de esta especie el dolor o sufrimientos que experimenta un individuo con una herida, lesión,

²² Mauricio Barrientos Zamorano. "Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris." *Revista chilena de derecho* 35, no. 1 (2008), 85-90.

²³ Artículo 2232, CC.

²⁴ Alessandri Rodríguez, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), 164-165.

cicatriz o deformidad, con su desprestigio, difamación, menosprecio o deshonra, con el atentado a sus creencias, con su detención o prisión, con su procesamiento, con su rapto, violación, estupro o seducción, si es mujer, con la muerte de un ser querido y, en general, con cualquier hecho que le procure una molestia, dolor o sufrimiento físico o moral...²⁵

Ahora bien, es evidente que en la legislación ecuatoriana no se establece una distinción de género y especie entre daños extrapatrimoniales y daños morales. Teoría completamente opuesta a la que se ha planteado en la doctrina, así por ejemplo se ha dicho que “No todo daño extrapatrimonial es *pretium doloris*, aunque todo *pretium doloris* sí es un daño extrapatrimonial, hay una relación más bien de género especie²⁶”. Incluso, Gil Barragán Romero, participe de la aprobación de la Ley No. 171 reformativa del Código Civil sobre Reparación de Daños Morales, ha aceptado la existencia de otros daños extrapatrimoniales, manifestando lo siguiente:

[p]or razones prácticas, podemos convenir en considerar como daño moral a la lesión a un interés *no patrimonial* y en lo sucesivo centrar nuestra preocupación en el daño meramente moral o daño moral puro²⁷

No obstante, la *no* distinción causa una confusión de aplicabilidad, ya que estas figuras tienen propósitos diferentes²⁸. Jorge Mosset Iturraspe aclara que la relevancia de esta distinción está centrada en que los daños morales solo se pueden identificar a través de sentimientos, tales como: el dolor, el sufrimiento, la tristeza, la angustia o la desolación. Sin embargo, las consecuencias extrapatrimoniales pueden ir más allá de esas manifestaciones. Así, se extienden a otros aspectos que exceden el mero sufrimiento, dolor u otras emociones²⁹”. Es decir, los perjuicios pueden verse reflejados en figuras que se relacionan con otros aspectos de la personalidad, así por ejemplo, los reputacionales afectan un ámbito social, que no necesariamente se ve reflejado en emociones.

Adicionalmente, la distinción es relevante para la elaboración de este trabajo, puesto que, si los daños extrapatrimoniales se reducirían a daños morales, no habría ninguna duda de su inaplicabilidad frente a las compañías. Siendo que, el *petrium doloris*

²⁵ Sentencia No. 1351-2011, Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Sala de lo Civil y Mercantil, 24 septiembre 2013, pág. 14.

²⁶ Barrientos Zamorano, Mauricio. "Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del *pretium doloris*." *Revista chilena de derecho* 35, no. 1 (2008), 85-106.

²⁷ Leonardo S. Coronel. "La cuantificación de daños morales: el correcto significado de la prudencia prescrita en el artículo 2232 del código civil ecuatoriano", 102.

²⁸ Marcelo D. S. R. Fonseca, "Las vertientes doctrinarias del daño moral o *pretium doloris*." *Revista Boliviana de Derecho*, (2007), 23-26.

²⁹ Mosset Iturraspe Daño moral. Noción. Crítica a la denominación. Daño extrapatrimonial. Daño a la Persona." *Revista de Derecho de Daños, Número 6*. (1999).

sólo se identifica con el dolor, el sufrimiento, la tristeza, la angustia o la desolación³⁰. Emociones que son inherentes a la personalidad humana y que, por obvias razones no podrían ser experimentadas por una persona jurídica. Tampoco podría verse este sujeto afectado por el resto de especies, pues daños biológicos afectan a la salud y los estéticos a un aspecto físico personal. Por esto, el verdadero centro de este trabajo es el daño *reputacional* de las compañías.

Ahora bien, para el desarrollo de esta teoría, se abordarán varias temáticas importantes, empezando por cómo se configuran los daños extrapatrimoniales cuando la parte solicitante de la reparación es una compañía, y la fase procesal probatoria de la misma. Seguida por el derecho al honor y cómo este puede verse vulnerado para el caso específico, para finalmente abordar la cuantía indemnizatoria. Para esto, es necesario explicar previamente cuales son los elementos de la responsabilidad extracontractual.

4. Elementos de la responsabilidad extracontractual

Para que un daño se vea configurado, es necesaria la ocurrencia de todos sus elementos: la antijuridicidad, el daño, la relación causal y la existencia de un factor atributivo³¹. Dicho de otra manera, para que un daño pueda ser compensado deben cumplirse los siguientes requisitos: hecho ilícito, daño, nexo causal y factor atributivo subjetivo: dolo o culpa. Por esto, quien solicita una reparación deberá probar la convergencia de estos cuatro elementos, los cuales, tienen a su vez requisitos intrínsecos. Es importante señalar que para ciertas teorías, algunos de estos cuatro elementos pueden ser irrelevantes. No obstante, es importante entenderlos para abordar la materia, por lo que a continuación, se expondrá brevemente en que consisten:

Hecho antijurídico: este elemento puede generarse de dos maneras: a través de delitos o cuasidelitos civiles. En el ámbito civil, a diferencia del penal, los hechos ilícitos no son taxativos, ya que existe una infinidad de situaciones de las que puede surgir un daño. Especificarlas, sería impráctico y casi imposible para el legislador, y, por tanto, crearía un riesgo de indefensión para los ciudadanos, dados los supuestos de hecho que podrían no ser plasmados. La solución a esto es identificar a las causas de responsabilidad civil extracontractual, bajo la amplitud del principio de *Alterun non*

³⁰ Mosset Iturraspe Daño moral. Noción. Crítica a la denominación. Daño extrapatrimonial. Daño a la Persona".

³¹ Hernán Corral Talciani, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual* (Chile: Legal Publishing, 2003), 105-146.

laedere, o deber de no dañar a otros. El cual impone un deber objetivo de cuidado general que, en otras palabras, exige no dañar a otros injustamente³². Su función, explicada por Stiglitz y Echevest, es la siguiente:

[...] La idea central es que, al menos como regla, todo daño es injusto en cuanto lesiona un interés merecedor de tutela y a la vez, viola el genérico deber jurídico de no causar daño al otro [...]³³

Culpa o dolo: en términos sencillos, la culpa equivale a negligencia o actuar sin cuidado, mientras que el dolo es la intención de ocasionar un perjuicio. El Código Civil, brinda una distinción bastante clara entre culpa grave, leve o levísima:

[...] Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa, en materias civiles, equivale al dolo. Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo, es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro³⁴.

Es importante mencionar que, existen dos ramas para la responsabilidad que se relacionan a este elemento: la objetiva y subjetiva. La responsabilidad objetiva, también conocida como “responsabilidad por riesgo creado” no analiza el grado de culpa del causante del daño. Por tanto, busca la confluencia de – solo – los otros tres elementos: Hecho ilícito, daño y nexo causal. Mientras que, en la responsabilidad subjetiva, la conducta es determinante para imputar al responsable, y por esto, se analiza caso por caso la acción u omisión y su grado de culpa correspondiente³⁵.

Nexo Causal: este elemento busca verificar la conexión existente entre el hecho ilícito y el daño, es decir, que la pérdida sea una consecuencia comprobada del hecho

³² Diego M. Papayannis, "La práctica del *alterum non laedere*." *Isonomía* 41, 19.

³³ Gabriel A. Stiglitz y Carlos A. Echevesti, “El daño resarcible” Responsabilidad civil, ed. Jorge Mosset Iturraspe (Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L, 1997), 216.

³⁴ Artículo 29, CC.

³⁵ Alberto Fernández, La responsabilidad civil subjetiva. Homenaje al Doctor Othón Pérez Fernández del Castillo por el Colegio de Profesores de Derecho Civil Facultad de Derecho-UNAM, México, (Colegio de Profesores de Derecho Civil Facultad de Derecho-UNAM, 2017), 177-179.

ilícito o antijurídico. En palabras de Enrique Barros Bourrie, es la relación entre el hecho y el daño ocasionado. La cual busca responsabilizar a conductas que se materialicen en daños, es así como esta, es una exigencia mínima de que exista una conexión entre el hecho de una persona y el daño³⁶.

El elemento daño y su configuración, es uno de los componentes centrales de este trabajo, y por esto, será desarrollado individualmente en el siguiente acápite.

4.1 Elemento daño extrapatrimonial

En el acápite 3.1 fueron desarrollados los elementos del daño patrimonial, siendo estos el daño emergente, lucro cesante y la pérdida de chance. En esta sección, en cambio, se analizará con detalle los componentes del daño extrapatrimonial. La ley no establece una lista taxativa de los tipos de daños extrapatrimoniales, pero cómo se ha establecido previamente, existen los reputacionales, biológicos, estéticos, entre otros los cuales siguen siendo desarrollados en distintas jurisprudencias y doctrinas jurídicas³⁷.

Pero ¿Qué es lo que constituye a un daño extrapatrimonial? Si sólo analizamos la ley, podríamos llegar a distintas interpretaciones. Así, por ejemplo, del artículo 2232 del Código Civil (CC en adelante), es interpretable que el daño moral se ocasiona cuando se mancha la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o, cuando se causan lesiones, violaciones, estupro o atentados contra el pudor; cuando se realizan detenciones ilegales o arbitrarias, o procesamientos injustificados, y, en general, a los hechos que generan sufrimientos físicos o síquicos como ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes³⁸.

Sin embargo, las situaciones enlistadas parecen más ser hechos antijurídicos, que elementos del daño. Por otro lado, la última línea citada podría también entenderse cómo un requisito del daño: que el hecho genere sufrimientos físicos o síquicos como ansiedad, humillaciones u otras ofensas³⁹. No obstante, esta conclusión sería una afirmación de que un daño extrapatrimonial se configura solo con una consecuencia sentimental. Misma que iría en contra de la relación especie y género de los daños extrapatrimoniales, previamente mencionada. El artículo continúa con lo siguiente:

³⁶ Enrique Barros Bourrie, Tratado de Responsabilidad Extracontractual (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2022), 373.

³⁷ Mauricio Barrientos Zamorano. "Del daño moral al daño extrapatrimonial: la superación del pretium doloris.", 85-90.

³⁸ Artículo 2232, CC.

³⁹ Íd

[...] podrá [...] demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta⁴⁰.

A pesar de que este inciso tampoco establece la configuración del daño, es sumamente relevante, ya que impone un primer requisito de prueba y proporcionalidad para establecer la cuantía indemnizatoria. Más adelante se ahondará sobre la proporcionalidad de la reparación con la gravedad del daño, pero, de manera preliminar es importante aclarar que siempre la indemnización pecuniaria debe estar fundamentada bajo el principio de proporcionalidad con la consecuencia del hecho dañoso.

A pesar de que la normativa ecuatoriana no determina claramente la configuración del daño, la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto. Así, por ejemplo, en el juicio No. 443 – 2011 de la Corte Nacional de Justicia se ha aplicado el principio *in re ipsa*, o de “la cosa en sí misma”, para resolver este vacío normativo.

Este principio busca esencialmente simplificar la fase probatoria de daños extrapatrimoniales, explicado en la sentencia de la siguiente forma:

[...] “Para las lesiones del espíritu rige el principio *in re ipsa*... La prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado, el delito o un cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente protegidos, y el de la atribución del mismo al que causó el daño y los fundamentos para declararlo responsable”. [...] debemos concluir que la prueba del daño moral es por naturaleza innecesaria, otras veces es imposible o sumamente difícil de probar⁴¹. (énfasis añadido)

Es decir, no hay elementos que configuren un daño extrapatrimonial para nuestro ordenamiento, el daño se presume configurado siempre que el hecho antijurídico se haya probado. A primera vista, esto parece simple, sin embargo, es importante recordar que persiste un requisito legal de prueba de la gravedad del daño, estipulado en el artículo 2232 del CC⁴². De aquí nace otra ambigüedad de la jurisprudencia y ley ecuatoriana, si bien los jueces han intentado simplificar la fase probatoria de daños extrapatrimoniales, la norma mantiene un requisito probatorio que, en la práctica parece anular los efectos del principio *in re ipsa*.

⁴⁰ Íd

⁴¹ Causa No. 443-2011. Corte Nacional de Justicia, Sala de lo civil y mercantil, 25 de junio de 2012, 10.

⁴² Artículo 2232, CC.

Para la explicación de esto, se relata a continuación los hechos de un Juicio Ordinario de la Corte Provincial de justicia de Guayas⁴³, que posteriormente fue analizado y reafirmado por la Corte Constitucional en una acción extraordinaria de protección posterior. En este, el señor Pablo Campaña solicitó un resarcimiento por daños morales, alegando una vulneración de su derecho al honor. (Aunque la distinción no se presenta en el caso, se puede inferir que en realidad se pedía una reparación de *daño reputacional* – no moral-). El señor Campaña, aducía la responsabilidad de este hecho al señor Joaquín Orrantía, asegurando que este, le envió un correo electrónico con copia oculta a otras personas, en el que se realizaban varias difamaciones que afectaban su buen nombre. Dentro del proceso, la parte actora no presentó prueba conducente alguna, alegando el principio *in re ipsa*. A esto, la corte concluyó que no se había logrado probar el hecho antijurídico, ni la gravedad de la falta y perjuicio y por lo mismo desechó la demanda.

Que, nuestra legislación prescribe, cabe que sea indemnizado quien ha sufrido daños meramente morales, *pero cuando esa indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta*⁴⁴. (énfasis añadido)

Después de varias apelaciones fallidas, el señor Campaña interpuso un recurso extraordinario de casación, el cual fue inadmitido. Finalmente, llegó a la corte constitucional con una acción extraordinaria de protección y la jueza ponente designada por sorte fue Karla Andrade Quevedo. La jueza analizó, entre otras cosas, la motivación de la sentencia antes explicada. Ratificando que, el cálculo de la cuantía indemnizatoria por daños extrapatrimoniales –Utilizando ya la terminología apropiada- debe estar motivada. Y por la misma carencia de prueba de la gravedad del daño y del hecho antijurídico, fue desestimada la acción extraordinaria de protección⁴⁵.

A través de este caso, se puede ver a breves rasgos que no solo es necesario probar el hecho antijurídico, es también necesario que se pruebe la gravedad del daño. Ahora bien, esto parece contradictorio, ¿Cómo se puede, por una parte, presumir que existe daño, y por otra solicitar la prueba de su gravedad?

En la misma sentencia aparece la distinción entre la gravedad de la falta y del perjuicio⁴⁶. Entendiéndose a la gravedad de la falta cómo lo que se hizo; y, a la del

⁴³ Causa No. 09332-2014-61574, Corte Provincial de Justicia de la Provincia del Guayas Ecuador, Sala especializada de lo civil y mercantil, 23 de agosto de 2016, pág. 1-26.

⁴⁴ Causa No. 09332-2014-61574-2016, pág. 25.

⁴⁵ Sentencia No. 192-17-EP/22, Corte Constitucional del Ecuador, 07 septiembre 2022, pág. 1-15.

⁴⁶ Sentencia No. 192-17-EP/22-2022, pág. 13.

perjuicio con cuánto afectó la falta al damnificado. Es evidente que, al pedirse la prueba de la gravedad del perjuicio se está pidiendo la prueba del daño en sí mismo, nuevamente, el principio *in re ipsa* parece verse completamente anulado por este requisito.

Ahora bien, es necesario cuestionarse una vez más, cómo una compañía podría probar la gravedad de la falta y del perjuicio. Con la *gravedad de la falta* resulta sencilla la fase probatoria, puesto que las mismas acciones pueden ser suficientes para su demostración. Sin embargo, el conflicto se genera al momento de probar la *gravedad del perjuicio*, entendiéndose este cómo *cuánto* le afectó (El daño) al damnificado. Para una persona –ficticia- cuya existencia misma radica en generar beneficios lucrativos, no existe otro tipo de afectación, que una patrimonial. Así, por ejemplo, la gravedad de la falta podría probarse con evidencia de la difusión de un comentario denigrante. El “qué tan afectada se vio” la compañía solo puede ser justificada mediante números y estadísticas que demuestren un perjuicio económico, porque el *sufrimiento*, ya difícil de probar en personas físicas es imposible de probar en personas jurídicas. Este es el centro de la cuestión. No existe posibilidad de que se pruebe la gravedad de un perjuicio extrapatrimonial en compañías de manera autónoma, la única forma en la que estas podrían mostrar sus afectaciones sería a través de perjuicios patrimoniales.

Ahora bien, es evidente que una compañía puede sufrir una afectación reputacional, más esta debe ser reparada mediante la figura de daños patrimoniales. En ausencia de posibilidad de *sufrimiento* o lesiones al *espíritu*, esa afectación reputacional no puede asociarse a una percepción disvaliosa vista autónomamente, sino a una lesión real y tangible económicamente.

En términos simples, para la conclusión de la existencia de una afectación reputacional que sea efectivamente un *daño* (jurídicamente entendido), ese daño tiene que ser expresado en términos patrimoniales, porque el “buen nombre” asociado a cualidad del espíritu no es asimilable para las compañías. El buen nombre es un medio para mantener o expandir un negocio, de ahí surge el interés universal de las compañías en adquirirlo y conservarlo. Ese interés es legítimo, claro está, es sujeto a protección, claro está, pero en su conexión a los efectos patrimoniales.

A pesar de que, hasta este punto, la imposibilidad de prueba de daños reputacionales en compañías (en un marco netamente extrapatrimonial) es bastante clara. De manera complementaria, es importante abordar la lesión del derecho vulnerado. Para esto, se analizará a continuación el derecho al honor.

5. Derecho al honor

Este derecho está ligado al concepto de dignidad humana⁴⁷. Desde su concepción etimológica, se ve profundamente relacionado al mérito o la admiración⁴⁸. Silvia Baeza explica cuál es el rol que cumple el honor dentro del derecho, de la siguiente forma:

[...] El honor implica el reconocimiento como bien jurídico de una posición igualitaria del sujeto en sus relaciones sociales, para su adecuada participación en dicha sociedad. Por ello cuando se ataca el honor se pretende disminuir o excluir dicha capacidad de participación del sujeto⁴⁹.

Es decir, este derecho tiene una estrecha relación a su vida en sociedad, y, por lo tanto, un ataque a este afectaría directamente a la participación social de la persona. Entendiendo a “participación en sociedad”, desde dos perspectivas. *La primera*, cómo un involucramiento político necesario, dentro de los espacios públicos estatales y no estatales, desde su identidad de ciudadanos⁵⁰. *La segunda*, a nivel más personal, relacionada a un involucramiento social de vivencia en comunidad. Así, por ejemplo, una persona se desarrolla socialmente estudiando, buscando un trabajo, o simplemente relacionándose con otros individuos.

Ahora bien, la Constitución del Ecuador (CRE) en su artículo 66, establece los derechos de libertad, que se garantizan a todas las personas. Incluyendo en su inciso 18 el derecho al honor y al buen nombre⁵¹. A su vez, el artículo 2231 del CC, protege este derecho al determinar que las imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito dan derecho a indemnizaciones pecuniarias e incluso a reparación por daño moral⁵².

Podemos observar que la CRE no hace una distinción entre personas naturales o jurídicas al hablar de este derecho, por lo que muchos juristas hoy en día consideran que las personas jurídicas son también sujetos del derecho al honor. En principio, esa consideración no es irrazonable tomando en cuenta la equiparación entre tipos de personas – naturales y jurídicas – para casi todo enfoque de derechos, constitucionales, por ejemplo.

⁴⁷ Silvia Andrea Baeza Vallejo, El derecho al honor, *Repositorio Academico de la Universidad de Chile*, (2003), 8.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Silvia Andrea Baeza Vallejo, El derecho al honor, 16.

⁵⁰ María Teresa Villarreal Martínez, "Participación ciudadana y políticas públicas." *Eduardo Guerra, Décimo Certamen de Ensayo Político* (2009), 31.

⁵¹ Artículo 66, Constitución de la Republica del Ecuador, 2008.

⁵² Art. 2231, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 506, de noviembre de 1970, Reformado por última vez R.O 15 de Marzo de 2022.

5.1 Las compañías y el derecho al honor

Es evidente que las compañías buscan tener un reconocimiento a través de su marca dentro de la sociedad. Sin embargo, no se puede concluir que su *participación en sociedad* sea equivalente a la de las personas naturales.

Primero, es importante mencionar que la figura que se le atribuye a las compañías de *personas jurídicas* no es más que una mera ficción construida por juristas y otros pensadores. Así lo explica Savigny, dentro de la “teoría de la ficción”, en donde expone, como el derecho positivo puede considerar la capacidad jurídica de seres ficticios, a los cuales se les llama persona jurídica, para -únicamente- fines legales⁵³. En otras palabras, la atribución de personalidad jurídica a entidades como las compañías, se realiza para que estas puedan desarrollarse jurídicamente.

Ahora bien, La mera finalidad de las compañías esta retratada claramente dentro del código civil ecuatoriano, en su artículo 1959 “[...] Tampoco hay sociedad sin participación de beneficios.No se entiende por beneficio el puramente moral, no apreciable en dinero⁵⁴”.

De este artículo se desprende claramente cómo el beneficio lucrativo es el corazón de las sociedades. Incluso, establece que, sin este, las compañías no sentido o propósito alguno para el ordenamiento jurídico. Lo tajante de la exclusión de la definición de beneficio como aquél “puramente moral” es especialmente decidora. Para la misma existencia de estas entidades, un beneficio por fuera de lo económico es discutiblemente *irrelevante*.

Con esto presente, es necesario regresar al concepto de derecho al honor explicado por Silvia Baeza. “Para su adecuada participación en dicha sociedad. [...] Por ello cuando se ataca el honor se pretende disminuir o excluir dicha capacidad de participación del sujeto⁵⁵”.

Tomando en cuenta que, no existe ningún otro propósito legal natural para que estos entes ficticios gocen de personalidad jurídica y, por lo tanto, no caben las mismas afectaciones que en el caso de una persona natural. Una disminución de su participación

⁵³ Alberto Lyon, “Personas jurídicas.” (Santiago de Chile, Ediciones UC, 2006), 26.

⁵⁴ Artículo 1959, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 506, de noviembre de 1970, Reformado por última vez R.O 15 de Marzo de 2022.

⁵⁵ Silvia Andrea Baeza Vallejo, El derecho al honor, 16.

en sociedad solo podría verse reflejada de manera pecuniaria, puesto que esta finalidad, es por la que nace en sociedad.

Previo ahondar en el siguiente punto, es necesario establecer varias conclusiones. *Primero*, aunque la jurisprudencia ha mencionado en repetidas ocasiones que no se requiere prueba del elemento daño extrapatrimonial, persiste el requisito legal de probar la gravedad de la falta y del perjuicio. *Segundo*, el derecho al honor es aplicable a compañías, pero su afectación en estas solo puede verse reflejado de manera económica.

De todo esto, nace una tercera conclusión que engloba a las otras dos. Siendo esta que, la única forma en que una compañía podría demostrar la gravedad sufrida por daño reputacional es probando una repercusión económica.

En adelante, se analizará de manera detallada el valor reputacional de las compañías.

5.2 Valor reputacional de las compañías

Después de haber abordado cual es el fin jurídico que se le otorga a las compañías, en esta sección se busca desarrollar con más detalle, cuál es el verdadero valor que tiene la reputación corporativa en la sociedad. Como se explicó anteriormente, las compañías son personas jurídicas que comúnmente, buscan construir una percepción social para obtener algún beneficio. Su “marca” es relevante para el mercado del que son parte. Esta es creada y desarrollada en el ámbito empresarial y tiene la capacidad de identificar a una empresa, un producto o servicio⁵⁶.

Para empezar, es importante destacar que el concepto *reputación empresarial* tiene múltiples definiciones. Weigelt y Camerer por ejemplo, lo definen como un conjunto de atributos pertenecientes a una empresa, que son el resultado de acciones pasadas y que generan renta. Roberts y Dowling por su parte, como la concepción de las acciones pasadas y perspectivas futuras de una empresa que describen el atractivo global para todos sus participantes cuando se compara con otros rivales⁵⁷. Así mismo, la mayoría de los expertos en este ámbito ven a la reputación empresarial como un recurso, incluso, Richard Hall señala que la reputación constituye el activo intangible más importante para los

⁵⁶ Juan Manuel De Toro, "La marca y sus circunstancias." *Vademecum de brand* (2009), 276.

⁵⁷ De Castro, Gregorio Martin De Castro, "Reputación empresarial y ventaja competitiva", *ESIC editorial*, (2008), 30.

directivos⁵⁸. Si bien no existe un consenso en la definición del término, es evidente que este se ve constantemente relacionado con la obtención de valor a nivel competitivo del mercado.

Ahora bien, Castro y López en su libro: "La importancia de la reputación empresarial en la obtención de ventajas competitivas sostenibles", realizan un análisis completo sobre el *beneficio estratégico* que puede obtener una empresa o compañía por construir una reputación positiva. Comienzan explicando las circunstancias en las que este factor empresarial es relevante. Para esto, manifiestan que no en todos los mercados económicos el desarrollo de este activo resulta ventajoso, midiéndose la ventaja con la eficacia o eficiencia económica que esta les puede proporcionar. Para los mercados en los que sí, ejemplifican algunas de estas ventajas y mencionan las siguientes: reducir costes, incrementar precios de venta o crear barreras a la competencia⁵⁹.

Esta ventaja de carácter económico se puede evidenciar claramente en el mercado de hoy en día. Por ejemplo, "en el 2021, la reputación contribuyó hasta en 56.9% a la capitalización de las principales empresas del S&P 500⁶⁰". Es decir, la reputación cada vez toma más importancia en la capitalización de ingresos de las compañías. Así mismo, varias investigaciones han corroborado en que hay una relación directa entre reputación corporativa y valor de sus acciones en bolsa.

Por ejemplo, Vergin y Qoronfleh analizaron tendencias bursátiles de las 10 compañías más reputadas con las últimas 10 de las listas de la revista Fortune concluyendo que las empresas situadas en los primeros diez puestos de la clasificación de la reputación habían experimentado revalorizaciones en el precio de las acciones muy superiores a la media. En tanto las diez últimas habían sufrido una disminución cercana a los 2 puntos porcentuales. Igualmente la media de los dividendos de las 10 compañías con mayor nivel de reputación era mucho mayor que las 10 últimas de la lista: 2.1% frente a 0.2%⁶¹.

En este sentido, se realza la importancia de la reputación como un activo sustancial de las compañías. No obstante, la *importancia* en sentido lato no implica que

⁵⁸ Arbelo Alvarez, Antonio y Pilar Pérez Gómez, "La reputación empresarial como recurso estratégico: un enfoque de recursos y capacidades." *Ponencia presentada al XI Congreso Nacional de Acede, Zaragoza*. (2001), 5.

⁵⁹ Martín de Castro, G. y J. Navas López, "La importancia de la reputación empresarial en la obtención de ventajas competitivas sostenibles." *Investigaciones europeas de dirección y economía de la empresa* 12.3 (2006), 33-34.

⁶⁰ Mauricio Gutiérrez, "Reputación: el activo intangible de las compañías" – JeffreyGroup", JeffreyGroup, consultado el 16 de noviembre de 2023, <https://www.jeffreygroup.com/mx/perspectivas-de-la-agencia/reputacion-el-activo-intangible-de-las-companias/>.

⁶¹ Salvador García De León Campero, "Reputación corporativa y creación de valor: un enfoque desde la perspectiva de la teoría de los recursos y capacidades." *Administración y organizaciones* 11.22 (2009), 95.

la conclusión alusiva a la protección es que la reputación de las compañías es un derecho de orden extrapatrimonial. Es innegable que la reputación no tiene otro fin que generar capital. Incluso, la generación de ingresos no es un concepto abstracto, este es perfectamente medible. De manera ilustrativa, si se toma el índice de las 10 empresas más importante de los indicadores accionariales más grandes de Estados Unidos, la reputación tuvo un impacto de más de 5 mil millones de dólares⁶². Por lo que, en caso de que las compañías reciban un daño a la reputación, la repercusión económica es evidente, y más importante aún, es perfectamente cuantificable económica y objetivamente.

Por todo esto, es innegable que los daños reputacionales en compañías deben ser reparados, sin embargo, la única figura apropiada para hacerlo es la de daños patrimoniales. Esto, porque todo perjuicio resulta inherentemente pecuniario y, además, este puede ser perfectamente calculable. Es decir, si el perjuicio puede ser reducido a un valor único, la reparación resulta exacta, proporcional y jurídicamente justa.

6. Riesgo de abuso del derecho

6.1 Cuantía indemnizatoria

En materia de responsabilidad extracontractual, la prueba es sumamente relevante, pues esta es la herramienta que permite establecer una cuantía indemnizatoria. De aquí parte el riesgo de abuso del derecho, ya que la falta de claridad de todo lo expuesto, ha provocado la disparidad en los cálculos reparatorios.

En Ecuador, el sistema de valoración de prueba es la sana crítica, así lo establece el Código Orgánico General de Procesos en su artículo 164⁶³. Según Couture, la sana crítica se define como la configuración de una categoría media entre la prueba legal y la libre convicción⁶⁴. Ahora bien, en materia de daños extrapatrimoniales no existe mayor claridad respecto a la prueba de establecimiento de la cuantía reparatoria. Respecto a la prueba, el Código Civil establece como requisito la demostración de la gravedad de la falta y del perjuicio⁶⁵. Por otro lado, sobre la cuantía, el mismo artículo determina que:

⁶² Mauricio Gutiérrez, "Reputación: el activo intangible de las compañías' – JeffreyGroup", JeffreyGroup, consultado el 16 de noviembre de 2023, <https://www.jeffreygroup.com/mx/perspectivas-de-la-agencia/reputacion-el-activo-intangible-de-las-companias/>.

⁶³ Artículo 164, Código Orgánico General de procesos, Registro Oficial Suplemento 506, 22 de mayo del 2015, reformado por última vez 08 de diciembre del 2020.

[...]La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. [...]

⁶⁴ Joel González Castillo, "La fundamentación de las sentencias y la sana crítica." *Revista chilena de derecho* 33.1 (2006), 93-107.

⁶⁵ Artículo 2232, CC

“Queda a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización⁶⁶”. Norma que ha sido –mal- entendida múltiples veces, cómo una puerta de libertad para que el juez cuantifique indemnizaciones, a su arbitrio y sin una motivación razonable⁶⁷.

No obstante, la jurisprudencia recientemente ha proporcionado estándares de motivación para las indemnizaciones por daños extrapatrimoniales. De esta forma, la Corte Nacional de Justicia ha establecido las distintas pautas o parámetros que pueden ser considerados:

Cuando se trata de cuantificar daños morales, el juzgador puede emplear distintos parámetros para graduar el monto de la indemnización. Entre ellos: (i) tipo de lesión, pues por ejemplo no es lo mismo perder el brazo menos hábil que aquel que permite un mejor desempeño; (ii) sexo; (iii) edad; (iv) estado civil y si el afectado tiene hijos y de qué edad; (v) nivel de instrucción; (vi) estado de salud anterior al daño; (vii) si con motivo del hecho estuvo internado o realizó tratamiento ambulatorio; (viii) si las secuelas del daño serán dolorosas [...] ⁶⁸

A pesar de este gran avance, persiste una importante ambigüedad respecto a la proporcionalidad del cálculo, la cual se ve reflejada en la práctica, con casos en los que se han solicitado cantidades excesivas y estas han sido concedidas⁶⁹. Además, es evidente que la mayoría de estas pautas han sido pensadas para personas naturales, sin mención alguna respecto a las jurídicas (sobre todo como víctimas). Por lo tanto, dichos estándares no cubren en su totalidad a las posibles situaciones que surgen en la materia.

Distinto es lo que sucede en materia de daños patrimoniales, siendo el cálculo de la cuantía mucho más preciso, ya que se realiza bajo estándares objetivos. Además, se usan métodos probatorios pertinentes para probar el daño, un estándar inobjetablemente más riguroso (para el reclamante) que la mera invocación del principio *in re ipsa*.

Ahora bien, es importante tener claro que, si las compañías utilizan la figura de daño extrapatrimonial por una afectación reputacional, se les otorgaría la facilidad de no probar autónomamente el daño, extrayendo la conclusión de su existencia del vínculo con la gravedad del ilícito. Por supuesto, aun con el requisito probatorio de la gravedad del perjuicio, la proporcionalidad de la cuantía (como medio reparatorio) se mantiene ambigua para la situación.

⁶⁶ Íd.

⁶⁷ Leonardo S. Coronel, "La cuantificación de daños morales: el correcto significado de la prudencia prescrita en el artículo 2232 del código civil ecuatoriano", 97-100.

⁶⁸ Sentencia No. 192-17-EP/22, pág.13.

⁶⁹ Causa No.13337-2018-00016, Corte Nacional de Justicia, Sala especializada de lo civil y Mercantil, 22 de noviembre del 2022, pág. 1-11.

Incluso, y de manera más alarmante, se corre el riesgo de que no exista perjuicio alguno (ni siquiera económico), puesto que, los malos comentarios o críticas hacia una compañía no siempre representarán un daño. En ciertos casos, la notoriedad de la exposición pública puede resultar en una ventaja comercial inmediata y apreciable, paradójicamente. Ejemplos recientes (por la mediatización de nuestra era) y relevantes existen, como en el caso de la marca de relojes japonesa “Casio”.

La marca fue ridiculizada a través de una canción de la reconocida artista colombiana *Shakira*. En esta, se realizó una comparación denigrante con otra marca de relojes, haciendo alusión a que *Casio* era una marca inferior o de menor calidad. Al contrario de la intuición de muchos, el resultado de esta canción fue positivo para la marca. La canción alcanzó un inmenso grado de popularidad a nivel mundial, y como consecuencia, *Casio* aumentó significativamente su alcance⁷⁰.

A través de este ejemplo no se busca alegar que toda difamación o ataque al derecho al honor se constituirá como un beneficio en compañías⁷¹. Pero, ciertamente, la notoriedad puede ser un valor en sí, incluso si percibida en inicio como de orden negativo. En este caso la compañía no ha sufrido ningún detrimento, al contrario, se ha visto beneficiada.

De aquí nacen dos conflictos en la etapa procesal: *primero*, existiría un conflicto probatorio, siendo que la única forma en la que la compañía podría demostrar la gravedad del daño, sería a través de las pérdidas económicas que la difamación le ocasiono, que, evidentemente no existen. *Segundo*, si este conflicto no es evidente para el juez, podría presumirse la existencia del daño, bajo el principio *in re ipsa*. Sin embargo, esta “reparación” constituiría en realidad un beneficio injustificado, lo cual es completamente contradictorio a la naturaleza misma de la teoría del derecho de daños. Siendo esta, buscar la reparación o restitución del daño sufrido, más no la de enriquecerse, es decir, la de crear un estado mejor que el que existía antes del *hecho dañoso*.

7. Recomendación

Este trabajo de titulación busca plantear una solución práctica para minimizar el riesgo antes expuesto, y evitar el mal uso de la norma. Esta solución se centra en aclarar

⁷⁰ "Casio: ¿Qué sucedió con la marca de relojes después de ser mencionada en la canción de Shakira?", El Comercio Perú, 14 de enero de 2023, <https://elcomercio.pe/respuestas/que/casio-que-sucedio-con-la-marca-de-relojes-despues-de-ser-mencionada-en-la-cancion-de-shakira-revlti-tdex-noticia/?ref=ecr>.

⁷¹ Danielle Wiener, "Bud Light quería llegar a todos. En cambio, está alejando a todos", CNN, 1 de mayo de 2023, <https://cnmespanol.cnn.com/2023/05/01/bud-light-queria-llegar-todos-alejando-trax/>.

las ambigüedades relatadas y así, delimitar la norma de una forma práctica que facilite su uso y aplicación. Para esto, se sugiere añadir las siguientes aclaraciones al código civil, en donde se establezca claramente una definición de daños extrapatrimoniales y su carácter de género frente a especies:

Los daños extrapatrimoniales, se distinguen mediante dos tipos de afectaciones: afectaciones en el ámbito social y afectaciones a la parte afectiva. Las primera involucran repercusiones de la vida en comunidad, sea en aspectos políticos como netamente sociales. Los segundos en cambio, pueden estar involucrados con creencias, sentimientos y convicciones⁷².

Es decir, los daños extrapatrimoniales son todos aquellos perjuicios que no son cuantificables económicamente, pues, su perjuicio va más allá de lo netamente patrimonial. Así mismo, estos se ven divididos en daños reputacionales, morales, biológicos y estéticos. Entendiéndose que los daños morales son todas aquellas afectaciones psicológicas, que se reflejan en sufrimiento y emociones relacionadas, cómo la angustia, el dolor, la tristeza, entre otros. Mientras que el resto de los daños extrapatrimoniales, no necesariamente se reflejan en estas emociones, pues estos afectan otros aspectos y derechos sociales, tales como: el buen nombre en el caso de la reputación, aspectos físicos en los estéticos y de salud en los biológicos.

Además, para que estos daños sean considerados cómo extrapatrimoniales, deben constituir necesariamente un perjuicio que se refleje más allá de lo económico. Sin excluir que puedan coexistir ambos perjuicios (Uno patrimonial y uno no patrimonial). Siempre y cuando, se pueda probar la gravedad de la consecuencia de cada uno de manera autónoma.

Con esta aclaración, se obtendrían varias consecuencias positivas. Inicialmente, el establecimiento de la distinción genero y especie, asegura la cobertura a todos aquellos daños (sin ser patrimoniales) que no se reflejan principal o totalmente en una esfera emocional. Esto proporcionaría mayor seguridad jurídica, puesto que no se dejarían posibles hechos dañosos en indefensión.

La siguiente aclaración de esta propuesta, se divide en tres fases, primero, la necesidad de que un daño extrapatrimonial se constituya si su perjuicio no es cuantificable económicamente. Afirmación que asegura la adecuada utilización de la figura, pues esta nace para reparar víctimas de daños complejos y sujetos a subjetividad tanto en su

⁷² Marcelo López Mesa y Félix Trigo Represas, *Tratado de la responsabilidad civil, Tomo V* (Argentina: Ed. La Ley, 2004/2006), 74.

composición cómo aplicación. Si estos son únicamente cuantificables económicamente, se pierde la naturaleza misma del daño. Segundo, no excluye la posibilidad de que coexistan los dos tipos de perjuicio para ser reparables. Asegurando que otros posibles hechos dañosos sean sujetos de reparación y por tanto, no queden en indefensión. Tercero, al solicitar la prueba de gravedad de ambos perjuicios de forma *autónoma*, se asegura que las figuras se usen de forma pertinente. Pues la prueba de la gravedad es la herramienta fundamental al momento de establecer una cuantía indemnizatoria y asegurar que esta sea proporcional al perjuicio.

Finalmente, es importante destacar que esta aclaración funcionaría cómo un mitigante del riesgo expuesto previamente. Puesto que brindaría mayor claridad respecto al uso de las figuras “daño patrimonial y extrapatrimonial” apropiadamente, sin dejar desprotegido ningún interés legítimo.

8. Conclusión

Cómo primer punto, a través de un análisis de la norma y jurisprudencia ecuatoriana, se evidencian varias ambigüedades y contradicciones en materia de daños extrapatrimoniales. Así empieza con una falta de distinción de género y especie entre los conceptos “daños extrapatrimoniales” y “daño moral”, planteando estos cómo sinónimos⁷³. De esta forma, la norma excluye el resto de las especies que la doctrina ya ha establecido, en las que la consecuencia misma del perjuicio no se ve reflejada necesariamente en sufrimiento, sino que más bien, se relacionan con otros elementos de la personalidad⁷⁴. Entre estas especies, está el daño reputacional, el cual es el centro de la discusión abordada.

Cómo segundo punto, se realizó un análisis acerca de la configuración del elemento daño extrapatrimonial. A través del cual, se pudo denotar las diferencias con la configuración de los daños patrimoniales, siendo que estos necesitan de un grado amplio de certeza, o la totalidad de la misma. Con la investigación se puede concluir que no existen verdaderos subrequisitos para probar la existencia del daño extrapatrimonial. Es más, la jurisprudencia en su mayoría ha adoptado el principio *in re ipsa*⁷⁵, presumiendo la existencia del daño siempre que se haya probado el hecho

⁷³ Artículo 2232, CC.

⁷⁴ Mosset Iturraspe Daño moral. Noción. Crítica a la denominación. Daño extrapatrimonial. Daño a la Persona." *Revista de Derecho de Daños, Número 6.* (1999).

⁷⁵ Causa No. 443-2011. Corte Nacional de Justicia, Sala de lo civil y mercantil, 25 de junio de 2012, 10.

antijurídico. No obstante, la ley sí determina requisitos para probar la gravedad tanto en la falta –o el hecho-, como en el perjuicio⁷⁶. Aquí aparece otra amplia contradicción, siendo que, si bien la jurisprudencia ha optado por usar el principio *in re ipsa* para simplificar la fase probatoria, la ley si ordena la prueba de la gravedad del perjuicio y para determinar esta gravedad, es necesario probar el daño.

Cómo tercer punto, se abordó el derecho al honor, estableciendo que cuando este se ve perjudicado afecta directamente la participación social de la persona en cuestión. Entendiéndose “participación social” de una persona natural, cómo su desarrollo político o netamente personal en comunidad⁷⁷. Concepto que no puede utilizarse de igual forma en personas jurídicas, siendo que estas participan en la sociedad con fines y maneras completamente distintas. Para demostrar esto, se analizó primero la personalidad jurídica que se les atribuye, la cual consta en una mera ficción que han creado los juristas para poder ocuparlas de manera útil en un entorno legal⁷⁸. Después, para entender mejor cuál es su propósito en nuestro ordenamiento se analizó el artículo 1959 del CC⁷⁹, el que claramente se afirma que estas sociedades mercantiles o civiles cumplen un objeto natural: el de beneficiarse de actividades económicas y repartir esos potenciales dividendos entre los sujetos asociados.

Con esta claridad, se pudo concluir que la única posible afectación legal que una compañía puede sufrir si su reputación se ve vulnerada, es económica, pues esta no tiene ninguna otra razón de existencia jurídica. Su “participación en sociedad” no puede disminuir de otra forma, cómo es el caso de las personas naturales, que pueden sufrir, no conseguir un empleo, pareja o amigos. Afectaciones que evidentemente van más allá de lo pecuniario, requisito que no se cumple en estas entidades.

Posteriormente, se analizó al concepto de reputación empresarial, a través de conceptos y definiciones establecida por los mismos especialistas en economía y empresas, se pudo determinar que este concepto es comúnmente visto como un activo o recurso⁸⁰. Si bien es notoria la importancia que se le otorga, la finalidad es evidente, pues al ser un activo más, lo que verdaderamente le interesa a una empresa de este es

⁷⁶ Artículo 2232, CC.

⁷⁷ María Teresa Villarreal Martínez, "Participación ciudadana y políticas públicas.", 31.

⁷⁸ Alberto Lyon, "Personas jurídicas.", 26.

⁷⁹ Artículo 1959, C

⁸⁰ Antonio Arbelo Alvarez y Pilar Pérez Gómez. "La reputación empresarial como recurso estratégico: un enfoque de recursos y capacidades.", 5.

enriquecerse. Indudablemente, este interés es legítimo, y debe ser sujeto a protección, pero en su conexión a los efectos patrimoniales.

Cómo cuarto punto, mediante una comparación entre la cuantificación de daños patrimoniales y extrapatrimoniales, se pudo concluir que existe una evidente diferencia en el grado de objetividad en la determinación de cada uno. Empezando porque, en los extrapatrimoniales no existe completa claridad respecto a cómo asocia la gravedad del daño con la reparación del mismo. Mientras que, los patrimoniales requieren un grado amplio o totalidad en la certeza⁸¹. Además, la naturaleza de los daños extrapatrimoniales permite un considerable grado de subjetividad al juez, pues la cuantificación del daño (en términos económicos) no es posible, siendo que estos nacen de características complejas de la personalidad humana. Ahora bien, la cuantía del perjuicio reputacional en compañías es perfectamente realizable pecuniariamente, y, por tanto, no cumple con las características que un daño extrapatrimonial debe tener. En este caso, no se trata de un perjuicio que va más allá de lo económico, no afecta características innatas de la personalidad, pues una compañía no puede perder amigos, pareja o la oportunidad de un trabajo. Nuevamente, las compañías son meras ficciones que los humanos han creado en una órbita jurídica, para poder beneficiarse de estas. El único perjuicio que estas pueden sufrir es económico, y por esto, la figura indemnizatoria que deben utilizar en caso de un perjuicio reputacional es la de daño patrimonial.

Finalmente, por todo lo expuesto es preciso concluir que las compañías no deben ser sujetos de reparación por daños extrapatrimoniales. Es evidente que la reputación corporativa es un recurso valioso y loable, y que estos sujetos se esfuerzan por construirlo y mantenerlo. Sin embargo, es igual de evidente cual es la finalidad de esta construcción, pues al ser un recurso más, su única función jurídica y económica es la de generar capital. Por lo que una afectación reputacional constituye únicamente un daño patrimonial, y al ser este cuantificable, es posible asegurar la vigencia de una reparación integral, pero de forma consistente con la naturaleza de las empresas como víctimas. En este punto, claramente, la equiparación total entre personas físicas y personas jurídicas es irresoluble.

⁸¹ Daniel Peñailillo Arévalo, *SOBRE EL LUCRO CESANTE*, 11.